6И
М-976
НЕ КОПИРОВАТЬ
НЕ КОПИРОВАТЬ

О КОНСЕРВАТИЗМѢ

РИМСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦІИ.

ОПЫТЪ

ПО ИСТОРІИ РИМСКАГО ПРАВА

Сергѣя Муромцева.

Cessante ratione legis
non cessat lex ipsa.

44468

Коммунистическая академия
при ЦИК. СССР.

МОСКВА.
Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій переулокъ, № 5.
1875.

Л

ПРОД. 1968

Съ разрѣшенія Юридическаго Факультета Московскаго Университета печатать дозволяется. Марта 15 дня 1875 г.

Деканъ *Ѳ. Мильгаузенъ*

КА
30

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

372
53

Задача настоящаго сочиненія объяснена въ вступленіи къ нему, а указанія на источники и на литературныя пособія, служившія мнѣ при его составленіи, читатель найдетъ въ своемъ мѣстѣ, въ примѣчаніяхъ. Но на первой страницѣ моего труда я считаю долгомъ выразить мою глубокую благодарность моимъ наставникамъ, почтеннымъ профессорамъ Н. И. Крылову и Ihering'у, за благосклонность, съ которою они дозволили мнѣ обращаться къ нимъ за разрѣшеніемъ нѣкоторыхъ, ставшихъ на пути моей работы, недоумѣній и содѣйствовали ихъ устраненію.

Сергѣй Муромцевъ.

Москва.
21 Марта 1875 г.

СОДЕРЖАНІЕ.

Стран.

Вступленіе 1
I. Общій обзоръ 7
II Общій обзоръ (продолженіе) 16
Очеркъ изъ исторіи права собственности въ Римѣ 17
III Аналогія 83
IV. Параллельные иски 107
V. Exсерпо. 123
VI Общій обзоръ (окончаніе). 172

Среди новыхъ идей, высказанныхъ въ историко-юридическихъ изслѣдованіяхъ послѣдняго двадцатипятилѣтія, едва ли не первое мѣсто по значенію принадлежитъ идеѣ о томъ, что объективное право, начиная съ древнѣйшей эпохи его развитія, представляетъ непосредственный продуктъ умственнаго труда, названнаго въ данномъ случаѣ юридическимъ мышленіемъ или юриспруденціей въ широкомъ смыслѣ слова [1]). Эта идея разоблачаетъ въ жизни права совершенно новую сторону, ускользнувшую отъ вниманія прежнихъ изслѣдователей, и воспріятіе ея наукою неминуемо должно произвести сильный переворотъ въ представленіяхъ о процессѣ образованія юридическихъ нормъ. Но именно новизна идеи мѣшаетъ болѣе всего другаго ея распространенію въ ученомъ мірѣ. Съ тѣхъ поръ, какъ Іерингъ высказалъ ее впервые, не явилось сколько-нибудь замѣчательнаго ученаго сочиненія, которое заключало бы въ себѣ ея дальнѣйшую разработку [2]) и надо думать, что подобныя изслѣдованія еще долго заставятъ ждать себя, такъ какъ разставаться съ излюбленнымъ строемъ понятій не всегда бываетъ легко, а въ юриспруденціи привычка къ старымъ воззрѣ-

[1]) Ihering Geist des romischen Rechts III § 48, ср. Kampf um's Recht, стр. 1 и слѣд.

[2]) Слѣдуетъ оговориться впрочемъ въ пользу первыхъ главъ книги Мэна—Древнее право, перев. съ англ. 1873 — Борьба противъ старой доктрины перешла и за границы гражданскаго права: заговорили противъ „органическаго“ ученія о государствѣ См Krieken Ueber die sogenannte organische Staatstheorie

ніямъ способна задерживать ходъ научной мысли не менѣе сильно, чѣмъ въ какой-либо другой отрасли знанія

Вмѣстѣ съ этимъ еще другая причина поддерживаетъ оппозицію противъ ученія Іеринга объ историческомъ значеніи юридическаго мышленія Со времени Савиньи въ юриспруденціи сложилась вѣра въ зависимость права отъ „духа“ народа, и хотя природа этого духа до сихъ поръ никѣмъ изъ приверженцевъ старой школы не была разъяснена, какъ слѣдуетъ, и хотя „свободная“ воля по сіе время признается исключительною владычицей правовой области [3]), тѣмъ не менѣе ученіе Савиньи объ „органическомъ“ развитіи права имѣло въ своемъ результатѣ образованіе среди юристовъ крѣпкаго убѣжденія въ томъ, что происхожденіе права въ концѣ концовъ стоитъ внѣ человѣческаго произвола [4]). Противники Іеринга, вслѣдствіе поверхностнаго отношенія къ его ученію, думаютъ видѣть въ немъ посягательство на это основное убѣжденіе ихъ науки. Въ отрицаніи безсознательнаго образованія права они замѣчаютъ отрицаніе непреложности правоваго порядка, а въ провозглашеніи идеи о сознательномъ мышленіи, какъ ближайшемъ источникѣ права, видятъ защиту произвольнаго его образованія,—какъ будто сознательное мышленіе само не есть явленіе,

---

[3]) Ср. Ihering Geist III § 60.

[4]) Представленіе объ органическомъ развитіи права во все время своего существованія не повело, кажется, къ установленію какого либо частнаго закона развитія, такъ что въ этомъ отношеніи оно было не болѣе, какъ безсодержательнымъ словомъ, но нельзя отрицать, что этому слову юриспруденція много обязана установленіемъ общаго понятія о развитіи права, какъ развитіи не произвольномъ и правильномъ. Не будь слова и понятіе это господствовало бы надъ юристами въ несравненно меньшей степени.

подчиненное правильнымъ законамъ![5]) Но кто относится къ дѣлу съ подобающимъ вниманіемъ и безпристрастіемъ, тотъ сознается, что изслѣдованія Іеринга заключаютъ въ себѣ не отступничество отъ хорошихъ старыхъ идей, а блестящій шагъ впередъ; старая школа должна пойти за нимъ, потому что онъ, сохранивъ хорошія стороны ея ученія, устранилъ его очевидные недостатки. Іерингіанецъ вмѣстѣ съ ученикомъ Савиньи признаетъ, что право есть явленіе не случайное, а состоящее въ непосредственной связи съ жизнью народа; но, вмѣсто смутныхъ и ненаучныхъ понятій о свободной воли и о духѣ народа, онъ вооруженъ болѣе твердыми понятіями о потребностяхъ человѣка и о его мышленіи, какъ источникѣ и средствѣ образованія права. Начало необходимости, которое Савиньи установилъ для исходнаго пункта права, Іерингъ распространилъ на всѣ фазы его развитія и выбросилъ изъ юриспруденціи все то, что могло затемнять истинное пониманіе этого начала.

Ученіе Іеринга исправляетъ господствующее ученіе о процессѣ образованія юридическихъ нормъ. Исправленіе заключается въ указаніи, что процессъ этотъ есть результатъ взаимодѣйствія двухъ дѣятелей жизни народа, творящей потребности въ нормахъ, и мыслительной способности всего народа вообще и сословія юристовъ въ особенности, направленной къ отысканію средствъ удовлетворенія этихъ потребностей. Каждая юридическая норма не есть явленіе, непосредственно вызванное потребностью, но явленіе, вызванное потребностью при

---

[5]) Не менѣе прискорбное непониманіе выказываютъ и тогда, когда мысль о борьбѣ въ правѣ отождествляютъ съ мыслью о произвольномъ характерѣ его образованія.

содѣйствіи мышленія человѣка. Одно изъ слѣдствій такого положенія заключается въ томъ, что норма должна отразить на себѣ свойства создавшаго ее мышленія. Двѣ юридическія нормы могутъ быть различны не только тогда, когда различны вызвавшія ихъ потребности, но и тогда, когда, при сходствѣ потребностей, формулировавшая ихъ сила обладала различными качествами; ея свойства отражаются на свойствѣ самихъ нормъ. Поэтому юристъ, если онъ желаетъ понять право, долженъ обращать вниманіе на умственную среду, въ которой совершалось формулированіе этого послѣдняго. Исторія юриспруденціи въ томъ широкомъ смыслѣ, какой далъ ей Іерингъ — въ смыслѣ исторіи юридическаго мышленія — получаетъ огромное значеніе. Исторія должна выяснить вліяніе, которое юриспруденція оказываетъ на право; рядомъ съ изслѣдованіемъ законовъ взаимодѣйствія юриспруденціи и жизни народа она должна опредѣлить область тѣхъ явленій права, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ не потребностямъ юридической жизни, а исключительно присущимъ юристамъ (и обществу) представленіямъ о природѣ юридическихъ явленій, извѣстнымъ привычкамъ, свойственнымъ юридическому мышленію, наконецъ недостаткамъ послѣдняго; необходимо опредѣлить законы историческаго развитія различныхъ свойствъ юридическаго мышленія и зависящихъ отъ нихъ юридическихъ явленій. Чисто-историческіе труды дадутъ прочное основаніе для изслѣдованій практическаго характера; выводы о томъ, какъ совершалось формулированіе права, поведутъ къ выводамъ о томъ, какъ оно должно совершаться, и укажутъ, можетъ быть, на ложные пріемы, господствующіе несознательно для насъ самихъ и по настоящее время.

Но, какъ замѣчено уже выше, до сихъ поръ работы этого рода не получили права гражданства въ современной юридической литературѣ, а вслѣдствіе недостатка опытовъ не представляется возможности опредѣлить ближайшимъ образомъ путь, по которому онѣ должны слѣдовать. Что касается ихъ главнаго направленія, то, какъ я думаю, слѣдуетъ разбить общій вопросъ, поднятый трудами Іеринга, на болѣе частные и сдѣлать это возможно двоякимъ образомъ. Во первыхъ, полезно было бы изслѣдовать зависимость формы каждаго отдѣльнаго института отъ юриспруденціи и отмѣтить, что именно въ его конструкціи должно быть отнесено на счетъ ея своеобразнаго дѣйствія Во вторыхъ, не менѣе полезно было бы выдѣлить различныя свойства юридическаго мышленія и изслѣдовать каждое изъ нихъ въ его историческомъ развитіи.

Настоящее сочиненіе представляетъ опытъ втораго рода, сдѣланный въ области римскаго права Консерватизмъ составлялъ свойство, характеризовавшее римскую юриспруденцію впродолженіе весьма долгаго періода ея дѣятельности и служилъ важною образующею причиною въ исторіи юридическихъ нормъ Рима; благодаря консерватизму юриспруденціи, въ римскомъ правѣ явился цѣлый рядъ опредѣленій, отличительная черта которыхъ состоитъ въ томъ, что ихъ появленіе вызвано явно не потребностями правовой жизни, а самостоятельными потребностями юридическаго мышленія. Извѣстно, что эти опредѣленія не составляютъ явленія, вполнѣ незамѣченнаго современною намъ литературою, но все, что сдѣлано по отношенію къ нимъ, довольно неудовлетворительно. Существуетъ много изслѣдованій объ отдѣльныхъ, относящихся сюда предметахъ, которыя по большей части діаметрально расходятся между собою въ вы-

водахъ, и даже тотъ фактъ, что всѣ явленія этого рода находятся въ вышеуказанной связи съ дѣятельностью юриспруденціи, не можетъ еще почесться безспорнымъ; при этомъ не существуетъ сочиненія, которое разсмотрѣло бы всѣ эти явленія подъ одною точкою зрѣнія и опредѣлило бы ихъ историческое соотношеніе.

Восполнить сколько-нибудь указанные недостатки— вотъ назначеніе предлагаемаго читателю труда. Онъ составляетъ не болѣе, какъ починъ на пути всесторонняго историческаго изученія избраннаго предмета, полное изслѣдованіе котораго будетъ завершено лишь тогда, когда весь громадный матеріалъ римскаго права будетъ пересмотрѣнъ съ спеціальною цѣлью—открыть въ немъ слѣды консерватизма юриспруденціи. Я ограничился разсмотрѣніемъ наиболѣе рельефныхъ фактовъ, и это дало мнѣ возможность сдѣлать нѣкоторыя обобщенія, годныя для того, чтобы послужить исходною точкою для дальнѣйшихъ работъ. Вмѣстѣ съ этимъ я останавливался внимательно на отдѣльныхъ фактахъ и, въ виду разногласій, существующихъ въ литературѣ, старался тщательно опредѣлить ихъ историческое значеніе. Послѣднее обстоятельство повело къ нѣкоторымъ, можетъ-быть довольно длиннымъ, отступленіямъ, но я надѣюсь, что читатель, прочтя книгу, согласится, что отступленія эти были необходимы для достиженія моей цѣли.

I.

Общій обзоръ.

Консерватизмъ юриспруденціи заключается въ ея наклонности сохранять по возможности долго, не стѣсняясь практическими требованіями гражданскаго оборота, разъ установившіяся ассоціаціи юридическихъ представленій. Обозначеніе такого явленія словомъ консерватизмъ не представляетъ ничего невѣрнаго и вполнѣ цѣлесообразно. Подъ консерватизмомъ,—обходя различныя частныя значенія, соединяемыя съ этимъ словомъ, и опредѣляя болѣе общій его смыслъ,—обыкновенно понимаютъ стремленіе человѣка къ такому образу дѣйствій, при которомъ установившійся порядокъ отношеній терпѣлъ бы наименѣе перемѣнъ. Такимъ образомъ въ основаніи понятія консерватизма лежитъ представленіе о стремленіи сохранять старое; но подобное стремленіе присуще одинаково какъ сферѣ поступковъ, такъ и сферѣ мышленія, а потому вполнѣ возможно говорить о консерватизмѣ юридическаго мышленія или юриспруденціи.

Ближайшій результатъ консерватизма юриспруденціи состоитъ въ томъ, что юридическія нормы значительно переживаютъ время своей практической годности: cessante ratione legis non cessat lex ipsa—вотъ

несознанное историческое правило, прямо противорѣчащее правилу практическому, формулированному юристами въ періодѣ болѣе сознательнаго отношенія къ своей дѣятельности. Въ настоящее время не особенно стѣсняются, буде требуютъ того интересы народной жизни, уничтожать одни правовыя положенія и замѣнять ихъ другими; древнее же юридическое мышленіе дѣйствовало въ подобныхъ случаяхъ съ несравненно большею осторожностью, чѣмъ современное, и съ великою неохотою приступало къ ломкѣ сложившихся юридическихъ понятій. Вслѣдствіе этого, оно, конечно, должно было приходить въ столкновеніе съ практическою жизнью, и вопросъ: какой исходъ получало такое столкновеніе,—подлежитъ разрѣшенію юриста-историка. Нижеслѣдующія страницы ищутъ отвѣта, даннаго исторіей римскаго права.

Повидимому на поставленный вопросъ исторія можетъ отвѣтить двояко: или практика уступаетъ теоріи, т. е. интересы жизни остаются неудовлетворенными, или теорія практикѣ, т. е. юристы жертвуютъ своими понятіями. Но такъ — только повидимому. Подобные отвѣты не согласуются съ возможностью самаго вопроса. Еслибы интересы жизни уступили сухой мысли юриста, то это значило бы, что самые интересы не были очень жизненны, если же напротивъ консерватизмъ юриспруденціи уступилъ бы поле битвы прогрессу юридической жизни, то это свидѣтельствовало бы о слабой степени энергіи самого консерватизма. Исторія римскаго права, относясь къ такой правовой сферѣ, гдѣ консерватизмъ юриспруденціи и интересы юридической жизни не были пустыми словами, дала на поставленный выше вопросъ иной отвѣтъ въ Римѣ оба боровшіяся явленія нашли возможность ужиться вмѣ-

стѣ Римская юриспруденція на практикѣ удовлетворила всѣмъ новымъ потребностямъ гражданскаго оборота, но въ теоріи дала этому удовлетворенію такого рода оцѣнку, которая уничтожила совершенно значеніе его какъ явленія, разрушающаго старую систему права.

Для этой цѣли былъ пущенъ въ ходъ рядъ довольно своеобразныхъ логическихъ пріемовъ, породившій массу поражающихъ насъ своею оригинальностью классификацій и опредѣленій,—единственный мотивъ которыхъ заключался въ стремленіи замаскировать сдѣланное съ успѣхомъ посягательство на существующую систему права. Не свидѣтельствуя въ пользу большаго развитія способности римской юриспруденціи къ отвлеченному мышленію, эта пестрая масса ограждаетъ ее отъ тяжкаго упрека въ несоблюденіи интересовъ гражданскаго оборота и представляетъ интересный примѣръ примѣненія несовершенныхъ логическихъ пріемовъ ради достиженія здравыхъ практическихъ цѣлей. Еслибы вздумали составлять понятіе о римскомъ правѣ на точномъ основаніи опредѣленій и дѣленій, изрекаемыхъ римскими юристами, не обращая вниманія на практическую, жизненную сторону ихъ теорій, то представленіе о римскомъ правѣ, какъ системѣ въ высшей степени безсвязной, преисполненной противорѣчій и логическаго хаоса, неминуемо должно было бы выдвинуться на первый планъ. Признавая напримѣръ, что въ извѣстныхъ случаяхъ собственность не можетъ быть уничтожена простою передачею вещи—римскіе юристы лишаютъ собственника, сдѣлавшаго такую передачу, судебной защиты его права, и наоборотъ, перенося эту защиту на пріобрѣтателя, тѣмъ не менѣе увѣряютъ, что этотъ послѣдній вовсе не есть собственникъ, а если и собственникъ,

то совсѣмъ другаго, нисшаго достоинства; или объявляютъ, что обманъ или вымогательство, сопутствовавшіе установленію обязательства, не могутъ влять на судьбу этого послѣдняго, а между тѣмъ, когда дѣло доходитъ до судебнаго осуществленія его, лишаютъ силы направленный къ тому искъ. Можно было бы насчитать огромное количество подобныхъ опредѣленій; главнѣйшія изъ нихъ будутъ подвергнуты тщательному изслѣдованію на послѣдующихъ страницахъ. Кто знакомъ съ современными догматическими системами римскаго права, тому извѣстно, какъ великъ рядъ юридическихъ нормъ и классификацій, которыя, несмотря на то, что были назначены служить цѣлямъ, не потерявшимъ значенія по сіе время, были исключены изъ системъ и свалены въ общую груду матеріала, обладающаго однимъ историческимъ значеніемъ, — работа начавшаяся еще въ Римѣ, гдѣ главнымъ представителемъ ея явился Юстиніанъ, и продолжающаяся съ большой энергіей въ современной юридической литературѣ.

Внѣшнія границы области явленій, порожденныхъ въ Римѣ консерватизмомъ юриспруденціи, совпадаютъ съ границами самого права: дѣйствіе консерватизма можно найти въ римскомъ правѣ всѣхъ эпохъ и во всевозможныхъ его институтахъ; но не всегда и не вездѣ онъ проявляется съ одинаковою силою. Консерватизмъ юриспруденціи находился въ тѣсной связи съ институтами древне-римскаго права (jus Quiritium), исторія развитія и упадка котораго всецѣло проникнута консерватизмомъ; напротивъ въ исторіи институтовъ новаго происхожденія (jus gentium) онъ нашелъ себѣ мало пищи, да и тамъ, гдѣ это случилось, не вполнѣ сохранилъ свой древній суровый типъ.

Причина такого различія отношеній юриспруденціи къ древней и новой римскимъ системамъ права

кроется какъ въ природѣ самого консерватизма, такъ и въ различіи характера историческаго развитія обѣихъ системъ. Было бы несогласно со всѣмъ тѣмъ, что извѣстно намъ о характерѣ римскихъ юристовъ, полагать, что источникъ ихъ консерватизма заключался въ нежеланіи покровительствовать измѣненіямъ, происходившимъ въ юридической жизни общества и въ особой приверженности ихъ къ старому порядку жизни. Можетъ-быть въ то время, когда формулированіе права находилось исключительно въ рукахъ понтифовъ и преторовъ, выбранныхъ изъ среды патриціевъ, наклонности такого рода могли имѣть мѣсто ради сословныхъ интересовъ, но онѣ совершенно исчезли въ сравнительно болѣе поздній періодъ образованія преторомъ, этимъ „живымъ голосомъ народа“ новой системы права; а между тѣмъ большинство явленій, причину которыхъ должно искать въ консерватизмѣ юриспруденціи, именно этому періоду дѣятельности претора обязано своимъ происхожденіемъ: еслибъ онъ не вздумалъ приступить къ серьезному измѣненію и устраненію древнихъ институтовъ, то никогда не пришлось бы намъ увидѣть какого широкаго развитія могъ достигнуть въ Римѣ консерватизмъ юридическаго мышленія. Не въ отсталости юристовъ, какъ практическихъ дѣятелей, слѣдуетъ искать источникъ того, что въ этомъ сочиненіи принято называть консерватизмомъ. Римскій юристъ былъ консерваторомъ не на практикѣ, а лишь въ теоріи, и въ этомъ-то несоотвѣтствіи теоріи практикѣ и заключается консерватизмъ юриспруденціи. Содержаніе относящихся сюда процессовъ мышленія опредѣляется предложеніемъ: сознаніе юриста отставало отъ явленій юридической жизни, или: инстинктъ самосохраненія юридическихъ понятій дѣйствовалъ сильнѣе инстинкта самосохра-

ненія институтовъ, на которыхъ основаны были понятія. Такое несовершенство процессовъ юридической мысли обусловливалось прежде всего конкретностью мышленія древнихъ юристовъ практиковъ; отсюда проистекала нерасторгаемость связи юридическихъ понятій съ конкретными представленіями, лежавшими въ ихъ основаніи. Когда въ жизни возникало новое отношеніе, хотя и родственное съ старыми, но не вполнѣ тождественное съ ними, тогда понятіе, заковапное въ извѣстную форму, не оказывалось способнымъ растянуться; родство отношеній могло чувствоваться, но не сознаваться. Въ силу чувства не отказывали вновь народившемуся отношенію въ защитѣ, но объясняли эту защиту съ точки зрѣнія неизмѣняемости понятій, либо признавали новое отношеніе вполнѣ тождественнымъ съ старыми и такимъ образомъ насильно вдвигали его въ старую рамку; или же впадали въ противоположную крайность, отрицая всякое родство новаго отношенія съ прежними, образовывая новые институты и понятія и отодвигая ихъ въ новую, совершенно независимую отъ старой, систему. Обобщеніе не легко дается неразвитому уму, и, добывъ разъ сколько нибудь отвлеченныя понятія, онъ дорожитъ ими много больше и разстается съ ними гораздо неохотнѣе, чѣмъ умъ, стоящій на болѣе высокой ступени развитія. Самая формула, выражающая то или другое понятіе, получаетъ въ глазахъ первоначальнаго мыслителя объективное значеніе и трактуется какъ нѣчто, стоящее внѣ его воли и не подлежащее измѣненію [1]).

---

[1]) Сюда же относится консервативная сила формализма, о которой говоритъ Ihering Geist II стр. 300 и III стр. 35 (2 изд). Ср. ниже главу II, прим 71.

Древне-римская система гражданскаго права формулировалась именно въ періодъ подобнаго состоянія юридическаго мышленія. При этомъ самый ходъ развитія гражданской жизни былъ таковъ, что долженъ былъ содѣйствовать развитію указанной его особенности. Нѣтъ сомнѣнія, что гражданская жизнь древняго Рима въ періодъ господства jus civile не оставалась во все время своего существованія неподвижною, а претерпѣвала постепенныя измѣненія; но ходъ этихъ измѣненій далеко не былъ такъ быстръ и разнообразенъ, какъ это было въ сравнительно позднѣйшее время, когда подъ напоромъ иностранной торговли въ римскую жизнь прорвался новый рядъ отношеній, поспѣшно потребовавшій себѣ юридическаго формулированія и защиты. Медленность жизни уничтожала необходимость въ частой перемѣнѣ понятій, давая юристамъ возможность привыкать къ этимъ послѣднимъ, тогда какъ быстрота развитія гражданскаго оборота дѣйствовала совершенно обратнымъ образомъ.

Существовала, наконецъ, еще одна причина повліявшая рѣшительнымъ образомъ на теоретическую конструкцію старой системы римскаго права. Въ то время, какъ новая система была создана и развиваема юрисдикціей претора, въ старой системѣ моменты основнаго образованія и дальнѣйшихъ измѣненій въ главныхъ чертахъ своихъ подѣлились между двумя различными законодательными органами— народною волей и преторомъ При этомъ, какъ извѣстно, существовало мнѣніе о сравнительномъ безсиліи преторской власти предъ народною волею, выражавшеюся въ законахъ Нѣтъ сомнѣнія, что въ свое время это мнѣніе имѣло разумное основаніе и эпоху его образованія вѣроятно надо искать во время составленія XII таблицъ, когда, въ силу раз-

личныхъ обстоятельствъ, законъ получилъ значеніе стража народныхъ правъ [2]). Вслѣдствіе этого юристы не могли вступить въ открытую борьбу съ закономъ, и все, что оставалось имъ, заключалось въ подведеніи новыхъ нормъ посредствомъ интерпретаціи подъ старыя постановленія закона. Долгая практика въ этомъ направленіи и, особенно, предпринятыя преторомъ въ послѣднихъ вѣкахъ республики реформы могли бы убѣдить, что въ области гражданскаго права неравноправность претор-скаго эдикта съ законами становится все болѣе и болѣе пустымъ словомъ, но въ силу долговременной привычки къ понятію объ этой неравноправности оно не было оставлено. Сохраненное такимъ образомъ, лишь благодаря консерватизму, оно оказало рефлективное дѣйствіе на сохранившій его источникъ и способствовало его развитію подъ вліяніемъ мысли о безсиліи эдикта предъ закономъ, старая система, основанная на этомъ послѣднемъ, должна была считаться неприкосновенною, и преторъ долженъ былъ искать въ своихъ собственныхъ силахъ защиту покровительствуемымъ имъ идеямъ [3]).

---

[2]) Ср. Ihering Geist II § 27

[3]) Я не думаю отрицать, что въ проведеніи границы между закономъ и эдиктомъ всегда, даже во время наибольшаго значенія эдикта, была доля разумнаго основанія, заключавшаяся въ извѣстнаго рода политическихъ соображеніяхъ. Но слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что разграниченіе, о которомъ говорится въ текстѣ, было чисто теоретическою идеей, чуждою всякаго практическаго значенія. На практикѣ преторская exceptio, отнимавшая силу у законнаго иска, была равносильна уничтоженію самого иска, отдѣленіе осуществленія права отъ самого права равнялось отрицанію права, защита bonorum possessio чрезъ hereditatis petitio utilis была равносильна защитѣ чрезъ законное hereditatis petitio — не въ требованіяхъ оборота, слѣдовательно, лежалъ корень противоположенія преторскаго права квиритскому.

Итакъ, — формулирую коротко сказанное въ этой главѣ· — консерватизмъ, о которомъ будетъ рѣчь ниже, представляетъ явленіе, относящееся къ теоретической дѣятельности юристовъ; обусловленный несовершенствомъ юридическаго мышленія и медленнымъ развитіемъ правовой области въ связи съ тѣмъ особымъ обстоятельствомъ, что основанная на законѣ древне-римская система права реформировалась властью претора — консерватизмъ нашелъ себѣ широкое поле проявленія именно при конструкціи этой системы.

II.

Общій обзоръ.

(продолженіе)

Предъ изложеніемъ окончательныхъ выводовъ слѣдуетъ познакомить читателя съ главнѣйшими фактами, относящимися къ предмету изслѣдованія. Предыдущая глава даетъ основаніе оставаться, на первый разъ, на почвѣ древне-римской правовой системы (jus Quiritium) и историческое описаніе пріемовъ, руководившихъ римскою юриспруденціею при реформахъ этой системы, составитъ содержаніе дальнѣйшаго изложенія. При этомъ я избираю двоякій путь. Во первыхъ, въ настоящую главу я ввожу очеркъ изъ исторіи института, потерпѣвшаго въ продолженіи своего существованія всевозможныя вліянія консерватизма юриспруденціи; очеркъ долженъ познакомить читателя съ проявленіями консерватизма въ разнообразныхъ его формахъ и дастъ возможность ихъ общаго обзора Во вторыхъ, послѣдующія главы посвящаются спеціальному разсмотрѣнію каждой отдѣльной типичной формы консерватизма и добытые общимъ обзоромъ факты будутъ тамъ сопоставлены съ другими, родственными имъ, фактами исторіи римскаго права.

Итакъ, приступимъ къ очерку

Изъ исторіи права собственности въ Римѣ.

1) древнѣйшая конструкція.

Я начинаю съ изслѣдованія древнѣйшаго состоянія права собственности не потому, что думаю найти въ немъ явленія, непосредственно относящіяся къ главному предмету моего сочиненія, но потому, что происхожденіе этихъ послѣднихъ въ нѣсколько позднѣйшее время обусловлено до извѣстной степени древнею конструкціею римской собственности. Вмѣстѣ съ этимъ я надѣюсь, что частные результаты предстоящаго очерка сами по себѣ представятъ для читателя нѣкоторый интересъ. Начиная съ изслѣдованія извѣстной классификаціи вещей (res mancipi и res nec mancipi), я думаю показать: 1) что въ этой классификаціи выразился древній дуализмъ самого права собственности, 2) что дальнѣйшая исторія этой классификаціи находилась подъ непосредственнымъ вліяніемъ консерватизма и 3) что она, вопреки довольно распространенному мнѣнію, далеко не имѣетъ рѣшающаго значенія для исторіи бонитарной собственности. Затѣмъ я перейду къ этой послѣдней, чѣмъ и выполню главную задачу настоящаго очерка.

Раздѣленіе вещей на mancipi и nec mancipi принадлежитъ къ числу явленій римскаго права сравнительно весьма древнихъ и происхожденіе его относится къ эпохѣ исключительнаго господства системы квиритскаго права. Противъ такой древности классификаціи въ послѣднее время были высказаны нѣкоторыя соображенія, заслуживающія быть подвергнутыми критикѣ. По мнѣнію Фойгта [1]):

---

[1]) Voigt Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Romer B. IV Abt. 3, стр 543—570.

a) Грамматическая форма res mancipi вмѣсто mancipii не свидѣтельствуетъ (какъ думаютъ) [2]) о древности названія и можетъ принадлежать сравнительно позднему времени.

b) Мѣсто институцій Гая (II § 47), гдѣ извѣстное правило объ исключеніи давности на вещи mancipi, принадлежащія женщинѣ и отчужденныя ею безъ согласія своего опекуна, приписывается закону XII таблицъ, — это мѣсто опровергается свидѣтельствомъ другихъ писателей. Титъ Ливій (34. 2. 11), говоря о древнемъ порядкѣ отчужденія вещей, распространяетъ приведенное исключеніе давности на всѣ вообще res privatae, а Цицеронъ для своего времени ставитъ въ данномъ случаѣ подобное же общее положеніе: nihil usucapi potest (ad Attic. I, 5. 6 и pro Flacco 34 84). Ограниченіе этого правила вещами mancipi встрѣчается впервые у юристовъ императорскаго времени, Гая и др. (Ulp. Frg. XI § 27, Paul. in Frg. Vat. § 45) и извѣстно уже во время constitutio Rutiliana (ок. 650 г., § 1 Frg. Vat.)

c) Раздѣленіе вещей на mancipi и nec mancipi связано съ противоположностью mancipatio и traditio. Невозможно допустить, что оба способа пріобрѣтенія существовали издревле, traditio возникла гораздо позже mancipatio.

На основаніи этихъ трехъ соображеній Фойгтъ заключаетъ, что раздѣленіе вещей произошло тогда, когда traditio была признана способомъ пріобрѣтенія собственности, причемъ изъ области ея примѣненія были постепенно изъяты нѣкоторыя вещи, которыя и составили классъ res mancipi, это, по

---

[2]) Voigt указываетъ на Schilling Bemerk über R. G. стр. 152.

мнѣнію Фойгта, могло случиться между 585 и 650 гг. urb. cond.

Не входя въ подробный критическій разборъ перваго, филологическаго довода Фойгта, я замѣчу, что во всякомъ случаѣ остается неоспореннымъ, что грамматическая форма mancipi можетъ принадлежать и старому времени. Затѣмъ, что касается сопоставленія словъ Гая съ свидѣтельствами Ливія и Цицерона, то получаемый результатъ далеко не имѣетъ такого рѣшающаго вѣса, какой даетъ ему Фойгтъ. Ниже я попытаюсь согласить эти два, повидимому противорѣчивыя, извѣстія; но, еслибы даже было доказано, что приводимое Гаемъ правило о давности въ эпоху XII таблицъ и во время Цицерона не ограничивалось вещами mancipi, то все-таки изъ этого нельзя было бы заключать, что самое различіе вещей не было извѣстно древнему времени. Фойгтъ ссылается, наконецъ, на связь различія вещей mancipi и nec mancipi съ различіемъ mancipatio и traditio. Эта связь есть неоспоримый фактъ, она служитъ главнымъ лучемъ въ историческихъ изслѣдованіяхъ о res mancipi, но не слѣдуетъ понимать ее неправильно. Фойгтъ не думаетъ объяснить, почему именно res mancipi были выдѣлены въ особый разрядъ; онъ просто дѣлаетъ предположеніе: сначала передача всѣхъ вещей была возможна лишь въ торжественной формѣ, затѣмъ дали силу безформенной передачѣ, но исключили изъ ея сферы res mancipi и притомъ не разомъ, а сначала италійскую землю и рабовъ, потомъ животныхъ,—какой же мотивъ могъ понудить юристовъ обставить особыми формальностями пріобрѣтеніе вещей, имѣвшихъ земледѣльческое значеніе, въ ту эпоху, когда земледѣліе отступило на задній планъ и когда, съ другой стороны, нѣкоторыя изъ этихъ вещей были предметомъ осо-

бенно живой торговли? За древность различія res mancipi и res nec mancipi сильнѣе всѣхъ частныхъ указаній говоритъ та своеобразная роль, которую оно играетъ въ новомъ римскомъ правѣ, и вышеприведенная гипотеза никакъ не можетъ быть согласована съ тѣмъ, что извѣстно намъ о состояніи ученія о res mancipi во время классической юриспруденціи,—ученія, которое будетъ довольно непонятно, если принять, что самая классификація вещей произошла между 585 и 650 гг. и. с. При Гаѣ (около 920 г.) она считалась уже безполезною и traditio была примѣнена и къ res mancipi [3]). Такъ какъ введеніе ея не приписывается никакому закону или сенатусконсульту, то, буде оно случилось во время 585—650 гг , слѣдуетъ принять, что оно сдѣлано юристами; но юристы, разъ создавъ классификацію и убѣдившись затѣмъ въ ея непрактичности, должны были бы попросту отбросить ее. Между тѣмъ они проложили иную дорогу и создали странную теорію о двойственности собственности, о противоположности между dominium in bonis и nudum jus Quiritium, теорію, не имѣвшую никакого практическаго значенія и принадлежащую къ числу тѣхъ искусственныхъ юридическихъ конструкцій, которыхъ такъ много въ новомъ римскомъ правѣ и которыя появля-

---

[3]) Gaj II § 41.—Я думалъ, что можно получить какія либо указанія при помощи точнаго опредѣленія значенія слова olim, употребленнаго Гаемъ въ § 40, но это значеніе такъ разнообразно по отношенію къ опредѣляемому имъ количеству времени, что пришлось отказаться отъ всякихъ выводовъ. Иногда olim означаетъ эпоху господства законовъ XII таблицъ (Gaj. III § 40 , часто относится вообще къ старому праву (I § 110, I § 184), но, съ другой стороны, употребляется для означенія времени Sc Pegasianum (828 г , II § 286) и даже времени императора Адріана (I § 115 a) — Ср. Dirksen Manuale latinitatis стр. 657.

лись вездѣ, гдѣ вкоренившимся въ плоть и кровь римскихъ юристовъ старымъ понятіямъ приходилось бороться съ новыми идеями. Повтореніе этого метода при опредѣленіи связи mancipatio и res mancipi само по себѣ уже свидѣтельствуетъ о древности этой связи, и по моему мнѣнію служитъ лучшимъ доказательствомъ ложности гипотезы Фойгта. Она построена на мелочныхъ соображеніяхъ, сдѣланныхъ на основаніи буквы источниковъ, и страдаетъ полнымъ отсутствіемъ широкаго взгляда на предметъ и желанія согласить развитіе разсматриваемыхъ явленій съ извѣстными наукѣ другими данными объ историческомъ развитіи римскаго права.

Мнѣніе, подобное сейчасъ приведенному, но лишь снабженное меньшею аргументаціею, высказываетъ Пунтчартъ [4]). Онъ думаетъ, что возникновеніе различія res mancipi и res nec mancipi слѣдуетъ искать въ эпоху введенія traditio, такъ какъ оно есть различіе предметовъ traditio, а не предметовъ права собственности. Но послѣднее положеніе невѣрно Разсматриваемая классификація вещей связана, помимо traditio, со многими другими явленіями гражданскаго права, рѣчь о чемъ будетъ ниже.

Итакъ положеніе, которое занимаетъ въ новомъ римскомъ правѣ раздѣленіе вещей на res mancipi и res nec mancipi, свидѣтельствуетъ о его большой древности, и ее, за исключеніемъ названныхъ двухъ ученыхъ, принимаютъ всѣ, писавшіе объ этомъ предметѣ, съ тою небольшою разницею, что одни считаютъ раздѣленіе столь же древнимъ, какъ самъ Римъ, другіе же связываютъ его съ реформой Сервія Тул-

[4]) Puntschart Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Romer 1872 стр. 311 сл Ср. Kuntze Excurse стр. 400.

лія [5]). Ниже будетъ показано, что раздѣленіе не явилось съ первымъ моментомъ исторіи права и что нѣтъ нужды приписывать его какому-нибудь реформатору.

Вопросъ о причинѣ, породившей разсматриваемую классификацію вещей, имѣетъ довольно обширную литературу [6]).

По мнѣнію большинства писателей различіе вещей mancipi и nec mancipi было введено и пріобрѣтеніе вещей mancipi облечено въ торжественную форму—mancipatio—вслѣдствіе того, что вещи mancipi потому или другому мотиву считались особенно важными, при чемъ самый мотивъ объясняется весьма различно. Болѣе тщательную отдѣлку получилъ взглядъ, по которому особенное значеніе вещей mancipi было обусловлено ихъ военнымъ происхожденіемъ (изъ добычи) [7]); кромѣ того указывали, какъ на причину выдѣленія вещей mancipi въ особую груп-

---

[5]) Послѣдняго мнѣнія держатся: Walter Geschichte des rom. Rechts II § 564, Gottling Geschichte des rom Staatsverfassung.

[6]) Полный перечень относящихся сюда сочиненій находится у Manhayn'a Ueber den Ursprung und die Bedeutung der res mancipi und nec mancipi im alten romischen Rechte 1823 и у Plange Ueber res mancipi und nec mancipi 1838 (ср. также Danz Lehrbuch der Geschichte des romischen Rechts I § 119).—Отдѣльныя статьи и сочиненія писали: van Bynkershock (1719), Waechtler, Wernher (1722), Conradi (1739), Rossmann (1741), Meermann (1741), Hommel (1744), Pufendorf (1748), Zacharia (1807), Meister (1814) и двое вышеуказанные. Въ комментаріяхъ къ источникамъ, въ учебникахъ и др. сочин. разсѣяны замѣтки и изслѣдованія о res mancipi и nec mancipi, важнѣйшія изъ нихъ указаны ниже.

[7]) Manhayn въ ук соч (также Hommel и Gibbon), Boking Pandekten I § 73, Danz Lehrbuch § 119, Puchta Cursus der Institutionen II § 238, Keller Institutionen стр 27 сл., Muller Lehrbuch d Inst. § 63.

пу, на ихъ особенное значеніе для земледѣлія [8]), на ихъ большую цѣнность [9]), на особое значеніе ихъ для ценза [10]), или вообще для государства [11]), на ихъ величину [12]), думали также видѣть въ нихъ неотчуждаемую собственность римскаго семейства [13]). Въ mancipatio, при этомъ, видѣли болѣе привиллегированный способъ и приписывали особое значеніе моменту взвѣшиванія денегъ, публичности, присутствію свидѣтелей. На послѣднее обстоятельство особенно часто было указываемо, и ученые, отстаивающіе семейный, государственный и фискальный характеръ res mancipi, смотрѣли на свидѣтелей, какъ на представителей народа, безъ авторитета котораго не могъ, будто бы, совершаться переходъ res mancipi Другіе писатели давали свидѣтелямъ болѣе практическое назначеніе—облегченіе средствъ доказательства перехода собственности. Наконецъ нѣкоторые ученые разсматривали mancipatio, какъ національную римскую сдѣлку, введенную съ цѣлью устранить отъ обладанія вещами mancipi иностранцевъ [14]). Хо-

---

[8]) См. напр Savigny въ Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft V, Walter Geschichte des romischen Rechts II § 561, Gimmerthal Die Publicianische Klage стр. 19 (также Bynkershoek, Conradi, Meermann и др).

[9]) Cuiacii Opera quae de jure fecit 1515, notae ad tit. Ulpiani, ad lib. II Instit. Just. Paratitla librum Codicis и др., отчасти также Puchta ср ниже примѣч. 15

[10]) Niebuhr Romische Geschichte 3 изд. стр. 503, Vangerow Ueber die Latini Juniani стр. 79 (и Pufendorf).

[11]) Huschke Ueber das Recht des nexum стр. 10 сл.

[12]) Bernard ten Brink, цит. у Manhayn'a, Plange и Danz'a.

[13]) Lange Romische Alterthumer I стр. 133 сл , ср. стр. 129 сл , Plange въ указ. соч.

[14]) Goesius цит. у Plange —Близко сюда подходитъ мнѣніе Dernburg'a: вещи mancipi не находились прежде въ гражданскомъ оборотѣ съ иностранцами и вступили въ этотъ оборотъ сравнительно поздно, также взглядъ Azo, по которому res mancipi были собствен-

тя вопросы о причинахъ выдѣленія res mancipi въ особую группу и объ особенностяхъ mancipatio тѣсно связаны между собою—замѣчаніе, сдѣланное уже Пухтою,—однако немногіе разсматривали оба эти вопроса въ ихъ взаимной связи, а большинство сосредоточивало свое вниманіе то на одномъ изъ нихъ, то на другомъ.

Подробное изложеніе и критика каждаго изъ указанныхъ мнѣній въ отдѣльности не представляетъ большаго интереса, такъ какъ главный недостатокъ ихъ заключается не столько въ неправильностяхъ приводимыхъ ими отдѣльныхъ доводовъ и доказательствъ, сколько въ ложности общаго имъ всѣмъ исходнаго положенія. Только одна теорія обладаетъ на столько тщательною разработкою, что заслуживаетъ болѣе исключительнаго вниманія,—именно теорія военнаго значенія res mancipi, а потому прежде, чѣмъ приступить къ общей критикѣ, я позволю себѣ сдѣлать нѣсколько спеціальныхъ замѣчаній относительно этой теоріи.

Первоначально она была высказана въ томъ видѣ, что вещи пріобрѣтаемыя римлянами путемъ военнаго захвата имѣли въ ихъ глазахъ особое значеніе и потому были выдѣлены въ особый классъ — res mancipi (Гоммель, Гиббонъ), но затѣмъ это предположеніе было измѣнено двоякимъ образомъ. Съ одной стороны Мангайнъ и Данцъ полагаютъ, что различіе вещей произошло вслѣдствіе различнаго способа перехода ихъ изъ массы добычи въ частныя руки: однѣ вещи переходили путемъ непосред-

---

ностью римлянъ, а res nec mancipi собственностью перегриновъ, Eisendecher видитъ въ res mancipi вещи, принадлежавшія исключительно патриціямъ (см у Plange въ ук соч).

ственнаго раздѣла, другія же поступали сначала въ собственность государства, а потомъ продавались публично (praedae sectio), и этотъ способъ пріобрѣтенія отзывался на вещахъ въ послѣдующей ихъ судьбѣ: по Мангайну каждая дальнѣйшая передача вещей изъ рукъ въ руки должна была совершаться публично, по Данцу право собственности, пріобрѣтенное отъ государства, имѣло особенно безспорный и прочный характеръ.—Иначе смотритъ на дѣло Пухта. По его мнѣнію, различіе вещей возникло тогда, когда была введена mancipatio; это былъ гражданскій актъ передачи собственности, образованный по образцу публичной продажи добычи и потому примѣненный сначала къ вещамъ, входившимъ въ составъ добычи и продававшимся съ публичнаго торга, а затѣмъ распространенный и на другіе предметы (сервитуты, наслѣдство); но зачѣмъ была введена mancipatio и почему расширеніе ея области нашло себѣ извѣстныя границы—Пухта не объясняетъ [15]).

Мѣста источниковъ, приводимыя защитниками этихъ взглядовъ, убѣждаютъ въ томъ, что res mancipi дѣйствительно составляли обыкновенное содержаніе добычи и что нѣкоторыя изъ нихъ (земля,

---

[15]) Puchta приводитъ только мотивъ, по которому traditio не была примѣнена къ res mancipi, онъ состоялъ по его мнѣнію въ томъ что res mancipi считались особенно дорогими. Это мнѣніе предполагаетъ, что mancipatio была особенно вѣрнымъ способомъ передачи-косвенное подтвержденіе чему даетъ Plinius (Hist. nat. IX. 60), говоря о бриллантѣ, что онъ in mancipatum venit ut praedium aliquod. Но, какъ мы увидимъ ниже, опредѣленіе юридической особенности mancipatio не можетъ быть выведено изъ подобныхъ мотивовъ и самъ Puchta отбрасываетъ приведенный взглядъ при объясненіи мѣста Gaj I § 192, которое Cuiac. и др. приводили въ доказательство того, что причиной выдѣленія res mancipi въ особую группу была ихъ цѣнность

рабы, лошади) частью оставлялись въ собственности государства, частью же продавались съ публичнаго торга [16]). Но этимъ и ограничиваются доказательства, а догадки, дѣлаемыя на ихъ основаніи, очень шатки. Пухта не отвѣтилъ совсѣмъ на главные вопросы; предположеніе же объ особомъ превосходствѣ собственности, пріобрѣтенной отъ государства, во-первыхъ не объясняетъ намъ многихъ другихъ послѣдствій различія res mancipi и res nec mancipi [17]), во-вторыхъ забываетъ, что эта прочность могла имѣть значеніе лишь для первыхъ пріобрѣтателей вещи, а не для всѣхъ Болѣе вѣроятія на первый взглядъ имѣетъ объясненіе, которое выводитъ особое уваженіе римлянъ къ захваченнымъ вещамъ изъ общаго характера древне-римскаго созерцанія: война была первоначальнымъ способомъ пріобрѣтенія, право добычи было правомъ собственности, римлянинъ понималъ только завоеванныя права и эта идея выразилась въ конструкціи mancipatio [18]). Но если такъ, то почему тотъ же взглядъ не отразился на вещахъ nec mancipi [19])? Воинственное міросозер-

[16]) См. цитаты у Manhayn'a и Danz'a

[17]) Напр необходимости согласія опекуна при отчужденіи res mancipi женщиною, или связи права квиритской собственности съ правомъ отпущенія на волю.

[18]) Въ послѣднее время это древне-римское созерцаніе превосходно изображено у Ihering'a въ его Geist des rom Rechts 1 § 10 (3 изд), но насколько происхожденіе раздѣленія вещей res mancipi и nec mancipi можетъ быть объяснено этимъ созерцаніемъ, видно изъ того, что самъ Ihering (стр. 112) высказывается противъ подобнаго объясненія. Къ сожалѣнію авторъ не указалъ побудившихъ его къ тому соображеній.

[19]) Можно было бы сказать, что древнему Риму были извѣстны только однѣ res mancipi, но этотъ взглядъ, который мы разсмотримъ ниже, вовсе не раздѣляется критикуемыми писателями, напротивъ, они исходятъ изъ той мысли, что издревле римлянамъ были извѣстны оба класса вещей. ср. Danz, Manhayn, Boking, Puchta.

цаніе должно имѣть предѣлы въ своемъ приложеніи къ объясненію явленій права; оно годится для объясненія характера юридическихъ актовъ, а не различія вещей; юридическій актъ есть совокупность дѣйствій и въ дѣйствіяхъ римлянинъ выражалъ свой личный характеръ; напротивъ въ отношеніяхъ къ вещамъ онъ долженъ былъ руководиться впечатлѣніями, непосредственно и постоянно производимыми на него самими вещами, и съ этой точки зрѣнія довольно непонятно, почему военное происхожденіе вещи должно было оставить на ней такую печать, что и въ послѣдующемъ своемъ движеніи въ оборотѣ вещь, только въ силу своего происхожденія, выдѣлялась изъ среды другой въ особый разрядъ, не вѣрнѣе ли думать, что она, разъ пріобрѣтенная при раздѣлѣ добычи тѣмъ или другимъ путемъ, должна была получить извѣстное экономическое назначеніе и загѣмъ цѣниться по своимъ хозяйственнымъ свойствамъ, на которыя военное происхожденіе не могло оказать никакого вліянія? Довольно трудно также представить себѣ, чтобы это происхожденіе могло имѣть какое-либо практическое значеніе для юристовъ и притомъ настолько сильное, что заставило ихъ создать два совершенно различные класса предметовъ. Къ сказанному, наконецъ, надо прибавить, что военная теорія неспособна объяснить причисленія къ вещамъ mancipi сервитутовъ [20]).

---

[20]) Manhayn (стр. 64) думаетъ объяснить это тѣмъ, что римляне разсматривали сервитуты, какъ части земельнаго участка, и потому приложили къ нимъ mancipatio, Danz стр. 213 тѣмъ, что установленіе сервитута происходило при самой продажѣ земли изъ добычи. Первое мнѣніе можетъ имѣть за себя нѣкоторое основаніе, но оно стоитъ совершенно независимо отъ теоріи военнаго происхожденія вещей. Что же касается взгляда Danz'а, то противъ него надо замѣтить, что Danz смѣшалъ два понятія право сосѣдства по закону и сервитуты;

Общій недостатокъ большинства изложенныхъ мнѣній заключается въ томъ, что они не столько указываютъ причину выдѣленія вещей mancipi въ особую группу, сколько просто описываютъ ихъ. Это замѣчаніе примѣнимо напр. къ способу разсужденій писателей, указывающихъ на земледѣльческій характеръ этихъ вещей; — нѣтъ сомнѣнія, что res mancipi имѣютъ тѣсную связь съ земледѣліемъ, но какимъ образомъ эта связь повела къ юридическимъ послѣдствіямъ?—или писателя, утверждающаго, что res mancipi были большія вещи, а res nec mancipi маленькія,—но чѣмъ же доказана „естественная склонность неразвитыхъ людей отличать большія вещи отъ маленькихъ“? — или писателей, указывающихъ на особую рельефность вещей mancipi, причемъ причинная связь этого свойства съ классификаціей вещей остается неразъясненною. Очень можетъ быть, что только res mancipi принимались въ разсчетъ при опредѣленіи ценза и навѣрное иностранцы не допускались въ старое время къ ихъ обладанію, но чѣмъ можно доказать, что именно эти обстоятельства были причиною юридическаго выдѣленія вещей mancipi?—Кромѣ того есть мнѣнія, исходящія изъ такихъ положеній, которыя сами не доказаны; такъ ученые, желающіе въ вещахъ mancipi

---

онъ полагаетъ, что, въ случаѣ необходимости въ сервитутѣ для извѣстнаго участка земли сервитутъ установлялся при самой продажѣ земли изъ добычи и ссылается какъ на аналогію на L. 14 § 1 D. quemadm. serv. 8 6. cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet. Не говоря о томъ, что эта аналогія не идетъ сюда, такъ какъ въ 1 c. говорится о via publica, а не о via privata, надо замѣтить, что весь выводъ Danz'a невѣренъ уже потому, что характеристическою чертою римскихъ сервитутовъ было ихъ договорное, а не обязательное установленіе, ср Ihering Geist B II Abt. I стр. 231 (3 изд.).

видѣть вещи неотчуждаемыя, или вещи, отчужденіе которыхъ было затруднено ради государственнаго интереса, либо интереса ценза, основываются на гипотезѣ объ отсутствіи въ древнемъ Римѣ частной недвижимой собственности Гипотеза эта, поддержанная, какъ извѣстно, Пухтой и отчасти Рудорфомъ [21]), никогда не предъявляла сильныхъ доводовъ къ своему оправданію, представленные же доводы не остались безъ блистательнаго опроверженія [22]); въ кругу извѣстій о res mancipi она не находитъ себѣ никакого подтвержденія, а Ланге, Планге и Гушке приступаютъ къ этой сферѣ съ предвзятыми понятіями и стремятся истолковать извѣстія въ предвзятомъ смыслѣ.

Но главная ошибка приведенныхъ теорій еще крупнѣе. Всѣ онѣ исходятъ изъ слѣдующихъ двухъ предположеній:

1) Въ древнемъ римскомъ правѣ возможно было существованіе особаго рода формальныхъ сдѣлокъ, введенныхъ въ употребленіе подъ вліяніемъ того или другаго мотива практическаго свойства. Mancipatio была введена для облегченія контроля государства надъ переходомъ права собственности,— говорятъ одни: она была введена для облегченія способовъ доказыванія предъ судомъ, — утверждаютъ другіе; она обязана своимъ происхожденіемъ тому обстоятельству, что при продажѣ дорогихъ вещей считалось нужнымъ взвѣшивать деньги публично,— слышимъ отъ третьихъ;

2) mancipatio не была единственнымъ способомъ передачи права собственности и рядомъ съ нею существовали другіе способы, назначенные для передачи вещей nec mancipi (in jure cessio и traditio)

---

[21]) Puchta Cursus d. Inst I § 40 и II § 237, Rudorff Schriften d. röm Feldmesser II стр 303

[22]) Ihering Geist II 1 § 31 стр. 141 сл (2 изд.) и II. 2 стр XIV (2 изд).

Оба предположенія не согласуются съ извѣстными теперь данными о состояніи древняго римскаго права. Изслѣдованія послѣдняго времени, въ особенности же изслѣдованія Іеринга показали, что древній формализмъ обладаетъ совершенно инымъ характеромъ, нежели формализмъ новаго права. Обыкновенное явленіе новаго права состоитъ въ томъ, что ради какой-нибудь практической цѣли совершеніе юридической сдѣлки соединяется съ нѣкоторыми обязательными формальностями, такъ что одновременно можетъ образоваться и существовать цѣлая система сдѣлокъ въ различной степени формальныхъ. Формализмъ этого рода есть явленіе частное, релативное, онъ связанъ съ извѣстнымъ родомъ сдѣлокъ, или съ опредѣленною областью примѣненія извѣстной сдѣлки, онъ есть результатъ усложненія экономическихъ отношеній и расширенія области гражданскаго оборота Совершенно изъ другаго источника вытекаетъ древній формализмъ; его причина лежитъ въ потребности древняго человѣка облекать выраженія своихъ желаній и поступковъ въ ярькую внѣшнюю форму; только въ такой формѣ онъ сознаетъ ихъ и только въ ней они понятны для другихъ. Древній способъ передачи собственности облекся въ торжественную форму потому, что только въ этой формѣ римлянинъ былъ способенъ понимать передачу [23]). Вслѣдствіе этого формальность сдѣлки была необходимымъ условіемъ ея юридической силы, вслѣдствіе этого всѣ сдѣлки были одинаково формальны и не могло существовать различія сдѣлокъ формальныхъ и неформальныхъ, или болѣе формальныхъ и менѣе формальныхъ; такое различіе явилось сравни-

[23]) О характерѣ древняго формализма и о противоположности его новому см Ihering Geist II 2 § 15 a.

тельно позднѣе, когда древнее чувственное созерцаніе стало падать и когда менѣе формальныя сдѣлки подъ вліяніемъ новыхъ потребностей и понятій стали проникать въ жизнь; древній же умъ выработалъ для даннаго случая—переходъ собственности—одну типическую форму, примѣнялъ ее ко всѣмъ вещамъ безъ различія, кромѣ того онъ распространилъ ее за предѣлы этой области (сервитуты, наслѣдство, семейная сфера).—Какъ формальность вообще, такъ и каждый отдѣльный ея элементъ носилъ абсолютный характеръ; если въ знакъ купли вѣшали металлъ, то это происходило вездѣ, гдѣ надо было выразить куплю безъ различія цѣны вещи; если считали нужнымъ въ знакъ пріобрѣтенія власти накладывать руку на предметъ, то это должно было быть вездѣ, гдѣ власть пріобрѣталась, и если, наконецъ, признавали необходимымъ привлекать къ участію въ сдѣлкѣ свидѣтелей, то это исходило не изъ менѣе абсолютнаго мотива. Относительно послѣднихъ теперь ясно, что въ древнемъ правѣ они являлись не для облегченія доказательства, не для поданія своего мнѣнія относительно правильности перехода, не ради какой-нибудь другой релативной цѣли,—ихъ появленіе лежало въ тѣсной связи съ древнимъ характеромъ процесса, съ системою самоуправства, и свидѣтель призывался къ совершенію сдѣлки, какъ необходимый ея участникъ, долженствующій во всѣхъ могущихъ произойти пререканіяхъ протянуть руку помощи сторонѣ, основывающей свое право на совершенной сдѣлкѣ [21]).

---

[21]) Объ этой роли свидѣтелей въ древнемъ римскомъ правѣ см. Ihering Geist I § 11 b. Въ исторіи правъ другихъ народовъ повторяется то же явленіе. Извѣстно, что англійскіе присяжные были первоначально свидѣтелями, см. Gundermann Englisches Privatrecht (цитированъ Ihering'омъ I nota 52. Стифенсъ Уголовное

Изъ сказаннаго видно, что совмѣстное существованіе въ древнѣйшую эпоху права нѣсколькихъ формъ передачи вещи немыслимо и, въ самомъ дѣлѣ, при современномъ состояніи историческихъ изслѣдованій можно принять за достовѣрное, что изъ трехъ извѣстныхъ намъ производныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности: mancipatio, in jure cessio и traditio, древнѣйшему праву была извѣстна только mancipatio; позже явилась in jure cessio, еще позже traditio [25]). Но если mancipatio служила въ древнѣйшемъ правѣ единственнымъ способомъ передачи собственности, то это ведетъ къ слѣдующему вопросу: было ли въ то время примѣненіе mancipatio ограничено вещами, извѣстными подъ именемъ mancipi, или же область ея примѣненія была прежде шире, чѣмъ впослѣдствіи?

Нѣтъ, какъ будетъ показано ниже, особой необходимости давать отвѣтъ въ послѣднемъ смыслѣ. Не существуетъ также никакихъ твердыхъ историческихъ данныхъ для формулированія подобнаго отвѣ-

---

право Англіи стр. 23. Мы обязаны изслѣдованіямъ Дювернуа разъясненіемъ, что древніе русскіе послухи и видоки представляютъ аналогію римскимъ testes, см. его Источники права и судъ въ древней Россіи стр. 94 сл.

25) Относительно traditio см напр. Puchta Cursus d. Inst. II § 238, Voigt Jus naturale IV 3 стр. 569 и Ihering Geist I стр 110 (3 изд.).

О in jure cessio см. Ihering Geist II 2 § 46 nota 737. Противоположное мнѣніе поддерживаетъ въ послѣднее время Arnold Cultur und Recht der Romer стр 178 сл. Онъ ссылается на бо́льшее удобство mancipatio сравнительно съ in jure cessio, о чемъ упоминается, какъ извѣстно, у Gaj. (II § 25). Но не надо забывать, что главною причиной неудобства in jure cessio во время Гая было расширеніе римской территоріи, — обстоятельство, не существовавшее въ древности. Съ другой стороны сама конструкція mancipatio обличаетъ ея сравнительную древность, въ этой конструкціи мы замѣчаемъ менѣе слѣдовъ отвлеченія, нежели въ конструкціи in jure cessio.

та. Поэтому слѣдуетъ принять, что предметы mancipatio въ древнѣйшее время были тѣ же, какъ и во время, отъ котораго сохранились для насъ непосредственныя извѣстія. Но такъ какъ mancipatio была въ древнее время единственнымъ способомъ передачи вещей, то, слѣдовательно, res mancipi исчерпывали собою всѣ предметы гражданскаго оборота. Это и есть то положеніе, защиту котораго я принимаю и на которомъ я строю свою гипотезу о происхожденіи различія res mancipi и res nec mancipi. Я не высказываю его впервые [26]); но до сихъ поръ оно съумѣло вызвать лишь сильныя нападки [27]) и не пріобрѣло сочувствія, главную причину чего я вижу въ томъ обстоятельствѣ, что никѣмъ оно не было вполнѣ развито и доказано, а выражалось по большей части довольно неточно и неопредѣленно, такъ сказать вскользь и мимоходомъ.

Въ основаніи моего мнѣнія о происхожденіи разсматриваемой классификаціи вещей лежатъ два факта. Первый изъ нихъ заключается въ слѣдующемъ:

Группа res mancipi обнимаетъ собою предметы, извѣстные первоначальному гражданскому обороту римскихъ хозяйствъ; только эти вещи обыкновенно передавались римлянами изъ рукъ въ руки и для нихъ была выработана древними юристами форма передачи — mancipatio, древняя теорія права собственности — mancipium (въ особенности правила объ отчужденіи и распоряженіи) и способъ защиты — rei vindicatio. Подобный фактъ представляется возмож-

---

[26]) См. Salmasius De usuris liber 1638 стр. 203 сл., 217 сл., Gottling указ. соч. стр. 124, Arnold указ. соч. стр. 179 сл.,

[27]) См. напр Ortolan указ соч. I généralisation § 121.

нымъ съ экономической точки зрѣнія и подтверждается непосредственно этимологическими и юридическими данными.

Противоположность вещей mancipi и nec mancipi выражала въ древнемъ Римѣ противоположность предметовъ, созданныхъ природою, и предметовъ, сдѣланныхъ рукой человѣка. Въ экономическомъ быту, главное основаніе котораго заключалось въ земледѣліи, вещи втораго рода,—куда относились одежда, оружіе, домашняя утварь и рабочія орудія,—назначены были не для того, чтобы быть предметомъ обмѣна между частными хозяйствами. Немногія изъ этихъ вещей производились особыми ремесленниками; по большей части онѣ выдѣлывались самими хозяевами [28]), могли также доставаться путемъ военнаго захвата и, разъ пріобрѣтенныя тѣмъ или другимъ способомъ, оставались надолго въ хозяйствѣ; обычнымъ переходомъ ихъ изъ рукъ въ руки былъ только переходъ по наслѣдству [29]). Напротивъ—вещи, созданныя природою, ранѣе другихъ предметовъ потеряли личную цѣну, и обмѣнъ ихъ внутри общины могъ сдѣлаться нормальнымъ явленіемъ. Гдѣ существовала частная поземельная собственность, тамъ нельзя было обойтись безъ обмѣна отдѣльныхъ участковъ

---

28) См. Mommsen Romische Geschichte I кн. 1 гл. 13 стр. 192 (6 изд.) Въ древнемъ Римѣ были извѣстны только слѣдующіе ремесленники флейтщики, золотыхъ и мѣдныхъ дѣлъ мастера, плотники, валяльщики, красильщики, горшечники и сапожники. Пряжа для одежды дѣлалась дома, печеніе хлѣбовъ не было совсѣмъ извѣстно.

29) Въ высшемъ своемъ развитіи mancipatio была примѣнена къ завѣщанію и, слѣдовательно, къ вещамъ nec mancipi. Но здѣсь выразилось болѣе абстрактное пониманіе мапципаціонной формы и позднѣйшія юристы не считали hereditas въ числѣ res mancipi. Ср. Ihering Geist. II 2 § 46 прим. 735.

земли; что же касается до рабовъ и скота, то издревле эти вещи служили уже главнымъ предметомъ торговли по всей Италіи, а быки и овцы играли роль, которая потомъ перешла къ металлу [30]).

Res mancipi составляютъ законченную группу, исчерпывающую собою предметы этого рода. Источники называютъ намъ въ числѣ res mancipi: 1) италійскую землю съ строеніями, на ней находящимися, 2) рабовъ, 3) быковъ, лошадей, муловъ и ословъ и 4) сельскіе сервитуты — группа съ чисто-земледѣльческимъ характеромъ [31]). Расширять ее для древняго времени почти нѣтъ нужды. Мелкія домашнія животныя, неупоминаемыя въ числѣ res mancipi, могли быть забыты позднѣйшими юристами, а также очень можетъ быть, что вышеприведенное перечисленіе животныхъ есть только примѣрное [32]); что же касается приводимой Гаемъ

---

[30]) Mommsen ук. соч. стр. 194, ср. стр. 197. Мѣдь стала извѣстна сначала Этрускамъ, а Латины могли получать ее не иначе, какъ вымѣнивая на нее скотъ и рабовъ.

[31]) Ulp frg. XIX § I, Gaj. II §§ 15 — 17. Въ старой литературѣ было не мало контроверзъ о томъ, какіе именно предметы относятся къ res mancipi и какіе нѣтъ. Контроверзы эти сопоставлены у Manhayn'a ук соч. стр. 7—26, всѣ онѣ имѣютъ очень мало интереса и были основаны на неточностяхъ и неясностяхъ нѣкоторыхъ неюридическихъ источниковъ. Manhayn тщательно сравнилъ всѣ свидѣтельства источниковъ между собою и доказалъ, что при полномъ тождествѣ свидѣтельствъ Гая и Ульпіана не можетъ оставаться мѣста для сомнѣній. Единственное противорѣчіе замѣчается относительно сервитутовъ Ульпіанъ называетъ только четыре сельскіе сервитута, Гай всѣ сельскіе сервитуты. Въ пользу Гая приводили (Manhayn стр. 20) то обстоятельство, что пріобрѣтающая давность до lex Scribonia была примѣнима ко всѣмъ сельскимъ сервитутамъ Ср. также Gaj. II § 29.

[32]) Слово velut при перечисленіи Ульпіаномъ животныхъ (XIX § I) по всей вѣроятности значитъ „какъ напримѣръ“; при перечисленіи

*

контроверзы о молодыхъ животныхъ [33]), то она, по всей вѣроятности, представляетъ результатъ позднѣйшаго теоретическаго измышленія, при чемъ въ мнѣніи nostri praeceptores выразился практическій взглядъ стараго времени.—Дикія животныя, добытыя охотой, шли въ древнее время на личное потребленіе. Наконецъ хлѣбное зерно, при скудости римской почвы и при постоянной потребности въ заграничномъ подвозѣ, едва ли могло составлять видный предметъ внутренней торговли, а если и было таковымъ, то отличалось отъ res mancipi тѣмъ, что, разъ пріобрѣтенное въ частное хозяйство, исчезало въ немедленномъ потребленіи. О прочихъ припасахъ, обращеніе которыхъ въ торговлѣ этого времени можетъ быть предположено, слѣдуетъ сказать то же самое [34]). Во всякомъ случаѣ предметы этого рода не принадлежали къ области взаимнаго обмѣна частныхъ хозяйствъ, которыя ограничивались ихъ покупкою для своего непосредственнаго потребленія изъ складовъ, принадлежавшихъ монополистамъ и государственной казнѣ. При такомъ состояніи торговля этого рода стояла гораздо ближе къ сферѣ государственныхъ отношеній, нежели къ гражданской области, и должна была регулироваться государственными опредѣленіями,—что, дѣйствительно, и было въ Римѣ. Между частными лицами рѣдко могъ произойти судебный споръ о принадлежности и о способѣ пріобрѣте-

---

витутовъ оно, очевидно, имѣетъ это значеніе. Контроверзы о значеніи velut см. Manhayn указ. соч.

33) Gaj. II § 15.

34) Если надо сводить различіе res mancipi и res nec mancipi на какое-нибудь изъ извѣстныхъ впослѣдствіи различій вещей, то будетъ вѣрнѣе видѣть въ немъ противоположность предметовъ потребляемыхъ и непотребляемыхъ, нежели замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ, какъ у Kuntze Cursus § 441.

нія мѣшка пшеницы или горсти соли, а потому юристамъ, формулировавшимъ гражданское право, т. е. право гражданскаго оборота, было мало дѣла до предметовъ этого рода.

Грамматическая форма res mancipi есть сокращенная res mancipii, послѣдняя же представляетъ родительный падежъ отъ mancipium [35]). Mancipium на юридическомъ языкѣ имѣло двоякое значеніе. Во-первыхъ такъ назывался актъ установленія права, позднѣйшая mancipatio; вовторыхъ самое право [36]). Въ послѣднемъ значеніи слово mancipium на языкѣ Гая и другихъ юристовъ фигурируетъ лишь въ примѣненіи къ праву надъ лицами in mancipio, у Цицерона оно встрѣчается въ смыслѣ собственности [37]), но въ древнѣйшее время оно могло означать всю совокупность правъ, возможныхъ надъ вещами и несвободными лицами въ противоположность nexum, охватывавшему систему правъ надъ лицами свободными (права по обязательствамъ) [38]); mancapere—mancipare значило предоставлять въ собственность [39]), mancipia назывались самыя вещи [40]), res mancipi вещи,

35) Niebuhr Romische Geschichte I стр. 503 (3 изд.) Это производство, насколько мнѣ извѣстно, не было оспорено Ср Dirksen Manuale latinitatis стр. 564, Puchta Cursus d. Inst. § 238.

36) Dirksen стр. 564 Mancipium §§ 1 и 2 и Mancipatio § 1. Замѣчательно, что слово mancipatio употребляется иногда въ смыслѣ права, а не акта; см. Gaj. II § 141.

37) Cicero Epist. ad famil. VII. 29 § 1.... ergo fructus est tuus, mancipium illius. Ср. Puntschart указ. соч. § 58.

38) Nexum и mancipium охватывали всю систему римскаго права и въ этомъ смыслѣ законы XII таблицъ, опредѣляя автономію лица, сказали: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Эта форма выраженія особенно заслуживаетъ вниманія въ виду извѣстія, что законы XII таблицъ признали и in jure cessio § 50 Frg. Vat.

39) Dirksen стр. 563, Ihering Geist I § 10.

40) Dirksen стр. 564 mancipium § 3.

состоящія или способныя состоять въ собственности [41]).

При внимательномъ изученіи юридическихъ опредѣленій, связанныхъ съ res mancipi и съ res nec mancipi, можно замѣтить, что опредѣленія, относящіяся къ res mancipi имѣютъ совершенно иной характеръ, нежели опредѣленія, относящіяся къ res nec mancipi. Первыя изобличаютъ свою принадлежность древнему праву, вторыя, напротивъ, явно позднѣйшаго происхожденія. Къ сожалѣнію поле изслѣдованія здѣсь не очень велико, но то, что имѣется, не лишено значенія. Прежде всего стоитъ обратить вниманіе на особенный характеръ римскаго иска о собственности rei vindicatio. Этотъ искъ не ограниченъ ни мѣстомъ, ни временемъ (кромѣ давности), ни лицомъ и идетъ противъ всѣхъ и каждаго, у кого находится вещь; спорная вещь приносится въ судъ, или, если споръ идетъ о недвижимости, судъ идетъ къ ней [42]); истецъ для того, чтобы доказать свое право, долженъ доказать законное пріобрѣтеніе имъ вещи и правильность всѣхъ предыдущихъ переходовъ вещи изъ рукъ въ руки; отвѣтчикъ, въ свою очередь, можетъ доказать свое право не иначе, какъ выяснивъ въ свою пользу весь рядъ передачъ вещи [43]). Въ древности въ этихъ

[41]) Manhayn стр. 69, Danz Lehrbuch II стр. 215 хотятъ ограничить первоначальное значеніе слова mancipium – продажей имущества отъ казны. Они ссылаются главнымъ образомъ на извѣстное мѣсто Festus'a. Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse Какъ кажется, слово manceps удержалось только въ значеніи этого рода (Dirksen стр. 563), но нѣтъ основаній выводить изъ этого ограниченнаго значенія слова manceps ограниченное значеніе другихъ родственныхъ ему словъ.

[42]) Gaj. IV § 17

[43]) См. напр. Puchta Cursus d. Inst. II стр. 506 (6 изд.).

случаяхъ главнымъ и единственнымъ способомъ доказательствъ служили свидѣтели. Первоначальный типъ подобнаго процесса могъ выработаться только на предметахъ, обладающихъ нѣкоторою внѣшнею индивидуальностью, легко распознаваемыхъ и запоминаемыхъ, а такими именно были res mancipi и притомъ только онѣ [44]). Примѣненіе rei vindicatio ко всѣмъ вещамъ должно быть сравнительно позднѣйшаго происхожденія; оно было облегчено образованіемъ интердиктовъ для защиты владѣнія [45]) и случилось не безъ ущерба строгому характеру rei vindicatio [46]).

Во время классической юриспруденціи различіе res mancipi и res nec mancipi имѣло важныя послѣдствія для опеки надъ женщинами: согласіе опекуна при отчужденіи вещи было необходимо для res mancipi, прочими же вещами женщина располагала независимо отъ опеки [47]); при этомъ Гай даетъ намъ положительное указаніе, что это различіе находилось еще въ законѣ XII таблицъ [48]). Фойгтъ старается опровергнуть справедливость этого извѣстія двумя цитатами изъ Цицерона и одною изъ

---

[44]) Нѣчто напоминающее римскую rei vindicatio можно встрѣтить въ русскомъ крестьянскомъ быту. Кому знакомы крестьянскіе нравы, тотъ вѣрно замѣчалъ, какъ крестьянинъ отправляется отыскивать свою пропавшую корову и проходитъ съ этою цѣлью далеко отъ деревни, чуть ли не по всей губерніи. — Срав. древній сводъ.

[45]) Каковъ ни есть основной мотивъ защиты владѣнія, указанная Ihering'омъ въ его трудѣ о владѣніи (Ueber d. Grund des Besitzeschutzes) выгода, которую представляютъ собственнику интердикты, остается внѣ сомнѣнія.

[46]) Ср. напр. L. 6 D. de R. V. 6. 1.

[47]) Gaj. II § 80, Ulp. frg. XI § 27, Frg. Vat § 259; въ послѣднемъ мѣстѣ подъ praedium разумѣется провинціальная земля, которая была res nec mancipi ср. Gaj. II § 21.

[48]) Gaj. II § 47 (Item olim) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore

Ливія[49]), которыя, по его мнѣнію, противорѣчатъ Гаю. Но это противорѣчіе только кажущееся. Слова Цицерона, относящіяся къ его времени, имѣютъ тотъ смыслъ, что изъ области, подвѣдомственной законной опекѣ надъ женщинами, ничто не можетъ быть отчуждено безъ согласія опекуновъ; но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы эта область выходила за предѣлы res mancipi. Болѣе вѣскій аргументъ представляетъ, повидимому, ссылка на свидѣтельство Ливія, заключающее въ себѣ общее указаніе, что встарину женщина не могла совершать безъ согласія опекуна ни одного гражданскаго акта (privatam rem agere[50]); чтобы согласить это извѣстіе съ свидѣтельствомъ Гая, надо или вмѣстѣ съ Фойгтомъ заподозрить справедливость послѣдняго, или же принять, что встарину отчужденіе вещей nec mancipi не подходило подъ понятіе гражданскаго акта,—другими словами, что эти вещи не находились въ оборотѣ. Изъ того, что Гай могъ ошибаться[51]), не слѣдуетъ, что онъ на

(auctore) traditae essent; nam ita lege XII tabularum cautum erat. Здѣсь говорится только о необходимости auctoritas tutoris для пріобрѣтенія права давностью лицомъ, получившимъ вещь отъ женщины; но сопоставленіе этого мѣста съ Ulp. frg XI § 27 tutoris auctoritas necessaria est mulieribus .. si civile negotium gerant и съ мнѣніемъ Labeo въ § 1 Frg. Vat ведетъ къ заключенію, что требованіе древняго права имѣло тотъ смыслъ, что безъ согласія опекуна было недѣйствительно самое отчужденіе res mancipi.

[49]) Cic ep. ad. Atticum I 5 § 6... de tutela legitima, in qua dicitur esse puella, nihil usucapi posse — pro Flacco 34 § 84... nihil enim potest de tutela legitima nisi omnium tutorum auctoritate deminui. – Liv. XXXIV 2 § 11 Majores nostri, nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore, voluerunt

[50]) Объ употребленіи слова res въ смыслѣ negotium см Dirksen стр. 838, res § 4.

[51]) Voigt, именно, видитъ въ приписанномъ Гаемъ закону XII таблицъ правилѣ - произведеніе позднѣйшей юриспруденціи, примкнутое юристами къ XII таблицамъ, и ссылается на извѣстный

самомъ дѣлѣ ошибся, коль скоро ничто другое не ведетъ къ необходимости такого предположенія, тѣмъ болѣе, что относительно Гая подобныя предположенія надо дѣлать съ особенною осторожностью [52]); поэтому мы должны отказаться отъ выводовъ Фойгта и остановиться на другомъ возможномъ объясненіи. Res mancipi представляются намъ, согласно извѣстію Гая, исчерпывающими кругъ опекунскаго надзора надъ женщинами, какъ въ новомъ, такъ и въ древнемъ правѣ; но опека надъ женщинами была институтомъ всеобъемлющимъ, слѣдовательно въ древнемъ правѣ только эти вещи были предметами гражданскаго оборота, иначе опека не ограничилась бы ими [53]).

Итакъ rei vindicatio и опека надъ женщинами, два института, принадлежащіе старому праву, связаны тѣсно съ вещами mancipi и напротивъ чужды (r. v. по характеру, а опека по примѣненію) вещамъ nec mancipi. Къ этимъ двумъ указаніямъ присоеди-

---

характеръ древней интерпретаціи; но Voigt забываетъ, что во время послѣ Цицерона, т. е въ то время, къ которому относится, по его мнѣнію, возникновеніе разсматриваемаго правила, интерпретація значительно измѣнила свои пріемы.

52) Я позволю себѣ сослаться на авторитетъ такого опытнаго историка и критика, каковъ Ortolan; онъ замѣчаетъ, что извѣстія, приводимыя Гаемъ о XII таблицахъ, заслуживаютъ особой вѣры потому, что Гай, написавшій къ XII таблицамъ особый комментарій, долженъ былъ хорошо знать ихъ содержаніе, см. Explication historique I стр. 601 прим. 4 (8 изд.)

53) Такимъ образомъ нѣтъ нужды видѣть (какъ это дѣлаетъ Voigt) въ правилѣ, изложенномъ въ § 1 Frg Vat. о необходимости tutoris auctoritas для отчужденія женщиною res mancipi какое либо ограниченіе опекунской сферы. Что же касается constitutio Rutiliana, то это постановленіе заключаетъ въ себѣ подобное ограниченіе, объявляя покупщика res mancipi, завѣдомо купившаго ее у женщины безъ опекунскаго разрѣшенія, добросовѣстнымъ и способнымъ пріобрѣсти вещь чрезъ usucapio.

няется третье, еще болѣе важное и на этотъ разъ вполнѣ безспорное: я говорю о противоположности mancipatio и traditio. Mancipatio принадлежитъ старому праву, traditio—новому [54]), между тѣмъ mancipatio составляетъ исключительный способъ передачи вещей mancipi, traditio же назначена для res nec mancipi [54*]); переносъ traditio на res mancipi очевидно позднѣйшаго происхожденія [55]).

Я полагаю, что совокупность приведенныхъ указаній подтверждаетъ справедливость предположенія о томъ, что res mancipi были исключительнымъ предметомъ первоначальнаго внутренняго оборота и римской собственности — mancipium.

Второй фактъ, лежащій въ основаніи моихъ соображеній засвидѣтельствованъ источниками болѣе ясно, чѣмъ первый: древнее римское право рядомъ съ rei vindicatio знало другой искъ, способный служить защитѣ права собственности и отличающійся отъ rei vindicatio не столько областью своего примѣненія, сколько уголовнымъ характеромъ, обличающимъ его принадлежность эпохѣ болѣе ранней, чѣмъ та, которой принадлежитъ rei vindicatio.

Этотъ искъ есть actio furti concepti; посредствомъ его возвращается украденная вещь, и онъ имѣетъ силу противъ каждаго лица, у котораго вещь находится, безъ различія, есть ли это лицо воръ или нѣтъ; отвѣтчикъ, будь онъ добросовѣстный владѣлецъ, трактуется одинаково съ воромъ и подвергается такому же штрафу, какъ послѣдній [56]); справедливость

---

54) Frg Vat § 47 .. non traditione, quae juris gentium est.

54*) Ulp. frg. XIX §§ 3 и 7

55) Gaj. II §§ 40 и 41.

56) Gaj. III § 186. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.

возстановляется тѣмъ, что понапрасну обиженный добросовѣстный отвѣтчикъ взыскиваетъ путемъ actio furti oblati съ лица, передавшаго ему вещь, такой же штрафъ, какой былъ взысканъ съ него самого [57]).

Теперь сдѣлаемъ выводы. Actio furti concepti, рядомъ съ другими видами actio furti—manifesti и nec manifesti, представляетъ собою средство защиты, параллельное rei vindicatio, но менѣе совершенное, чѣмъ эта послѣдняя. Было время, когда всякое правонарушеніе разсматривалось какъ преступленіе, безъ разбора степени вины отвѣтчика [58]), и нѣтъ никакого основанія думать, что развитіе права собственности не прошло той же ступени; объ этомъ свидѣтельствуютъ уже слѣды древняго правоваго созерцанія, сохранившіеся въ конструкціи rei vindicatio [59]). Поэтому надо предположить, что въ первоначальную эпоху древняго права, при сравнительной неразвитости экономическаго общенія и торговаго оборота, уголовный искъ — actio furti вполнѣ удовлетворялъ потребностямъ собственниковъ; въ это

---

[57]) Gaj. III § 191. Concepti et oblati poena ex lege XII tab. tripli est — Ср. Puchta Cursus d. Inst. III § 277 nota p и Ihering Das Schuldmoment im romischen Privatrecht стр. 18 и 34.

Источники не обобщаютъ такъ содержанія a. furti oblati, какъ это сдѣлано въ текстѣ, но существующія между ихъ свидѣтельствами противорѣчія допускаютъ мысль, что подобное обобщеніе умѣстно для древняго времени. Paullus (Collatio VII 5 § 3 (4) говоритъ: oblati actione is tenetur, qui rem furtivam alii obtulit ne apud se inveniretur; Gajus же ограничиваетъ примѣненіе иска этимъ случаемъ болѣе робко: oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur (III § 187).

[58]) Ср. Ihering Das Schuldmoment стр. 8 слѣд.

[59]) Тамъ же стр. 13 сл., Geist III стр. 188 сл. (2 изд.)

время вещи, составившія потомъ группу res mancipi, представляли, какъ и въ послѣдующую эпоху, главный предметъ собственности и зарождавшейся торговли, а юридическое отношеніе къ нимъ, равно какъ и къ другимъ вещамъ защищалось чрезъ actio furti [60]). Но мало по малу такой порядокъ долженъ былъ оказаться неудовлетворительнымъ; начало, въ силу котораго каждый владѣлецъ чужой вещи третировался какъ воръ, шло наперекоръ развитію гражданскаго оборота, уменьшало желаніе пріобрѣтать, а слѣдовательно и возможность сбывать; поэтому, когда развитіе потребности въ обмѣнѣ дошло до такой степени, которая была уже болѣе несовмѣстима съ господствомъ древняго правоваго созерцанія, тогда древніе уголовные иски по отношенію къ вещамъ, составлявшимъ обыкновенный предметъ обмѣна, должны были замѣниться другими средствами. Такимъ путемъ образовался новый искъ rei vindicatio, при которомъ мѣра осужденія отвѣтчика строго сообразуется съ степенью его вины; образованіе этого иска, совершившееся не вдругъ и прошедшее многія фазы постепеннаго развитія [61]), составляетъ указаніе на значительный шагъ впередъ въ экономической жизни и правовомъ созерцаніи римлянъ.

---

[60]) Извѣстно, что по древнимъ понятіямъ furtum было возможно и относительно недвижимостей см. Masurius Sabinus De furtis liber (у Huschke Iurisprudentiae Antejustinianae 2 изд. стр. 59).

[61]) Исторія rei vindicatio не разработана еще вполнѣ, важныя относящіяся сюда указанія сдѣланы Ihering'омъ въ его Geist III стр. 183—192. Согласно съ нимъ надо принять, что rei vindicatio въ первоначальномъ своемъ видѣ ограничивалась возвращеніемъ вещи, а обязательства вознаградить за ущербы, плоды, издержки т. п. разсматривались какъ особыя юридическія отношенія, основанныя отчасти подъ точкой зрѣнія furtum, отчасти же вытекавшія изъ различныхъ cautiones.

Одновременно съ этою реформой, или можетъ-быть нѣсколько ранѣе ея, сложилась опредѣленная форма передачи вещей—mancipatio, Два новыя явленія, mancipatio и rei vindicatio, сгруппировались около предметовъ обмѣна, тогда какъ прочія вещи не вошли въ область ихъ дѣйствія: mancipatio не была примѣнима къ нимъ, такъ какъ онѣ не переходили изъ рукъ въ руки, а rei vindicatio, какъ нововведеніе, ограничилось защитой лишь тѣхъ отношеній, для которыхъ его появленіе было необходимостью; прочія остались подъ охраной старыхъ средствъ защиты.

Такимъ путемъ образовались два вида собственности, различіе которыхъ основывалось на различіи предметовъ, способовъ пріобрѣтенія и способовъ защиты [62]). Понятно, что юридическія отношенія того вида, который по всей вѣроятности назывался mancipium, предметомъ котораго были res mancipi, а способами установленія и охраны mancipatio и rei vindicatio, составляли господствующее явленіе юридической жизни и гораздо чаще, чѣмъ отношенія другаго вида, подлежали разсмотрѣнію и обсужденію юристовъ; поэтому mancipium могло получить въ глазахъ послѣднихъ значеніе нормальнаго права, res mancipi — значеніе нормальнаго объекта собственности и не только собственности, но и другихъ правъ, ибо и они могли быть связаны съ res mancipi (напр. опека). Другой видъ собственности, какъ по своей роли въ гражданскомъ быту, такъ и по своему внутреннему развитію,

62) Точное опредѣленіе времени, когда произошло это, невозможно, конечно mancipium образовалось уже задолго до законовъ XII таблицъ. Такъ думать даютъ право какъ содержаніе этихъ законовъ, такъ и историческія извѣстія объ экономическомъ состояніи Рима въ III вѣкѣ н. с.

блѣднѣлъ предъ mancipium, и его объекты не получили собственнаго имени, а обозначались отрицательно: res nec mancipi; имя же, которымъ обозначалось относившееся къ нимъ право, не сохранилось въ источникахъ.

Таковы выводы, которые я нахожу возможнымъ сдѣлать на основаніи выше указанныхъ двухъ фактовъ при сопоставленіи ихъ между собою и съ нѣкоторыми другими извѣстными данными исторіи римскаго права. Сдѣланное мною предположеніе о происхожденіи различія res mancipi и res nec mancipi оправдывается между прочимъ и своеобразнымъ характеромъ, который выказала эта классификація въ исторіи. Въ системѣ позднѣйшаго права она очевидно принадлежитъ къ одному изъ подраздѣленій res in commercio, но своею интенсивностью она сильно отличается отъ прочихъ подраздѣленій этого отдѣла, сравнительно съ нею послѣднія выступаютъ слабо, выказывая свое дѣйствіе разбросанно и нисколько не вліяя на систематическое положеніе юридическихъ отношеній; эти подраздѣленія обязаны своимъ происхожденіемъ различнымъ отдѣльнымъ экономическимъ свойствамъ предметовъ, либо свойствамъ другаго рода, имѣющимъ практическое значеніе. Путемъ индуктивнаго обобщенія, эти свойства постепенно выдѣлялись, ставились въ извѣстныя отношенія къ тѣмъ или другимъ правовымъ нормамъ, а предметы, сообразно вновь открытымъ въ нихъ качествамъ, соединялись въ соотвѣтствующія группы. Результатомъ такого историческаго процесса было то, что всѣ эти классификаціи не имѣли ничего абсолютнаго; описаніе ихъ не выдѣлилось даже въ особыя главы или отдѣлы юридическихъ сборниковъ, и юристы касались ихъ только по мѣрѣ надобности, говоря о тѣхъ или другихъ юридическихъ отношеніяхъ. Совершенно инымъ пред-

ставляется намъ раздѣленіе вещей на res mancipi и res nec mancipi. Въ немъ мы видимъ какую-то абсолютную альтернативу [63]), не соотвѣтствующую потребностямъ быта; каждый изъ двухъ видовъ вещей входитъ въ правовую сферу съ своими собственными институтами [64]), и въ то время, когда жизнь не выказываетъ почти никакого уваженія къ классификаціи, юристы продолжаютъ давать ей огромное значеніе [65]), посвящаютъ ей въ своихъ сочиненіяхъ особые отдѣлы и для систематическаго сохраненія ея создаютъ сложныя теоріи. Все это указываетъ на то, что причины, вызвавшія разсмотрѣнную классификацію, были нѣсколько инаго рода, чѣмъ причины, породившія другія подраздѣленія вещей in commercio; надо предполагать, что было время, когда обѣ группы вещей, res mancipi и res nec mancipi, отличались не однимъ какимъ-нибудь юридическимъ свойствомъ, а массою такихъ свойствъ; что это раздѣленіе было когда-то столь же абсолютнымъ на практикѣ, какъ абсолютно оно явилось потомъ въ теоріи. Какъ значеніе раздѣленія вещей на res in commercio и res extra commercium было результатомъ ихъ противоположнаго юридическаго положенія, такъ это должно было быть и относительно классификаціи вещей на res mancipi и res nec mancipi—на такой ея источникъ и указываютъ результаты сдѣланнаго выше изслѣдованія.

---

63) Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi (Ulp. frg XIX § 1).

64) Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi (ibid. § 3) Traditio aeque propria est alienatio rerum nec mancipi (§ 7).

65) Magna autem differentia est mancipi rerum et nec mancipi (Gaj II § 18).

2. ПЕРВАЯ РЕФОРМА.

Невключенная въ число юридическихъ актовъ и необлеченная ни въ какую обязательную форму передача (traditio) могла въ древнее время служить въ случаяхъ перехода изъ рукъ въ руки вещей, не входившихъ въ число res mancipi. По всей вѣроятности,—и такое предположеніе согласуется вполнѣ съ свойствами древняго правосозерцанія,—форма древней traditio не была такъ проста и абстрактна, какою она является въ болѣе позднiй періодъ римскаго права, а сопровождалась какими-нибудь болѣе конкретными актами; но послѣдніе находились внѣ контроля юриспруденціи и были предоставлены произволу заключавшихъ сдѣлку лицъ. Поэтому форма traditio находилась въ состояніи непрерывнаго видоизмѣненія, и ни одна изъ ея историческихъ фазъ не могла окаменѣть и сохраниться подобно формѣ mancipatio. Въ позднѣйшемъ правѣ противоположность mancipatio и traditio заключалась не только въ томъ, что формальности первой были обязательно предписаны, а выраженіе второй предоставлено желанію частныхъ лицъ, но и въ томъ, что форма первой была гораздо грубѣе, конкретнѣе и сложнѣе, чѣмъ обыкновенная форма второй; въ древнемъ же правѣ только первое изъ этихъ различій было въ полной силѣ, второе же выступало несравненно слабѣе. Traditio была сдѣлкою неформальною въ томъ смыслѣ, что форма ея не была обязательною [66]).

Древній строй экономической жизни Рима долженъ

---

[66]) О томъ, что именно этотъ смыслъ должно имѣть различеніе неформальныхъ сдѣлокъ отъ формальныхъ, см Ihering Geist II § 45.

былъ просуществовать довольно долго безъ рѣзкихъ измѣненій, но мало по малу въ гражданскій оборотъ стали проникать новые предметы, фигурируя тамъ на ряду съ res mancipi. Прежде чѣмъ юриспруденція, привыкшая къ старому порядку вещей, нашла себя вынужденною обратить вниманіе на такое нарушеніе принятыхъ границъ, протекло не мало времени, и въ это время народное сознаніе, а вслѣдъ за нимъ и сама юриспруденція должны были освоиться съ тою мыслью, что traditio можетъ служить средствомъ перехода правъ на вещи, назначенныя не только для личнаго потребленія, но и для торговли, - за исключеніемъ конечно вещей mancipi, оставшихся при своемъ способѣ передачи—mancipatio. Убѣжденіе въ нормальности такой перемѣны укрѣплялось и тѣмъ фактомъ, что оживленіе торговаго рынка шло главнымъ образомъ изъ-за границы: во внутренній римскій оборотъ новые предметы проникали благодаря содѣйствію иностранцевъ, единственнымъ средствомъ обмѣна съ которыми могла служить только traditio; извѣстіе о томъ, что этотъ способъ передачи принадлежитъ къ jus gentium [67]), намекаетъ, по всей вѣроятности, на этотъ именно, источникъ значенія traditio въ римской правовой жизни. — Второе слѣдствіе, порожденное измѣненіемъ экономическихъ отношеній, должно было заключаться въ томъ, что почувствовали неудовлетворительность принятой прежде формы защиты правъ на вещи nec mancipi. Если въ сравнительно-древнѣйшее время взглядъ на правонарушеніе, какъ на

---

[67]) Frg. Vat. § 47. . non traditione, quae juris gentium est; ср. Ulp. frg. XIX § 7 traditio propria est alienatio rerum nec mancipi.

furtum, не могъ удовлетворить всѣмъ требованіямъ развившагося тогда оборота, то тѣмъ болѣе случиться такъ должно было теперь, когда оборотъ подвинулся въ своемъ развитіи еще далѣе. Примѣненіе rei vindicatio къ защитѣ вещей nec mancipi и перенесеніе на отношенія къ нимъ понятія о полной собственности сдѣлались настоятельною необходимостью. Представленіе о rei vindicatio было оторвано отъ представленія о mancipatio; было признано, что traditio вещи nec mancipi ведетъ къ полной собственности (dominium ex jure Quiritium), защищаемой чрезъ rei vindicatio [68]). Вмѣстѣ съ этимъ стало возможнымъ примѣненіе къ вещамъ nec mancipi и in jure cessio [69]).

Такимъ образомъ исчезъ древній дуализмъ права собственности, и къ этой-то эпохѣ относятся слова Гая, разсказывающаго, что „когда-то“ (olim) въ Римѣ была только одна собственность [70]). Но описанная реформа юридическихъ опредѣленій не вполнѣ выразила собою смыслъ явленій, происшедшихъ въ правовой жизни народа. Если бы у юристовъ, сдѣлавшихъ эту реформу, сохранилось ясное воспоминаніе о причинахъ, побудившихъ ихъ предшественниковъ разбить всѣ вещи на двѣ группы, если бы юристы помнили, что res mancipi потому только были выдѣлены въ особый классъ, что онѣ въ древнее время были исключительными предметами гражданскаго

---

[68]) Gaj II §§ 41 и 204.

[69]) Ulp. frg. XIX § 9

[70]) Gaj. II § 40. За отсутствіемъ въ источникахъ другихъ относящихся сюда указаній не представляется возможности точнаго опредѣленія времени этой реформы Мнѣніе Arnold' a Cultur und Recht d. Rom. стр 183, относящаго ее къ эпохѣ второй пунической войны, можно считать близкимъ къ истинѣ. Ср. Puchta Cursus d Inst. II § 236 nota g.

оборота, то теперь они могли бы убѣдиться въ безполезности поддерживать подобное выдѣленіе, и имъ не оставалось бы ничего другаго, какъ уравнять во всѣхъ отношеніяхъ res nec mancipi съ res mancipi. Но этого не случилось. Представленіе о неразрывной связи res mancipi съ mancipatio и съ rei vindicatio, вслѣдствіе долгаго существованія этой связи, пріобрѣло болѣе конкретный характеръ; стали думать, что только res mancipi способны быть предметами mancipatio, rei vindicatio и всего, связаннаго съ mancipium. То, что прежде оправдывалось въ силу извѣстныхъ соображеній, превратилось теперь въ необходимое абсолютно, само по себѣ,—представленіе о долго существовавшемъ порядкѣ превратилось, какъ это всегда бываетъ при не вполнѣ сознательномъ отношеніи человѣка къ окружающимъ его явленіямъ, въ представленіе о законѣ, стоящемъ внѣ воли человѣка. Связь вещей mancipi съ извѣстною группою правоотношеній стала разсматриваться какъ качество только этихъ вещей, и, можетъ быть, только въ это время установился опредѣленный смыслъ названія res nec mancipi, выражавшаго отрицаніе въ нихъ этого качества [71]).

---

[71]) Я касаюсь здѣсь (ср. выше стр. 12) историческаго явленія, которое играетъ важную роль въ исторіи права, но которое, несмотря на это, очень мало изучалось историческою литературой Явленіе это я называю объективизмомъ правосозерцанія; оно свойственно древней ступени развитія права и заключается въ томъ, что причины юридическихъ отношеній объективируются и представляются находящимися внѣ потребностей человѣка. Противоположность этому созерцанію составляетъ созерцаніе, основанное на принципѣ: hominum causa omne jus constitutum est (L. 2 D. de statu hominum 1. 5). Въ современной юриспруденціи древнее созерцаніе господствуетъ гораздо сильнѣе, чѣмъ можно предположить это съ перваго взгляда; такъ напр. подъ его вліяніемъ возникла господствующая теорія юридическаго лица, въ силу которой субъектомъ правъ

*

Настоятельная необходимость заставила отбросить это созерцаніе по отношенію къ rei vindicatio, но во всемъ остальномъ res mancipi и res nec mancipi сохранили свое прежнее юридическое положеніе.

Такъ, mancipatio не была примѣнена къ вещамъ nec mancipi [72]). Оправданіе этому могло быть найдено, отчасти, въ самой жизни. Mancipatio не представляла особенныхъ удобствъ для вещей, не снабженныхъ рѣзкою индивидуальною формою; кромѣ того свидѣтели, благодаря расширенію римской территоріи и развитію передвиженія въ народонаселеніи, потеряли свое древнее значеніе, такъ какъ не всегда, въ случаѣ спора, могли оказаться подъ рукой; наконецъ связь вещей nec mancipi съ заграничною торговлею отдаляла ихъ отъ mancipatio. Но всѣ эти причины не были способны уничтожить вполнѣ необходимость примѣненія mancipatio къ вещамъ nec mancipi. Что по отношенію къ послѣднимъ чувствовалась нужда въ торжественныхъ способахъ передачи, это видно изъ примѣненія къ нимъ in jure cessio; послѣдній же способъ уже въ разсматриваемое время могъ представлять сравнительно съ mancipatio тѣ же неудобства, какія онъ представлялъ

является отвлеченная фикція. Извѣстный трудъ Ihering'a die passiwe Wirkungen der Rechte, помѣщенный въ X части его Jahrbücher, группируетъ въ одну массу рядъ разнообразныхъ отношеній, существованіе которыхъ можно оправдать только идеею пассивнаго дѣйствія правъ,—идеею, которая представляетъ собою одно изъ видоизмѣненій объективизма. Этотъ интересный трудъ Ihering'a возбуждаетъ важный вопросъ, насколько современная юриспруденція въ силахъ отказаться отъ стараго образа созерцанія; что это возможно въ весьма большой степени, доказали въ послѣднее время труды того же ученаго (см. напр его взгляды на юридическое лицо и на отношенія къ res extra commercium въ его Geist III § 61).

[72]) Ulp frg. XIX § 3, Gaj. II § 22.

въ позднѣйшее [72*]), и мы имѣемъ положительное извѣстіе о томъ, что de facto mancipatio примѣнялась къ вещамъ nec mancipi [73]). Несмотря на все это, консерватизмъ юриспруденціи не расширилъ области примѣненія древняго торжественнаго способа.

Консерватизмъ выразился также въ отношеніи къ traditio. Несмотря на то, что она сдѣлалась законнымъ способомъ пріобрѣтенія собственности, на нее продолжали смотрѣть какъ на нѣчто чуждое господствовавшему праву, а потому съ нею не было связано дѣйствіе нѣкоторыхъ юридическихъ опредѣленій, имѣвшихъ силу при mancipatio. Такъ, съ traditio не соединилось обязанности отчуждавшаго вещь лица вознаградить пріобрѣтателя ея въ случаѣ evictio [74]); traditio не была способна установить узуфруктъ въ пользу прежняго собственника (deductio ususfructus) [75]). —Подобно этому res nec mancipi не были подчинены всѣмъ опредѣленіямъ о res mancipi, куда, напримѣръ, слѣдуетъ отнести исключеніе вещей nec mancipi изъ вѣдомства опеки надъ женщинами [76]).

Но если неподвижность старыхъ понятій тормозила развитіе права, то вмѣстѣ съ этимъ она оказывала и совершенно обратное дѣйствіе, благопріятное прогрессу. Явленія правовой жизни, не принятое въ старую юридическую систему, освободились отъ ея тормозящаго вліянія и получили возможность болѣе быстраго развитія; постоянное употребленіе traditio способствовало усиленію въ граждан-

---

72*) Gaj II § 25.

73) Plin. hist. nat. IX. 60 (выше примѣч. 15) De jure такая mancipatio могла равняться не болѣе, какъ простой traditio; ср. Puchta Cursus d. Inst. II § 238 nota aa.

74) Paul. Sent. Rec. II 17 §§ 1—3.

75) Frg. Vat. § 47, ср. Gaj. II § 33.

76) Gaj. II § 47.

скомъ оборотѣ привычки и наклонности къ безформеннымъ актамъ, а предоставленіе вещей nec mancipi въ свободное распоряженіе женщинъ содѣйствовало женской эманципаціи. Отсутствующія юридическія опредѣленія были замѣнены другими, имъ параллельными; такъ обязанность продавца вознаградить покупателя въ случаѣ evictio стала устанавливаться путемъ стипуляцій, иногда обязательныхъ, и наконецъ признавалась существующею и при отсутствіи этихъ послѣднихъ [77]).

3) БОНИТАРНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ [78]).

Ко времени классической юриспруденціи право собственности перешло въ новую фазу развитія; исчезнувшій дуализмъ появился опять, но на этотъ разъ въ совершенно иной формѣ, чѣмъ онъ существовалъ въ древнее время. Тогда двумъ родамъ соб-

---

[77]) Paul Sent Rec. III 17 § 2, L. 37 pr. § 1 D de evict. 21. 2, L. 1, 18, 19 D. eod.

[78]) Unterholzner Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, 1827 (въ Rhein. Museum f. Jurispr. I стр. 129).

Zimmern Ueber das Wesen des sogenannten bonitarischen Eigenthums (тамъ же III стр. 311)

Unterholzner Zur Lehre vom sogenannten bonitarischen Eigenthum (тамъ же V стр. 1).

Mayer Ueber das duplex dominium des rom. Rechts 1832 (въ Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft VIII стр. 1).

Ribéreau Théorie de l'in bonis habere ou de la propriété prétorienne, 1867.

Gimmerthal Die Publicianische Klage und die Mancipation 1872.

Puchta въ Cursus d. Inst. II § 236: Quiritisches, bonitarisches Eigenthum

Ortolan Explication historique des instituts II § 307 слѣд.

ственности соотвѣтствовали два рода предметовъ,— раздѣленіе права имѣло въ своемъ базисѣ раздѣленіе объектовъ: теперь же дуализмъ права сталъ совершенно независимо отъ классификаціи вещей. На одну и ту же вещь возможно было имѣть право собственности какъ одного, такъ и другаго рода. Кто пріобрѣлъ вещь способомъ, освященнымъ старымъ jus civile, тотъ получалъ на нее квиритское право собственности (jus Quiritium); кому же, напротивъ, власть надъ вещью доставалась другими, новыми способами, тотъ пріобрѣталъ на нее только т. н. бонитарную собственность (dominium in bonis [79]), которая могла путемъ давности превратиться въ собственность перваго рода [80])

Характеристическая черта этого раздѣленія права собственности заключается въ томъ, что оно выражало въ себѣ только теоретическое различіе, не имѣвшее никакого значенія на практикѣ. Если оба рода собственности были соединены въ однѣхъ рукахъ, или если на вещь существовало лишь одно квиритское право, то обладатель вещи фигурировалъ въ гражданскомъ оборотѣ какъ полный собственникъ; но если квиритская и бонитарная соб-

---

[79]) Выраженіе in bonis въ источникахъ не ограничивается однимъ этимъ значеніемъ, но означаетъ также и добросовѣстное владѣніе. Его надо отличать отъ выраженія ex bonis, имѣющаго болѣе широкій смыслъ и означающаго всякое обладаніе вещью, имѣющее для собственника интересъ. См Fitting въ Archiv f. die civilistische Praxis LII (II) 1869 стр. 247 сл., ср. Dirksen Manuale latinitatis стр. 100 bona §§ 2. 3, Ribéreau ук. соч. стр. 47 сл.

[80]) Gaj II §§ 40 и 41, III § 80.—Другое пониманіе значенія римскаго duplex dominium находится у Zimmern'a въ указ. соч. стр. 311 сл. Онъ видитъ въ словѣ duplex противоположеніе jus Quiritium съ одной стороны и utrumque jus съ другой. Основательный разборъ и опроверженіе этого мнѣнія сдѣлано Mayer'омъ въ указ. соч. стр. 3, ср. Unterholzner указ. соч. (R. M. V) стр. 1, Ribéreau стр. 49.

ственности находились въ разныхъ рукахъ, то дѣйствительнымъ (въ отношеніи пользованія и защиты) собственникомъ являлся бонитарный, квиритское же право превращалось въ одно пустое слово (nudum jus Quiritium [81]). Нѣсколько исключеній ослабляли, хотя въ очень незначительной степени, абсолютность этого правила. До времени императоровъ Нерона и Адріана, пошатнувшихъ различіе между отдѣльными видами легатовъ, бонитарный собственникъ не могъ отказывать свою вещь путемъ легатовъ per vindicationem и per praeceptionem [82]), это исключеніе было прямымъ послѣдствіемъ различія квиритскаго права и права бонитарнаго: послѣднее тѣмъ самымъ, что оно не было квиритскимъ, исключалось изъ области легатовъ, дававшихъ легатарію квиритскую собственность. Что касается до другихъ исключеній, то хотя и они могутъ быть объяснены отчасти ихъ непосредственною связью съ квиритскимъ правомъ, однако ихъ существованіе не въ малой степени было обусловлено нѣкоторыми посторонними мотивами. Такъ, опека надъ вольноотпущенными была квиритскимъ институтомъ и принадлежала только бывшему квиритскому собственнику вольноотпущеннаго [83]); но мы имѣемъ извѣстіе, что это ограниченіе было введено особымъ закономъ [84]) и, слѣдовательно, можемъ предполагать, что юристами оно было упущено изъ виду. Другое относящееся къ положенію вольноотпущенныхъ правило, въ силу котораго бонитарный соб-

---

[81]) Gaj. I § 54, III § 166; Ulp. frg. XIX § 20

[82]) Gaj II §§ 196, 197, 221, 222; Ulp. frg. XXIV §§ 7, 11, 11 a.

[83]) Gaj. I § 167. Ошибочно видитъ въ этомъ единственное ограниченіе бонитарной собственности Mayer ук. соч. стр. 15.

[84]) Lex Junia, Ulp. frg. XI § 19.

ственникъ, отпуская своего раба на волю, не могъ даровать ему полнаго римскаго гражданства [83]), принадлежало очевидно къ чисто-тенденціознымъ нормамъ.—За этими исключеніями, бонитарная собственность по юридическому содержанію своему представляла вполнѣ настоящую собственность и, напротивъ, квиритская собственность, буде бонитарная была отдѣлена отъ нея въ другія руки, равнялась нулю. На практикѣ оставалось совершенно безразличнымъ, какимъ образомъ совершался переходъ вещи, такъ какъ во всякомъ случаѣ прежній собственникъ терялъ, а новый пріобрѣталъ все то, что гражданскій оборотъ того времени соединялъ съ понятіемъ о правѣ собственности. Отсюда возникаетъ вопросъ: почему юриспруденція сочла необходимымъ дѣлать различіе въ способахъ пріобрѣтенія собственности и въ рождаемыхъ ими послѣдствіяхъ, когда это различіе не находило себѣ никакой пищи въ практической жизни? Почему юридическія нормы не выразили истиннаго смысла регулированныхъ ими явленій жизни?

Такъ какъ въ практической жизни не было никакой потребности въ дуализмѣ собственности, то причину его слѣдуетъ искать въ другомъ образующемъ право дѣятелѣ—юриспруденціи; надо найти самостоятельную потребность юридическаго мышленія, побудившую его сдѣлать подобную, странную на видъ, конструкцію права собственности.

Обзоръ отдѣльныхъ случаевъ бонитарной собственности указываетъ двѣ свойственныя имъ особенности, способныя освѣтить ихъ происхожденіе. Во-первыхъ—бонитарная собственность имѣла мѣсто только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ пріобрѣтеніе ве-

---

[83]) Gaj. I § 17, Ulp. frg. III § 4, I § 16.

щи совершалось способами сравнительно позднѣйшаго происхожденія: при traditio вещи mancipi [86]), при bonorum possessio(cum re) и bonorum emtio [87]), и при actio noxalis, когда по приказанію претора рабъ или животное отдавалось потерпѣвшему лицу [88]). Во вторыхъ — юридическая сила этихъ способовъ была основана не на законѣ, а на авторитетѣ преторской власти Относительно послѣднихъ трехъ случаевъ это очевидно [89]), что же касается до перваго изъ нихъ, то нельзя думать, что примѣненіе traditio къ вещамъ mancipi было основано на законѣ, потому что въ противномъ случаѣ отсюда рождалась бы законная собственность. dominium legitimum, чего мы въ данномъ случаѣ не видимъ [90]).

Связь указанныхъ двухъ обстоятельствъ съ бонитарною собственностью не была случайною; напротивъ, — ихъ совокупное дѣйствіе послужило причиною образованія теоретическаго дуализма права собственности. Это образованіе относится къ тому полному реформъ времени [91]), когда римская юриспруденція занялась передѣлкой стараго права, и когда преторская власть служила органомъ смѣлыхъ реформъ. Между прочимъ старый кругъ способовъ пріобрѣтенія собственности оказался слишкомъ тѣснымъ въ

---

[86]) Gaj II §§ 41, 204, Ulp. frg I § 16. – Mayer ук. соч. стр. 49 примѣч. 1 непонятно зачѣмъ ссылается также на L. 46 и 47 D de R V. 6 1

[87]) Gaj. III § 80; ср L. 1 D. de B. P. 37. 1, L. 4 § 21 D. de fidei com. libert. 40. 5, ср Ribéreau ук. соч стр 56 сл.

[88]) L. 26 § ult. i. f D. de nox. act. 9. 4, L. 2 § 1 D. si ex nox. 2 9.

[89]) Pr. Inst de B. P. 3. 9, Gaj. III § 79 и цит. въ прим 88 и 89

[90]) Выраженіе legitimum dominium тождественно съ выраженіемъ· dominium ex jure Quiritium, ср Varro de re rustica II 10 § 2 съ Ulp. frg. XIX § 2, Gaj. II § 41, Cic, top. 5 § 28, и друг., ср Dirksen Manuale latinitatis стр. 533 legitimus § 3.

[91]) Въ первомъ столѣтіи предъ Р. Х. слѣдуетъ предполагать бо-

сравненіи съ новыми потребностями гражданской жизни, и дѣломъ претора было приняться за его расширеніе. Сущность реформы заключалась въ увеличеніи числа способовъ пріобрѣтенія, а не въ измѣненіи самого права собственности. Но въ консервативныхъ умахъ юристовъ сложилось крѣпкое убѣжденіе въ ненарушимости связи, существовавшей между собственностью и способами ея пріобрѣтенія, и это убѣжденіе, въ связи съ консервативнымъ представленіемъ о сравнительномъ безсиліи претора предъ закономъ, не допустило юристовъ до признанія новыхъ случаевъ собственности въ отношеніи ихъ юридической природы тождественными съ старыми; юристы увидѣли въ нихъ нѣчто другое, заслуживающее инаго имени и иныхъ средствъ судебной защиты, чѣмъ древняя квиритская собственность.

Источники римскаго права не даютъ прямаго указанія на подобный корень дуализма собственности; хотя тамъ нерѣдко говорится, что собственность in bonis учреждается jussu praetoris, но это выражается вовсе не такъ, чтобы можно было заключить объ исторической причинной связи между двумя названными явленіями [92]. Справедливость сдѣланнаго выше предположенія о консерватизмѣ юриспруденціи, какъ исторической причинѣ дуализма собственности, подтверждается болѣе всего полною пригодностью такого предположенія въ данномъ случаѣ и отсутствіемъ какого либо другаго объясненія, способнаго пролить свѣтъ на происхожденіе бонитарной собственности. За исключеніемъ одного оригинальнаго воз-

---

нитарную собственность уже существующею; ср Mayer стр 47, Arnold Cultur u. Recht d. R. стр. 185, Voigt Jus naturale IV стр. 567. — Иначе Ribéreau ук. соч. стр. 43.

92) См примѣч. 88.

зрѣнія, которое будетъ разсмотрѣно нѣсколько ниже, въ литературѣ бонитарной собственности не находится ничего такого, что могло бы стать въ разрѣзъ съ изложеннымъ взглядомъ на историческія причины образованія разсматриваемаго дуализма [93]).

Обзоръ прочихъ, не упомянутыхъ выше случаевъ бонитарной собственности также не можетъ прибавить какихъ-нибудь новыхъ данныхъ къ уясненію ея исторіи. Въ L. 2 и 3 D. de fid. lib. (40. 5) находится постановленіе (constitutio) императора Марка: если кто умеръ безъ завѣщанія, предоставивъ кодициллами свободу рабамъ, а законный наслѣдникъ не вступилъ въ наслѣдство, то одному изъ рабовъ, буде онъ гарантируетъ полное удовлетвореніе кредиторовъ умершаго, дается свобода и bona этого послѣдняго; кредиторы же получаютъ противъ вольноотпущеннаго actiones utiles [94]). Можетъ быть, что слово bona употреблено здѣсь не только въ экономическомъ, но и въ спеціально-юридическомъ смыслѣ, означая, что вольноотпущенный получаетъ на наслѣдственное имущество собственность in bonis; но обстоятельство, что въ такомъ случаѣ бонитарная собственность дается не преторскимъ эдиктомъ, а императорскимъ постановленіемъ, не можетъ быть обращено противъ значенія преторской дѣятельности при ея образованіи. Во время императора Марка уже могло затеряться истинное пониманіе юридичес-

93) См. напр. Mayer стр. 64, Puchta C. d. J. II § 236, Ortolan Expl. II § 308, Ribéreau стр 8 сл. (ср. стр. 13).

94) Si quis intestatus decedens codicillis dedit libertates neque adita sit ab intestato hereditas, favor constitutionis divi Marci debet locum habere et hoc casu, quae jubet libertatem competere servo et bona ei addici, si idonee creditoribus caverit de solido, quod cuique debetur, solvendo: in quem etiam utiles actiones plerumque creditoribus competunt.

каго значенія бонитарной собственности; на нее смотрѣли тогда, какъ на институтъ, назначенный для опредѣленной области отношеній, вслѣдствіе чего дальнѣйшее развитіе ея могло совершаться всѣми источниками права безъ различія. Подобно тому, какъ рядъ императорскихъ постановленій и сенатусконсультовъ примкнулъ къ ученію преторскаго эдикта о bonorum possessio, такъ это могло случиться и по отношенію къ бонитарной собственности.

Аналогичный случай представляетъ бонитарная собственность, пріобрѣтаемая универсальнымъ фидеикоммиссаріемъ ex sc. Trebelliano [95]).

Третій случай представляетъ бонитарная собственность, которая могла возникнуть вслѣдствіе втораго декрета претора при damnum infectum. Но относящіяся сюда мѣста источниковъ на столько неясны, что возбуждаютъ сомнѣніе о томъ, пріобрѣталась ли въ этомъ случаѣ собственность непосредственно (и слѣд. in bonis), или только путемъ давности (per longum tempus) [96]). Тѣ, кто стоятъ за первое изъ этихъ двухъ предположеній, для его оправданія считаютъ нужнымъ отрицать подлинность приведеннаго въ дигестахъ мѣста Ульпіана, вмѣсто per longum tempus читаютъ usucapione и видятъ въ usucapio указаніе, какимъ образомъ бо-

---

[95]) L. 65 (63) pr. D. ad sc Treb. 36. 1, cp. L. 24 § 1 D. fam. erc. 10. 2, L. 2 § 10 D. pro empt. 41. 4.

[96]) L. 5 pr D. de damno infecto 39. 2. Praetoris officium est, ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit.—L. 15 § 16 D. eod. Julianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a praetore dominus constituatur. L. 15 § 27 D. eod., in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri.

нитарная собственность могла превратиться въ квиритскую [97]), или же толкуютъ слова Ульпіана въ смыслѣ непонятномъ для Юстиніанова времени, предполагая, что ихъ исправленіе забыто составителями дигестъ [98]) Оба пріема стоятъ на основаніи слишкомъ шаткомъ для того, чтобы позволительно было слѣдовать имъ. Очень можетъ быть, что въ разсматриваемомъ случаѣ преторскій декретъ давалъ иногда собственность [99]), и конечно эта собственность была бонитарною; но справедливость послѣдняго вывода основывается исключительно на аналогіи этого случая съ другими, ему родственными [100]).

Господствующее ученіе о бонитарной собственности допускаетъ еще одинъ случай ея примѣненія, утверждая, что захватъ (occupatio) безхозяйной вещи велъ за собою только собственность in bonis [101]). Римскіе юристы, какъ извѣстно, раздѣляютъ всѣ способы пріобрѣтенія собственности на цивильные (ex jure civili) и естественные (ex jure gentium s. natu-

---

97) Unterholzner ук. соч. въ R. M. I стр. 135 примѣч. 5.

98) Mayer ук. соч. стр. 63.

99) Ср. L. 15 § 16 cit. (прим. 96) и L. 15 § 23 eod. Можетъ-быть, что longum tempus имѣетъ здѣсь какое-нибудь иное значеніе, чѣмъ думаютъ.

100) Путемъ аналогіи присутствіе бонитарной собственности можетъ быть раскрыто въ такихъ случаяхъ, о которыхъ въ источникахъ не упомянуто, что въ нихъ существовало обладаніе in bonis. Попытку перечислить эти случаи см. у Zimmern'a указ соч стр. 316 сл. и у Ribéreau ук. соч. стр. 60 сл и 66.

101) Mayer ук соч. стр. 49 сл., Puchta C. d. Inst II стр. 525 сл. (6 изд.), Kuntze Cursus § 507; послѣдній ограничиваетъ вещами mancipi —Противъ ср Unterholzner R. M. I. Его главный доводъ заключается въ положеніи, что могли существовать способы смѣшаннаго характера (и цивильные и естественные), которые рождали квиритскую собственность, сюда относитъ онъ и occupatio. Ср. Zimmern указ. соч. стр. 348 сл.

rali), при чемъ помѣщаютъ въ послѣднемъ разрядѣ захватъ и многіе другіе первообразные способы [102]); опираясь на эту классификацію и сводя дуализмъ собственности также на противоположность jus civile и jus gentium, новые писатели отождествляютъ обѣ эти классификаціи и опредѣляютъ бонитарную собственность, какъ такую, которая устанавливалась естественными способами; но такъ какъ абсолютность подобнаго правила способна породить многія неудобства, то его примѣненіе ограничиваютъ случаемъ захвата безхозяйной вещи. Не говоря уже о сильно натянутомъ толкованіи источниковъ, употребляемомъ спеціально для достиженія послѣдней цѣли [103]),—исходное положеніе объ юридической силѣ естественныхъ способовъ само по себѣ ведетъ къ явно шаткимъ и невѣрнымъ результатамъ. Его сторонники оказываются вынужденными думать, что въ древній періодъ римскаго права захватъ не имѣлъ никакого юридическаго значенія, отрицаютъ высокій юридическій смыслъ въ характерномъ свидѣтельствѣ Гая: quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent [104]) и игнорируютъ явный смыслъ источниковъ [105]), либо измѣняютъ его по произволу [106]).

Прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что сводить дуализмъ собственности на противоположность jus

---

[102]) Gaj II § 65 слѣд., § 11 Inst de rer. div. 2. 1, L. 1 pr. D. de adqu. rer dom. 41. 1.

[103]) Ср. напр. Mayer указ соч. стр. 65 сл.

[104]) Gaj. IV § 16

[105]) Указываютъ на неупоминаніе occupatio въ Ulp. frg. XIX § 2 и у Varro de re rust. II. 10, тогда какъ въ послѣднемъ случаѣ авторъ ясно выражаетъ намѣреніе говорить только о производныхъ способахъ пріобрѣтенія.

[106]) Такъ поступаютъ съ L 65 pr D. pro derelicto 41. 7. см. ниже.

civile и jus gentium и называть бонитарную собственность собственностью ex jure gentium — не составляетъ пріема римскихъ юристовъ, которые говорятъ только о противоположности dominium ex j. Quiritium и in bonis habēre [107]). Кто желаетъ сводить дуализмъ собственности на какой-либо дуализмъ болѣе общаго свойства, не грѣша при томъ противъ терминологіи римскихъ юристовъ, тотъ поступитъ много вѣрнѣе, если будетъ пользоваться въ такомъ случаѣ противоположностью историческаго свойства, противопоставляя новое преторское право старому jus civile и говоря о собственности ex j. civili и ex j. praetorio, — пріемъ, котораго ясные слѣды можно найти на страницахъ дигестъ [108]). Другое значеніе заключается въ раздѣленіи способовъ пріобрѣтенія на цивильные и естественные. Это раздѣленіе не историческаго, а догматическаго свойства; римскіе юристы употребляютъ здѣсь различіе jus civile и jus gentium (s. jus naturale) въ его обыкновенномъ для нихъ смыслѣ различія права національно-римскаго отъ права, имѣющаго примѣненіе у всѣхъ народовъ, и не даютъ никакого повода заключать, что древнее время ограничивалось одними цивильными способами [109]). — Кромѣ того еще одинъ смыслъ могъ лежать въ основаніи этой классификаціи способовъ пріобрѣтенія: подъ естественными способами понимали тѣ изъ нихъ, которыхъ форма вполнѣ согласовалась съ понятіями времени и не представляла ничего искусственнаго для простаго здраваго смысла. Въ древ-

---

[107]) См. Dirksen Manuale latinitatis стр. 302 dominium § 3.

[108]) Ср. L. 70 in fine D. de V. S. 50. 16. qui in universum dominium vel jure civili, vel jure praetorio succedit

[109]) Ср. L. 1 pr. D de adqu rer. dom. 41. 1 .. et quia antiquius jus gentium... proditum est, ср. § 11 Inst. de rer. div. 2. 1.

нее время, когда mancipatio и in jure cessio были нормальными формами передачи собственности, онѣ должны были казаться юристу того времени не менѣе естественными, чѣмъ occupatio и другіе неформальные первообразные способы; еслибы формализмъ въ эпоху своего возникновенія и развитія не былъ явленіемъ согласнымъ съ понятіями этой эпохи, то онъ не могъ бы и появиться въ исторіи, естественный разумъ (naturalis ratio) древнѣйшихъ юристовъ долженъ былъ на столько же способствовать его поддержанію, насколько естественный разумъ позднѣйшей юриспруденціи его паденію. Отрицательное отношеніе къ формализму могло начаться лишь тогда, когда онъ сталъ отживать свой вѣкъ, становясь въ противорѣчіе къ шагнувшему впередъ правосозерцанію общества, и тогда-то стали отличать способы пріобрѣтенія собственности, соотвѣтствующіе понятіямъ времени, отъ способовъ пріобрѣтенія несогласныхъ съ ними; первые, какъ согласные съ ratio naturalis времени, признали естественными, во вторыхъ же замѣтили нѣчто искусственное, заимствующее свою силу исключительно отъ воли законодателя. Такимъ путемъ возникло противоположеніе mancipatio и in jure cessio прочимъ способамъ пріобрѣтенія. Затѣмъ сдѣланная абстракція расширилась, и къ числу искусственныхъ способовъ пріобрѣтенія прибавили usucapio [110]) и adjudicatio [111]), эти способы назывались цивильными не потому, что старое jus civile только и ограничивалось ими, а потому, что, по мнѣнію юристовъ, своеобразною своею формою они были обязаны непосредственно закону (ratio

[110]) Gaj. II § 65 ср. pr. Inst de usuc. 2. 6

[111]) Ср. L. 1 pr. D. de adqu. rer. dom. 41. 1 съ порядкомъ дальнѣйшаго изложенія.

civilis), тогда какъ форма прочихъ способовъ создавалась самимъ гражданскимъ оборотомъ при помощи простаго практическаго смысла. Эта новая фаза пониманія цивильныхъ способовъ дала разсматриваемой классификаціи возможность удержаться и тогда, когда отжившія свой вѣкъ mancipatio и in jure cessio были выброшены изъ правовой системы.

Не входя въ дальнѣйшее развитіе этихъ мыслей, замѣчу, что во всякомъ случаѣ очевидно, что дуализмъ собственности и раздѣленіе способовъ пріобрѣтенія на цивильные и естественные вытекли изъ совершенно различныхъ источниковъ. Поэтому нѣтъ никакого основанія предполагать, что квиритская собственность могла пріобрѣтаться только такъ-называемыми цивильными способами: здѣсь имѣли значеніе также многіе первообразные способы, въ томъ числѣ и occupatio. Существованіе ихъ въ древнее время, какъ юридическихъ актовъ, не противорѣчитъ стремленію этого времени къ формализму, потому что формализмъ былъ необходимымъ свойствомъ только двухсторонніхъ сдѣлокъ, гдѣ лицамъ приходилось изъявлять свою волю другъ передъ другомъ, а не односторонніхъ, гдѣ лицо имѣло дѣло непосредственно съ вещью, и гдѣ право создавалось возникновеніемъ извѣстнаго фактическаго къ ней отношенія, часто совершенно независящаго отъ воли лица; рядомъ съ формальными mancipatio и in jure cessio и искусственною usucapio могла фигурировать неформальная occupatio, нисколько не нарушая характера древняго правосозерцанія.

Въ заключеніе слѣдуетъ коснуться еще одного спеціальнаго довода, приводимаго защитниками противоположнаго воззрѣнія; указываютъ [112]) на L. 5 pr.

---

[112]) Mayer указ. соч. стр. 49 сл.

D. pro derelicto (41. 7) [113]), какъ на свидѣтельство о томъ, что occupatio давала бонитарную собственность. Это мѣсто весьма темно; хотя я не могу дать ему опредѣленное толкованіе въ какомъ либо другомъ смыслѣ, чѣмъ тотъ, который обыкновенно ему дается, однако же думаю, что этотъ послѣдній въ виду всего вышеизложеннаго не можетъ быть признанъ за истинный, тѣмъ болѣе, что онъ полученъ при помощи довольно произвольнаго соображенія [114]); поэтому я полагаю, что приведенное мѣсто дигестъ не можетъ имѣть такого значенія при разрѣшеніи спорнаго вопроса объ occupatio, какое ему приписываютъ.

Если вѣренъ вышеизложенный взглядъ на происхожденіе дуализма права собственности, то результатъ, непосредственно вытекающій отсюда, заключается въ томъ, что это происхожденіе стоитъ внѣ всякой причинной связи съ раздѣленіемъ вещей на mancipi и nec mancipi. Содержаніе извѣстнаго примѣра бонитарной собственности, приводимаго Га-

113) Pomponius. Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est.

114) Въ 1 cit. прим. 113) совершенно не объяснено, что именно мѣшаетъ первому владѣтелю вещи получить на нее право собственности. Видятъ помѣху въ томъ, что онъ не знаетъ, что вещь безхозяйна (Mayer 54,) или въ томъ, что derelictio была сдѣлана несобственникомъ (Zimmern 357) Но гдѣ крѣпкое основаніе для такихъ заключеній? Я не вижу также достаточной причины видѣть въ usucapio средство превращенія непремѣнно бонитарной собственности, а не владѣнія вообще, въ квиритскую собственность. Можетъ быть Pompon. имѣлъ въ виду какой нибудь частный случай, потерявшій для составителей дигестъ свое значеніе, а потому и опущенный ими.

*

емъ [115]), способно ввести въ заблужденіе на этотъ счетъ и, повидимому, дѣйствительно оказываетъ подобное вліяніе; но не слѣдуетъ забывать, что бонитарная собственность имѣла примѣненіе во множествѣ другихъ случаевъ, и здѣсь она была одинаково примѣнима ко всѣмъ вещамъ вообще; относительно traditio было иначе потому лишь, что для вещей nec mancipi этотъ способъ пріобрѣтенія получилъ юридическое значеніе уже въ старой системѣ. Дуализмъ собственности имѣлъ въ своемъ основаніи различіе времени, къ которому относилось юридическое признаніе отдѣльныхъ способовъ пріобрѣтенія, и различіе власти, которою дѣлалось это признаніе, а потому могъ имѣть мѣсто какъ относительно вещей mancipi, такъ и вещей nec mancipi [116]).

Юридическое значеніе и исторія бонитарной собственности могли бы еще болѣе уясниться, если было бы возможно прослѣдить постепенное развитіе судебныхъ средствъ, которыя служили къ ея защитѣ. Согласно съ духомъ преторской реформы и подобно другимъ институтамъ римскаго права, бонитарная собственность должна была появиться первоначально не во всеоружіи абстрактнаго юридическаго положенія, а въ видѣ исковыхъ формулъ, занесенныхъ на доску преторскаго эдикта, и только въ послѣдствіи эти формулы могли послужить основаніемъ для юридическихъ обобщеній. Но источники не даютъ возможности непосредственно прослѣдить этотъ историческій процессъ и, умалчивая почти совершен-

---

[115]) II § 41.

[116]) Происхожденіе бонитарной собственности пріурочиваютъ къ различію вещей еще другимъ образомъ: habere in bonis было назначено для res nec mancipi (см. у Ribéreau 15).

но о процессуальныхъ средствахъ, охранявшихъ бонитарную собственность, знакомятъ насъ только съ нѣкоторыми относящимися къ ней матеріальными нормами. Все, что можетъ почесться безспорнымъ въ отношеніи судебной ея защиты, заключается, во-первыхъ, въ томъ, что rei vindicatio, хотя она и оставалась въ распоряженіи квиритскаго собственника [117]), не имѣла дѣйствія противъ бонитарнаго обладателя вещью [118]), и во-вторыхъ, въ томъ, что этотъ послѣдній располагалъ самостоятельными средствами судебной защиты, назначенными на случай потери имъ владѣнія вещью [119]).

Согласно прямому свидѣтельству источниковъ (прим. 119) и всему извѣстному намъ о пріемѣ, посредствомъ котораго преторъ отнималъ силу у законныхъ исковъ,—защита бонитарнаго обладателя въ первомъ изъ указанныхъ направленій достигалась путемъ exceptio, противополагаемой rei vindicatio квиритскаго собственника. Но неизвѣстно въ точности, какой именно видъ exceptio имѣлъ здѣсь мѣсто. Съ

---

117) Существованіе этого обстоятельства, хотя оно прямо и не засвидѣтельствовано источниками, выводится изъ того общаго соображенія, что въ основаніи каждаго конкретнаго римскаго права долженъ былъ лежать искъ; иначе не было бы мыслимо существованіе права. Поэтому кто имѣлъ dominium ex j. Quiritium, тотъ долженъ былъ имѣть и соотвѣтствующій искъ—rei vindicatio.—Ср. Gaj II § 222 и L. 23 de R. V. 6. 1. In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisiit (Paul).

118) Этотъ выводъ основанъ во-первыхъ на томъ, что право квиритскаго собственника было nudum (см. выше прим 81) и во-вторыхъ на L. 52 D. de adqu. rer. dom. 41. 1 (см. слѣд. прим.)

119) L. 52 D. de adq. rer. dom. 41. 1. Rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus. Ср. L. 23 de R. V. 6. 1 (выше примѣч. 117) и L. 27 § 2 D. de auro legat. 34 2. non videtur suum esse, quod vindicari non possit.

нѣкоторымъ вѣроятіемъ предполагаютъ[120]), что это была exceptio rei venditae et traditae, описанная въ концѣ двадцать первой книги дигестъ Здѣсь она имѣетъ мѣсто противъ rei vindicatio главнымъ образомъ въ случаяхъ, когда вещь была продана и передана владѣльцу или его auctor'y) истцомъ, но когда право собственности не перешло на пріобрѣтателя потому, что въ моментъ передачи самъ передававшій не имѣлъ этого права, а пріобрѣлъ его уже послѣ. Мотивъ, лежащій въ основаніи этой exceptio заключается въ томъ, что лицо, передавшее кому-либо вещь въ собственность при такихъ условіяхъ, когда собственность перейти не могла, и получившее за то вознагражденіе [121]), не должно имѣть возможности злоупотреблять довѣріемъ покупщика, и, воспользовавшись недѣйствительностью перехода права собственности, потребовать вещь назадъ. Не будетъ противорѣчія этому основному мотиву, если примемъ, что e. rei venditae et traditae въ свое время примѣнялась для защиты лица, купившаго вещь mancipi и получившаго ее чрезъ traditio По замѣчанію Іеринга [122]), этою exceptio утверждается не дѣйствительное существованіе права на вещь, а то обстоятельство, что вещь была передана съ цѣлью установить подобное право; такъ именно и бывало при безформенной передачѣ вещи mancipi. Очень можетъ быть даже, что этотъ случай примѣненія разсма-

[120]) См. напр Puchta Cursus d. Inst. II § 236 стр. 5[1]0 6 изд.), Walter Geschichte der rom. R. II § 566 прим. 53.

[121]) Понятіе вознагражденія лежитъ въ куплѣ-продажѣ, предшествующей traditio; но для примѣненія exceptio безразлично, произвелъ или не произвелъ уплату покупной цѣны пріобрѣтатель вещи, развѣ на этотъ случай было какое-нибудь особое соглашеніе. Ср L. 1 § 2 D. h t. 21. 3.

[122]) Ihering Geist III примѣч. 90.

триваемой exceptio былъ по времени первымъ, потому что нигдѣ несправедливость злоупотребленія, противъ котораго она была направлена, не могла броситься въ глаза такъ рѣзко, какъ въ случаѣ, гдѣ собственность не рождалась не вслѣдствіе какихъ либо матеріальныхъ недостатковъ юридическаго акта, а отъ несоблюденія формальностей, потерявшихъ уже свое значеніе.—Но за всѣмъ тѣмъ еще многаго недостаетъ для признанія exceptio rei vend. et trad общимъ средствомъ защиты бонитарной собственности. Остается неизвѣстнымъ, была ли эта exceptio ограничена случаемъ купли-продажи, или же примѣненіе ея было распространено подобно тому, какъ это мы видимъ при actio Publiciana, на всѣ justae causae traditionis. Если было такъ, то остается непонятнымъ, почему это распространеніе не удержалось въ Юстиніановомъ правѣ. Поэтому можно также предположить, что общимъ средствомъ защиты бонитарнаго собственника противъ квиритскаго была какая-нибудь другая exceptio и, по всей вѣроятности, exceptio doli [121]), или оба названные вида вмѣстѣ [123*]); но во всякомъ случаѣ въ подобныхъ догадкахъ безспорнымъ останется лишь то, что бонитарный собственникъ защищался чрезъ exceptio.

Нѣсколько счастливѣе могутъ оказаться изслѣдованія объ искѣ, служившемъ бонитарному собственнику въ случаяхъ потери имъ владѣнія вещью. Прежде всего здѣсь возникаетъ вопросъ о процессуальной формѣ этого иска. Безъ сомнѣнія, этою формою не бы-

---

[121]) Подобно тому, какъ bonorum possessor защищался противъ законнаго наслѣдника Gaj. II § 120, Collat. XVI 3 § 1.

[123*]) Какъ Ribéreau ук. соч. стр. 40 сл. и 80. E. doli одна не могла быть удовлетворительною вполнѣ, такъ какъ она не имѣла силы противъ наслѣдниковъ лица, совершившаго dolus.

ла legis actio sacramento; противъ ея примѣненія въ разсматриваемомъ случаѣ говорятъ какъ общее соображеніе—тѣсная связь ея съ древнимъ временемъ и съ институтами квиритскаго права, такъ и частныя указанія источниковъ, свидѣтельствующія, что при l. a. in rem sacramento требованіе истца опиралось на квиритское право [124]) —Подобное же указаніе Гай даетъ и относительно actio in rem per sponsionem [125]), но это не помѣшало возникнуть предположенію о томъ, что Гай имѣлъ въ виду только примѣрное обозначеніе содержанія этого иска, и что per sponsionem agere возможно было также при защитѣ бонитарной собственности. Самый дуализмъ собственности, согласно этому предположенію, обязанъ своимъ происхожденіемъ примѣненію означенной процессуальной формы къ защитѣ права собственности: при agere per sponsionem искъ теряетъ свое значеніе, какъ actio in rem, и превращается въ actio in personam; отсюда само отыскиваемое право получаетъ иной характеръ, отличаясь отъ настоящей собственности, почему и называется другимъ именемъ [126]). Приведенное мнѣніе имѣетъ въ своемъ базисѣ цѣлый рядъ оригинальныхъ взглядовъ на исторію римскаго гражданскаго процесса вообще и на значеніе sponsio praejudicialis въ особенности, подробный разборъ которыхъ неумѣстенъ здѣсь уже по обширности, какою онъ неминуемо долженъ обладать [127]). Я ограничусь двумя замѣчаніями Во-первыхъ, примѣненіе sponsio praejudicialis къ защитѣ

---

124) Gaj. IV § 1

125) Gaj. IV § 93.

126) Puntschart Die Entwiklung d. Civilrechts d. Rom. стран. 185 сл., 324 сл., 346 сл.

127) Краткій разборъ читатель найдетъ въ Vierteljahrsschrift fur Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft 1874 г. стр 59 сл.

собственности не могло ослабить значеніе защищаемаго права,—иначе сдѣлается совершенно непонятнымъ, почему эта форма процесса допускалась въ спорахъ о квиритскомъ правѣ собственности (примѣч. 125); совершаемая предъ началомъ процесса satisdatio pro praede litis et vindiciarum обезпечивала, хотя и косвеннымъ образомъ, вещное исполненіе приговора. Вовторыхъ, во всякомъ случаѣ остается внѣ сомнѣнія, что защита бонитарной собственности не могла ограничиться этою формою, и что съ появленіемъ формулярнаго процесса долженъ былъ образоваться новый искъ, дававшій возможность судиться о бонитарной собственности per formulam [128]).

Изъ числа всѣхъ мнѣній, высказанныхъ объ actio Publiciana, я примыкаю къ одному изъ крайнихъ, утверждающему, что этотъ искъ былъ изобрѣтенъ ради защиты бонитарнаго права собственности и затѣмъ распространенъ на другіе многочисленные случаи его примѣненія. Я думаю, что въ спорахъ объ этомъ предметѣ даютъ слишкомъ большой вѣсъ различнымъ мелочнымъ соображеніямъ и, напротивъ, мало руководятся болѣе общими соображеніями о свойствахъ и конструкціи actio Publiciana [129]).

Дигесты даютъ этому иску такой видъ, который исключаетъ возможность его примѣненія къ защитѣ бонитарной собственности, какъ таковой. Цитированное тамъ постановленіе эдикта даетъ actio Pu-

---

128) Не безъ умысла, можетъ-быть, Гай (IV § 92) не упоминаетъ о jus Quiritium, когда говоритъ о in rem a per formulam: Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit, rem suam esse.

129) Подробный указатель относящейся сюда литературы находитъ у Gimmerthal'я Die Publicianische Klage стр. 1 сл.; здѣсь насчитано 48 сочиненій (съ 1553 года). Сопоставленіе различныхъ мнѣній даетъ Ribéreau ук. соч. стр. 74 сл.

bliciana лишь тому обладателю вещи, который получилъ ее ex justa causa отъ несобственника и не успѣлъ еще укрѣпить своего права давностью [130]). Хотя существуютъ нѣкоторыя сомнѣнія относительно точности редакціи этого мѣста эдикта и разногласія относительно способовъ пониманія его [131]), но во всякомъ случаѣ остается безспорнымъ, что въ дигестахъ a. Publiciana фигурируетъ только какъ способъ защиты добросовѣстнаго владѣнія, способнаго посредствомъ давности превратиться въ право собственности, и направлена противъ лицъ, имѣющихъ сравнительно слабѣйшее право [132]).

Иначе описывается a. Publiciana у Гая. „Этотъ искъ", говоритъ онъ, „дается тому, кто не успѣлъ пріобрѣсти давностью вещь, переданную ему ex justa causa и, потерявъ владѣніе ею ищетъ ее судомъ" [133]). Здѣсь не упоминается о пріобрѣтеніи вещи отъ несобственника и это не составляетъ со стороны Гая пропуска по невнимательности, что доказывается содержаніемъ приведенной имъ примѣрной

---

[130]) L. 1 pr. D. h. t. 6, 2 Ait praetor Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.

[131]) Слова. non a domino нѣкоторые относятъ къ petet, а не къ traditur (см. Mayer стр. 21); противъ этого въ послѣднее время Mommsen см. примѣч. къ l. c. въ его изданіи дигестъ, Huschke Jurisprudentiae Antejustinianae примѣч къ Gaj IV § 36 Ср также „non a domino emerim" и т. п. въ L. 7 § 11, 9 § 4, 12 § 4, 15, D. h. t 6. 2, L. 4 § 32 D. de exc. doli 44. 4.—Mommsen l. c. считаетъ эти слова позднѣйшею вставкою и первоначальною формою эдикта принимаетъ: .. id quod bona fide emit traditum; bona fides упоминается въ L. 7 § 11 D. h. t. Praetor ait: qui bona fide emit, и др.

[132]) Ср. L. 17, 16, 9 § 4 D. h. t и Puchta Pandecten § 173, nota h.

[133]) Gaj. IV § 36... datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit

формулы разсматриваемаго иска. Такимъ образомъ во время Гая a. Publiciana предполагаетъ: 1) что вещь получена чрезъ traditio ex justa causa, и 2) что существуютъ всѣ прочія условія давности (кромѣ времени, которое воображается истекшимъ). Подъ эти условія вполнѣ подходитъ тотъ случай бонитарной собственности, когда она возникала чрезъ traditio (t. rei mancipi). Но положительныя указанія источниковъ [134]) въ связи съ широкимъ распространеніемъ a. Publiciana, которое въ отношеніи всѣхъ ея условій перешло далеко за первоначальные ея предѣлы [135]), даютъ основаніе думать, что этотъ искъ имѣлъ примѣненіе и въ прочихъ случаяхъ бонитарной собственности.

Двоякое примѣненіе a. Publiciana — для защиты добросовѣстнаго владѣнія и для защиты бонитарной собственности — основывалось вѣроятно на двухъ самостоятельныхъ эдиктальныхъ постановленіяхъ. Если слова эдикта, цитированныя въ дигестахъ, не обнимаютъ собою бонитарной собственности и если, напротивъ, описаніе Гая допускаетъ существованіе a. Publiciana какъ органа этой послѣдней, то слѣдуетъ заключить, что рядомъ съ эдиктальною формулою, находящеюся въ дигестахъ, во время классической юриспруденціи существовала еще другая формула, которую имѣлъ въ виду Гай, и что вышепри-

---

[134]) L. 6 D. h. t. 6, 2. Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu praetoris duxero et amisero possessionem, competit mihi Publiciana.—L. 7 D. eod. Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit —Adjudicatio въ judicium, quod imperio continetur, давала по всей вѣроятности только право in bonis — L. 12 § 1 eod. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.

[135]) За предѣлы даже usucapio: a. Publiciana confessoria; ср L. 12 § 2 D. h. t.

веденное описаніе a. Publiciana составляетъ обобщеніе обѣихъ формулъ Возникаетъ вопросъ: какой изъ двухъ случаевъ примѣненія a. Publiciana былъ по времени первымъ?

Въ одномъ случаѣ a. Publiciana защищаетъ отношеніе справедливое какъ съ точки зрѣнія пріобрѣтателя вещи, такъ и съ точки зрѣнія ея собственника (при traditio rei manc.), либо съ точки зрѣнія судебной власти (при непосред. устан. jussu praetoris); въ другомъ случаѣ этимъ искомъ ограждается отношеніе, кажущееся справедливымъ пріобрѣтателю вещи объективно же несправедливое Въ одномъ случаѣ несовершенство правоотношенія заключается лишь въ новизнѣ формы его установленія, въ другомъ случаѣ—въ отсутствіи объективной правомѣрности отношенія: добросовѣстный владѣлецъ защищается только потому, что онъ добросовѣстный владѣлецъ. Необходимость защиты объективно правомѣрнаго владѣнія, по общему сознанію тождественнаго съ собственностью, должна была почувствоваться раньше, чѣмъ необходимость въ защитѣ владѣнія правомѣрнаго лишь субъективно. Принимая въ соображеніе кромѣ этого еще то обстоятельство, что до введенія a. Publiciana ея функція въ отношеніи добросовѣстнаго владѣнія выполнялась отчасти чрезъ rei vindicatio[136]), приходится рѣшить поставленный вопросъ въ томъ смыслѣ, что первоначальнымъ назначеніемъ a. Publiciana было защищать бонитарную собственность.

Publiciana actio ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit[137]), говоритъ римскій юристъ. Она защищаетъ не владѣніе, а право, и потому имѣетъ примѣненіе и тогда, когда право на вещь получено

---

[136]) См. Ihering Geist III стр 102 сл (2 изд.)

[137]) L. 7 § 6 D. h. t. 6. 2.

безъ пріобрѣтенія владѣнія [137*]). Юридически actio Publiciana есть не иное что, какъ rei vindicatio, примѣненная къ случаю usucapio съ тѣмъ лишь отличіемъ, что одно изъ обстоятельствъ, которое при rei vindicatio должно быть доказано истцомъ, при a. Publiciana предполагается существующимъ Преторъ приказываетъ судьѣ принять на вѣру фактъ истеченія давности [138], и затѣмъ уполномочиваетъ его во всемъ прочемъ поступать такъ, какъ бы онъ поступалъ тогда, когда споръ шелъ бы о квиритской собственности [139]). На послѣдствія такой конструкціи до сихъ поръ не обратили должнаго вниманія. Если при Publiciana actio все идетъ такъ же, какъ и при rei vindicatio, то коль скоро истецъ докажетъ, что вещь была ему продана и передана квиритскимъ собственникомъ, то отвѣтчикъ, будь онъ самъ такимъ собственникомъ, не можетъ ссылкою на свое право удержать ipso jure вещь за собою [140]) подобно тому, какъ такая ссылка не можетъ слу-

---

137*) L. 12 § 1 D. h. t. 6. 2. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.

138) Gaj. IV § 36... fingitur rem usucepisse.

139) Gaj. IV § 36... Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret... — Ср. L. 7 § 8 D. h. t. 6. 2. In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus; L. 35 D. de O. et A. 44. 7... Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.

140) Капитальную ошибку въ пониманіи природы a Publiciana обнаружилъ въ послѣднее время Schullin Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio 1874. Принявъ, что примѣненіе a. Publiciana соединено исключительно съ двумя фактами: emptio и traditio, и упустивъ изъ виду, что небытіе извѣстныхъ фактовъ здѣсь имѣетъ ту же роль, какъ и при rei vindicatio, Schullin дошелъ до заключенія, что actio Publiciana сохраняется владѣльцемъ и послѣ отчужденія имъ вещи (!)

жить ему и при rei vindicatio, коль скоро истецъ докажетъ, что вещь была ему продана и передана, и что онъ провладѣлъ ею годъ или два. Въ такомъ видѣ a. Publiciana очевидно непримѣнима къ защитѣ каждаго добросовѣстнаго владѣльца, потому что поставила бы его выше самого собственника То обстоятельство, что этотъ послѣдній при употребленіи a Publiciana обыкновеннымъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ могъ защищаться не иначе, какъ путемъ exceptio, служитъ, по моему мнѣнію, сильнымъ подтвержденіемъ того, что при первоначальномъ образованіи a. Publiciana эта защита не входила въ разсчетъ Иначе зачѣмъ же было уподоблять защищаемое отношеніе во всемъ праву собственности и затѣмъ сейчасъ же нарушать это уподобленіе чуть ли не въ главной его основѣ [111])? Если бонитарная собственность имѣла для своей защиты другой искъ, и если Publiciana actio была создана спеціально для защиты добросовѣстнаго владѣнія, то почему же этому послѣднему иску не дали болѣе простой формы, и почему его формула не была соображена точно съ тѣми границами, для которыхъ предназначался новый искъ?

Характеру преторской дѣятельности нисколько не можетъ противорѣчить полная и непосредственная защита бонитарнаго обладателя вещью противъ квиритскаго собственника. [112]) Въ этомъ отношеніи не мо-

[111]) Основаніе a. Publiciana лежитъ въ фикціи rem usucepisse, и эта фикція ведетъ непосредственно къ отрицанію правъ собственника, ибо заставляетъ судью трактовать владѣльца какъ новаго собственника

[112]) Господствующее мнѣніе допускаетъ подобную защиту только въ формѣ replicatio, направленной противъ exceptio justi dominii, ср. Puchta II § 236 стр. 350 (6 изд.).—Римскіе юристы въ нѣкоторыхъ мѣстахъ выражаются такъ, что какъ будто подразумѣва-

жетъ имѣть значенія аналогія исторіи преторскаго наслѣдства, первоначально беззащитнаго противъ законнаго права (bonorum possessio sine re). При реформѣ наслѣдственнаго права преторъ шелъ прямо противъ интересовъ большаго числа лицъ (законныхъ наслѣдниковъ), и напротивъ тѣ лица, которыхъ онъ бралъ подъ свою защиту, не могли предъявить въ свою пользу ничего кромѣ милости претора. Понятно, что въ такой сферѣ трудно было затронуть сразу права законныхъ наслѣдниковъ, а приходилось начать дѣйствіе окольными путями. Совершенно въ другихъ условіяхъ стояла реформа права собственности; эта реформа требовалась гражданскимъ оборотомъ, и противъ нея могли быть только люди, желавшіе возможности злоупотребленій. Случай пріобрѣтенія бонитарной собственности путемъ traditio rei mancipi былъ, по всей вѣроятности, главнымъ и однимъ изъ первыхъ въ исторіи этого права; интересъ законнаго собственника здѣсь нисколько не затрогивался, такъ какъ отчужденіе вытекало изъ его собственной воли. Еслибы ему была дана возможность безнаказанно отнимать юридическимъ путемъ проданную вещь, то этимъ самымъ traditio была бы изгнана изъ употребленія въ оборотѣ вещей mancipi [143]). Во мно-

---

ютъ непосредственную силу a. Publiciana въ этомъ направленіи: ср. L. 2 i. f. D. de exc. rei vend. 21. 3.. si ipse Titius собственникъ) eum possideret Publiciana peteres; L. 7 § 3. D. h. t. 6. 2.... quae etiam adversus donatorem competit; L. 12 pr. eod. sive extraneus, sive donator possideat.

143) Можетъ-быть первый толчокъ къ примѣненію traditio къ вещамъ mancipi былъ данъ желаніемъ подобнымъ тому, какое лежитъ въ основаніи pactum reservati dominii (см. Ihering Geist III стр. 254), но очевидно, что потомъ, когда traditio стала давать habere in bonis, ея функція измѣнилась. Ihering смѣется надъ объясненіями, въ силу которыхъ traditio должна была быть легче mancipatio: „какъ будто въ Римѣ трудно было достать пятерыхъ

гихъ другихъ случаяхъ существованіе бонитарной собственности оказалось бы немыслимымъ, еслибы она не была защищена вполнѣ противъ квиритскаго собственника; напомню хоть bonorum emptio, noxae ductio, и второй декретъ претора pro damnum infectum Указанная выше способность a. Publiciana служить непосредственнымъ органомъ такой защиты не свидѣтельствуетъ ли о тѣсной связи бонитарной собственности съ a. Publiciana?—Exceptio justi dominii, которая представляетъ собою прибавку, уклоняющую искъ отъ его первоначальнаго направленія, могла образоваться лишь тогда, когда это уклоненіе дѣйствительно случилось.

Существуетъ мнѣніе, что бонитарная собственность была доступна и перегринамъ [144]. На первый взглядъ съ нимъ не очень вяжется употребленіе a. Publiciana бонитарными собственниками: какимъ образомъ за перегриномъ фингировалась квиритская собственность?—Но если находили возможнымъ фингировать за перегриномъ римское гражданство [145], то почему не могли иногда фингировать за нимъ и римскую собственность? Во всякомъ случаѣ допущеніе перегриновъ къ поземельному владѣнію въ Римѣ не составляетъ слишкомъ ранняго явленія и могло случиться тогда, когда a. Publiciana вышла далеко за предѣлы своего первоначальнаго примѣненія [146]. Если дать нѣкоторый вѣсъ способу описанія бонитарной собственности римскими юристами [147],

свидѣтелей и вѣсы[146] восклицаетъ онъ. Но неудобства mancipatio могли заключаться уже въ томъ, что она была сдѣлка съ обязательною, а не съ свободною формою

144) См напр. Wangerow Latini Juniani стр. 75.

145) Gaj. IV § 37.

146) Ср. Wangerow указ. соч. стр 74.

147) См. въ особенности Ulp. frg. I § 16... si civis Romanus a cive Romano servum emerit. Срав. также Gaj. II § 40 и I § 54. Ribéreau ук. соч. стр. 17 сл.

то явится довольно прочное основаніе для догадки, не была ли бонитарная собственность институтомъ исключительно римскимъ, и не существовалъ ли въ оборотѣ римлянъ съ иностранцами, буде послѣдніе допускались до владѣнія римскою землею, какой-нибудь другой видъ собственности?

Въ заключеніе сравнимъ характеръ разсмотрѣннаго иска съ характеромъ того права, которое защищать онъ былъ назначенъ. Бонитарная собственность была порожденіемъ консерватизма, и тотъ же консерватизмъ легъ въ основаніе конструкціи ея иска. Признавъ, что бонитарная собственность не должна быть смѣшиваема съ настоящею, юристъ тѣмъ не менѣе чувствовалъ потребность защищать ее; но, чтобы не отступить отъ стараго принципа, въ силу котораго защищаться могла только квиритская собственность, онъ далъ защитѣ бонитарнаго обладанія такой видъ, что ею защищалось какъ бы квиритское право Фикція послужила здѣсь средствомъ примиренія консерватизма юридическаго мышленія съ потребностями правовой жизни, при ея помощи защиту теоретически получалъ только старый институтъ, тогда какъ на практикѣ защищалось новое отношеніе. Новому юристу весь этотъ пріемъ можетъ показаться черезъ чуръ искусственнымъ, ненужнымъ и даже смѣшнымъ; но для древняго онъ былъ необходимъ такъ же, какъ было необходимо ему сохранять право въ гармоніи съ жизнью. Теоретическій самообманъ служилъ лишь къ тому, чтобы не препятствовать ходу прогресса практической жизни; тотъ самый консерватизмъ, который выбросилъ бонитарную собственность изъ круга правовыхъ понятій, въ а. Publiciana нашелъ средство ввести ее снова въ этотъ кругъ.

Сдѣланный обзоръ исторіи права собственности представилъ конкретные примѣры тѣхъ общихъ положеній, которыя были высказаны въ первой главѣ этой книги, и вмѣстѣ съ этимъ познакомилъ насъ нѣсколько съ средствами, которыми консерватизмъ юриспруденціи мирилъ себя съ гражданскимъ оборотомъ. Слѣдующія три главы содержатъ въ себѣ ближайшее историческое разсмотрѣніе этихъ средствъ. Между ними наибольшею древностью обладаетъ искусственное подведеніе новыхъ правоотношеній подъ старыя юридическія понятія, или аналогія въ ея особой исторической функціи. Затѣмъ слѣдуютъ параллельные иски; они появляются тогда, когда умъ юриста перестаетъ удовлетворяться аналогіей и начинаетъ группировать новыя правоотношенія въ самостоятельную сферу, порождая тѣмъ дуализмъ права. Наконецъ, когда смѣлость юриспруденціи развивается на столько, что она находитъ возможнымъ способствовать вторженію въ старую правовую систему понятій, образовавшихся въ новой системѣ, тогда формулируется принципъ, въ силу котораго преторъ, не обладающій могуществомъ уничтоженія старыхъ правъ, получаетъ власть препятствовать ихъ осуществленію, и какъ орудіе этой власти возникаетъ exceptio.

III.

Аналогія [1]).

Въ настоящее время значеніе аналогіи, какъ пріема юридическаго мышленія, тѣсно связано съ раздѣленіемъ законодательной и судебной властей и съ тою зависимостью, въ которой находится послѣдняя отъ первой. Аналогія составляетъ одно изъ важныхъ орудій въ рукахъ судебной власти, давая ей нѣкоторую возможность поддерживать объективное право въ согласіи съ жизнью въ тѣхъ случаяхъ, когда направленная къ этой цѣли дѣятельность законодательства не можетъ имѣть мѣста; но судъ прибѣгаетъ къ аналогіи не столько потому, что онъ не хочетъ пользоваться другими, болѣе прямыми средствами, сколько потому, что онъ не долженъ дѣ-

[1]) Главнымъ пособіемъ при составленіи этой главы мнѣ служила статья Ihering'a: Die juristische Oekonomie (Geist III §§ 56—58, стр 236—301, 2 изд.) Опираясь на этотъ трудъ, я имѣлъ возможность, не входя въ описаніе подробностей, остановиться на главныхъ пунктахъ, непосредственно относящихся до предмета моего сочиненія. Мою главную задачу составляло опредѣлить ближайшимъ образомъ исходные мотивы юридической экономіи, и выполненіе этой задачи привело меня какъ къ нѣкоторымъ отступленіямъ отъ принятаго Ihering'омъ порядка изложенія, такъ и къ нѣкоторому расширенію области разсматриваемыхъ явленій.

лать этого, такъ какъ эти послѣднія предоставлены въ исключительное распоряженіе законодательной власти.

Иное значеніе имѣла аналогія въ древній періодъ юридическаго мышленія Отдѣленіе судебной власти отъ законодательной и самостоятельная организація каждой изъ нихъ представляютъ явленія новаго цивилизованнаго міра и только на нашихъ глазахъ получаютъ возможно-полное осуществленіе. Древнему міру принципъ раздѣленія властей не былъ извѣстенъ, и долгое время судебное рѣшеніе представляло собою актъ непосредственнаго формулированія правовыхъ нормъ: дѣятельность законодательная сливалась съ судебною[2]). Появленіе самостоятельныхъ законовъ, изданныхъ народомъ, de facto нисколько не уменьшило власти судебныхъ органовъ хозяйничать въ области объективнаго права. Несмотря на прорывавшіеся по временамъ спеціально-законодательные акты, въ Римѣ главное участіе въ формулированіи гражданскаго права выпало все-таки на долю представителя судебной власти—претора и окружавшихъ его юристовъ, и если въ сравнительно позднѣйшій періодъ дѣятельности претора формула и эдиктъ выражали во внѣ различіе двухъ функцій преторской дѣятельности,—непосредственная внутренняя связь,

[2]) Высказанное въ текстѣ положеніе о древнѣйшемъ значеніи судебнаго рѣшенія я нашелъ выраженнымъ опредѣленно и рѣшительно только у Мэна Древнее право глава 1, въ особ. стр. 6 сл. Но рядъ открытій, сдѣланный трудами Ihering'a, неминуемо ведетъ къ тому же положенію. Если все право есть продуктъ мышленія, то послѣднее, естественно, должно было начать съ разрѣшенія отдѣльныхъ казусовъ, а не съ формулированія общихъ нормъ. Древнее значеніе процессуальной борьбы тяжущихся, мировой сдѣлки и свидѣтелей, характеръ судебнаго рѣшенія какъ sententia (см Geist I)—все это говоритъ за существовавшую когда то нераздѣльность объективнаго права съ субъективнымъ. Ср. также Geist II § 42

существовавшая между ними, почти совершенно не прерывалась. Такимъ образомъ въ древности судъ и формулированіе права сначала сливались, а потомъ шли рука объ руку. Вслѣдствіе этого юридическое мышленіе не знало такой сферы, гдѣ оно было бы принуждено не пользоваться полною свободою и находилось бы въ зависимости отъ высшаго внѣшняго авторитета Казалось бы, что поэтому и примѣненіе аналогіи въ древнее время должно было имѣть за себя менѣе мотивовъ, чѣмъ въ настоящее. Однако наблюденіе надъ исторіей права показываетъ намъ совершенно противное: умозаключеніе по аналогіи представляло любимѣйшее средство древней юриспруденціи, и въ пользованіи имъ она выходила далеко за границы, соблюдаемыя въ этомъ отношеніи юриспруденціею современною.

Служа той же цѣли, какъ и въ настоящее время— расширенію области примѣненія существующихъ правовыхъ нормъ, аналогія въ древности имѣла своимъ источникомъ самостоятельную потребность юридическаго мышленія сохранять существующую систему права по возможности долго неизмѣняемою. Аналогія служила органомъ консерватизма, въ одно и тоже время оставляя ненарушимою форму объективнаго права и подводя подъ дѣйствіе этой формы вновь нарождавшіяся жизненныя отношенія. Такъ какъ при этомъ не природа аналогіи опредѣляла предѣлы ея употребленія и, слѣдовательно, предѣлы консерватизма, а напротивъ этотъ послѣдній обусловливалъ ея примѣненіе, то древняя аналогія въ отличіе отъ современной представляла часто пріемъ искусственный, употреблявшійся во что бы то ни стало и потому остававшійся вѣрнымъ самому себѣ не по существу, а только по формѣ. Но формы было достаточно. Она вполнѣ обезоруживала робость древняго ума въ

творчествѣ новыхъ понятій и принциповъ и давала ему средство не становиться въ разрѣзъ съ ходомъ жизни.

Какимъ бы путемъ ни образовались первоначальныя нормы и юридическія сдѣлки, послѣдующее развитіе объективнаго права, въ эпоху относительно весьма древнюю, совершалось уже посредствомъ аналогіи. Мотивы, лежавшіе въ основаніи подобной дѣятельности юридическаго мышленія, могли быть весьма различны. Большею древностью обладаетъ консерватизмъ, вытекающій непосредственно изъ конкретности древняго мышленія и изъ той трудности, съ которою неразвитому мышленію достается построеніе сколько нибудь отвлеченныхъ понятій (стр. 12). Но эпоха исключительнаго дѣйствія этой причины не подлежитъ нашему наблюденію, и о ней можно судить только по слѣдамъ ея, оставленнымъ въ то время, когда она дѣйствовала совмѣстно съ консервативными мотивами позднѣйшаго происхожденія. Эти послѣдніе обязаны своимъ образованіемъ дѣйствію первоначальной причины. Гдѣ умственная дѣятельность не сопровождается полнымъ самосознаніемъ, тамъ всегда существуетъ наклонность злоупотреблять разъ выработанными логическими пріемами и искажать ихъ значеніе. Первоначальный консерватизмъ и служившая его цѣлямъ аналогія были не болѣе какъ практическими средствами, помогавшими юридическому мышленію устранять невыгодныя послѣдствія своего несовершенства; неизмѣняемость старой системы юридическихъ понятій и представленій была при этомъ только результатомъ, но уже въ этомъ своемъ качествѣ она была способна замаскировать отъ взора юристовъ истинные предѣлы прогресса правовой жизни, безъ того подвигавшейся впередъ весьма медленнымъ ша-

гомъ. Средства стали превращаться въ цѣль. Свыкнувшись съ неподвижностью юридической системы, юристы видѣли въ этой неподвижности уже нѣчто совершенно неизбѣжное: извѣстный строй объективнаго права сдѣлался необходимымъ самъ по себѣ и какъ таковой объективировался, то есть сталъ разсматриваться, какъ стоящій внѣ воли юридическаго мышленія. Благодаря этому и консерватизмъ видоизмѣнилъ свой характеръ и, усилившись значительно въ своей энергіи, превратился въ самостоятельную потребность юридическаго мышленія Слѣды этой стадіи его развитія находятся несомнѣнно въ массѣ извѣстныхъ намъ явленій аналогіи, но въ тотъ періодъ римскаго права, отъ котораго сохранилось наиболѣе свѣдѣній объ означенныхъ явленіяхъ, въ ихъ образованіи не малую роль игралъ уже другой мотивъ, доступный наблюденію историка съ самаго момента своего возникновенія. Его содержаніемъ было особое значеніе законовъ XII таблицъ, и подобно предыдущему мотиву онъ современемъ подвергся дѣйствію объективизма и превратился въ неприкосновенность законовъ XII таблицъ самихъ по себѣ.—Такимъ образомъ большинство наблюдаемыхъ нами въ римскомъ правѣ явленій аналогіи представляетъ результатъ смѣшаннаго дѣйствія нѣсколькихъ мотивовъ. Съ появленіемъ необходимости въ рѣшительныхъ реформахъ и съ развитіемъ юридическаго мышленія роль аналогіи, какъ органа консерватизма, стала смѣняться другими средствами; но сама аналогія осталась въ употребленіи, благодаря во первыхъ привычкѣ, а во-вторыхъ той сравнительной легкости, съ которою въ извѣстныхъ случаяхъ аналогія дозволяла конструировать новыя юридическія отношенія. Вмѣсто умственной робости къ пользованію аналогіей юристовъ вело простое же-

ланіе избавить себя отъ лишняго труда. У римской юриспруденціи временъ имперіи не было никакой побудительной причины доискиваться правильнымъ логическимъ путемъ до начальныхъ принциповъ права и давать правовой системѣ то, что въ современной намъ догматикѣ принято называть научною обработкою. Основные принципы права жили у римскихъ юристовъ болѣе въ чувствѣ, чѣмъ въ сознаніи, и никогда римскіе юристы не перестали быть казуистами. Правильная догматическая разработка права есть явленіе новаго міра, находящееся въ тѣсной связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что новому міру пришлось по большей части не самому формулировать себѣ право, а воспользоваться готовымъ матеріаломъ, завѣщаннымъ римскою имперіей: право, заимствованное извнѣ, не было доступно чувству непосредственно, а должно было быть прежде воспринято разумомъ. За отсутствіемъ у римскихъ юристовъ настоятельной потребности въ подобномъ пониманіи своего права, для нихъ не существовало особенно побудительныхъ основаній сократить пользованіе аналогіей до тѣхъ естественныхъ предѣловъ, къ которымъ приближается современное юридическое мышленіе. Но во всякомъ случаѣ послѣдняя римская фаза въ развитіи аналогіи составляетъ уже переходъ къ современной его фазѣ тѣмъ болѣе, что въ императорское время началось довольно ясно сформировываться раздѣленіе органовъ законодательной и судебной властей и подчиненіе суда законодателю.

Таковы въ ихъ исторической преемственности исходные мотивы употребленія аналогіи римскою юриспруденціею. Теперь слѣдуетъ попытаться прослѣдить ихъ проявленіе на отдѣльныхъ группахъ принадлежащихъ сюда явленій.

I. Юридическія сдѣлки.

Манципаціонная и виндикаціонная (in jure cessio) формы представляются типами, по которымъ сложился въ римскомъ правѣ цѣлый рядъ сдѣлокъ, назначенный для установленія и прекращенія юридическихъ отношеній въ сферахъ имущественной, семейной и наслѣдственной. Но было бы ошибочно рисовать исторію юридическихъ сдѣлокъ въ видѣ постоянно разроставшагося со стороны юристовъ пользованія извѣстною родовою формою и постепеннаго образованія изъ нея формъ видовыхъ. Родовыя представленія возникаютъ позднѣе видовыхъ, и появленіе ихъ обусловливается существованіемъ достаточнаго количества фактовъ годныхъ для того, чтобы послужить основаніемъ къ обобщенію, поэтому родовое значеніе mancipatio и in jure cessio могло быть только, результатомъ историческаго развитія, а не его причиной. Процессъ распространенія въ правовой сферѣ манципаціонныхъ и виндикаціонныхъ формъ долженъ былъ заключаться, по крайней мѣрѣ въ первое время, въ рядѣ непосредственныхъ пользованій извѣстною видовою формою съ цѣлью включенія въ область ея примѣненія новаго ряда правоотношеній, находившагося до того момента внѣ этой области. Такимъ образомъ новый рядъ правоотношеній принимался за подобный тому, для котораго форма юридической сдѣлки была первоначально назначена. Что такая аналогія дѣйствительно играла роль въ древней исторіи римскихъ юридическихъ сдѣлокъ, это потверждается ея очевидными слѣдами, сохранившимися до самыхъ временъ Юстиніана. Сюда относится примѣненіе нѣкоторыхъ, связанныхъ съ юридическими сдѣлками нормъ въ такихъ случаяхъ, въ которыхъ

оно было не только безполезно, но даже неумѣстно; это примѣненіе очевидно не могло бы имѣть мѣсто, если бы процессъ развитія юридическихъ сдѣлокъ шелъ инымъ путемъ, нежели вышеописанный. [3]) Это примѣненіе вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ, что источникъ аналогическаго расширенія первоначальныхъ формъ юридическихъ сдѣлокъ пельзя искать исключительно въ потребностяхъ правовой жизни,—предположеніе, которое, будь оно сдѣлано, нашло бы себѣ возраженіе и съ другой стороны: хотя возможно, что взаимныя различія разнообразныхъ отношеній, связанныхъ единствомъ формъ установленія и прекращенія, выступали въ древнее время менѣе сильно, чѣмъ во время, доступное нашему наблюденію,—ихъ полное тождество во всякомъ случаѣ весьма невѣроятно; можно допустить, напримѣръ, что древнѣйшее завѣщаніе и въ дѣйствительности походило на куплю-продажу [4]), но все извѣстное о нравственномъ строѣ древняго Рима не дозволяетъ искать въ римской жизни опоры уравненію имущественной и супружеской властей, къ какой бы древней эпохѣ ни захотѣли бы отнести возникновеніе этого уравненія. Пользованіе старыми формами юридическихъ сдѣлокъ для новыхъ цѣлей въ большой долѣ вытекало изъ самостоятельныхъ потребностей юриспруденціи.

Для послѣдующихъ наблюдателей могло сдѣлаться яснымъ несоотвѣтствіе формы дѣйствительности въ большинствѣ сдѣлокъ древняго римскаго права, и мы остаемся вполнѣ правы съ нашей точки зрѣнія,

[3]) См. Ihering Geist. II § 46 стр 518 (2 изд.) Здѣсь приведены два примѣра 1) подвластныя лица могли пріобрѣтать для своего господина только сельскіе сервитуты, и 2) при завѣщаніи свидѣтелями могли быть наслѣдники и легатаріи.

[4]) См. Мэнъ Древнее право, стр. 161 сл.

когда называемъ эти сдѣлки мнимыми (Scheingeschafte) [5]; но едва ли будетъ справедливо приписывать ихъ творцамъ подобное же сознательное отношеніе къ нимъ. Если еще во время Гая мнимыя сдѣлки тамъ, гдѣ это было бы умѣстно, не обратились въ пустую комедію [6], то тѣмъ далѣе отъ нея онѣ должны были стоять въ несравненно древнѣйшее время, когда свободное отношеніе къ разъ формулированнымъ понятіямъ стояло на гораздо низшей ступени развитія. Поэтому я склоненъ видѣть истину въ предположеніи, по которому устраненіе непрактичныхъ послѣдствій аналогіи составляло для нѣкоторыхъ сдѣлокъ явленіе болѣе позднее, чѣмъ образованіе самихъ сдѣлокъ [7]. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отличать древнія сдѣлки отъ сдѣлокъ сравнительно новаго происхожденія. Послѣднія, примѣромъ которыхъ могутъ служить coemptio fiduciae causa и sponsio praejudicialis, съ момента появленія своего могли быть мнимыми, тогда какъ другія не столько съ самаго начала обладали этимъ качествомъ, сколько пріобрѣли его съ теченіемъ времени. Мотивъ, поведшій къ образованію двухъ названныхъ формъ былъ смѣшаннаго свойства и заключался частью въ искреннихъ консервативныхъ побужденіяхъ—не нарушать освященнаго стариной порядка, частью же въ простомъ желаніи избавить себя отъ труда выдумывать

---

[5] Также поступали и римскіе юристы классическаго времени. ср. „imaginaria“ venditio и др.

[6] Ihering Geist II § 46 стр. 516 Временное mancipium, игравшее роль при усыновленіи emancipatio, продолжалось болѣе или менѣе опредѣленный срокъ; «Римлянамъ было свойственно и «комедію играть съ извѣстною серьезностью и важностью, мнимымъ «отношеніямъ давать нѣкоторое реальное существованіе». Ср. разногласіе юристовъ у Gaj. I § 172.

[7] Ihering Geist III § 58 стр. 286 (2 изд.)

новыя формы и формулировать новыя понятія, при чемъ послѣдній мотивъ значительно преобладалъ надъ первымъ [8]). Напротивъ, конструкція болѣе древнихъ манципаціонныхъ формъ (mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram), in jure cessio и болѣе сложныхъ in adoptionem datio и emancipatio была обусловлена преобладаніемъ мотивовъ древнѣйшаго происхожденія. Двѣ послѣдне-названныя формы были вызваны желаніемъ согласовать акты усыновленія и освобожденія сына изъ-подъ отеческой власти съ постановленіями законовъ XII таблицъ, и подобный же мотивъ, можетъ-быть, вызвалъ конструкцію mancipatio [9]); въ прочихъ же формахъ выразился ярче консерватизмъ болѣе общаго свойства, основанный на убѣжденіи въ непреложности стараго правоваго порядка и на несовершенствѣ юридическаго мышленія.

Отъ мнимыхъ сдѣлокъ слѣдуетъ отличать т. н симулированныя сдѣлки. „Въ обоихъ случаяхъ совершаемый актъ есть мнимый, несогласный съ истиннымъ намѣреніемъ сторонъ, но мнимыя сдѣлки суть правовыя формы, симулированныя же сдѣлки напротивъ только отдѣльныя дѣйствія; первыя принадлежатъ праву (объективному), и имѣютъ абстрактное бытіе, послѣднимъ же свойственно только конкретное существованіе. Дальнѣйшее различіе заключается въ томъ, что каждая симулированная сдѣлка совершаетъ обманъ преднамѣренно“ [10]). Пер-

[8]) Къ этому же роду мнимыхъ сдѣлокъ слѣдуетъ отнести и переносъ права на лицо, избранное представителемъ (procurator in rem suam),—случай, разсмотрѣнный Ihering'омъ особо. См. Geist III § 56, стр. 246 (2 изд.).

[9]) Ihering Geist II § 46 стр. 524 сл. (2 изд.), противъ Puntschart die Entwicklung § 61 стр. 333.

[10]) Ihering Geist III § 58 стр. 274 (2 изд.).

вый признакъ отличаетъ симулированныя сдѣлки отъ мнимыхъ вообще, второй же въ особенности отъ мнимыхъ сдѣлокъ древнѣйшаго происхожденія, обязанныхъ своимъ образованіемъ консерватизму юриспруденціи.

2. ИНТЕРПРЕТАЦІЯ ЗАКОНА [11]).

Разсмотрѣніе способа, посредствомъ котораго римскіе юристы поддерживали законъ XII таблицъ въ согласіи съ жизнью, здѣсь вполнѣ умѣстно. Два момента древней интерпретаціи важны для насъ въ этомъ отношеніи: 1) форма стараго закона переживала далеко время своего практическаго смысла, и 2) юриспруденція насильственно приписывала этой формѣ новый, болѣе согласный съ духомъ ея времени, смыслъ. Такимъ образомъ юриспруденція не отказывалась отъ реформъ, но дѣлала ихъ скрытнымъ образомъ. Чтобы достигнуть этого, она очевидно должна была предполагать новыя жизненныя отношенія, назначенныя къ подведенію подъ извѣстныя слова закона, сходными съ отношеніями, уже прежде подходившими подъ ихъ дѣйствіе. Мотивъ этой искусственной аналогіи лежалъ главнымъ образомъ въ томъ особенномъ значеніи, которое имѣлъ законъ XII таблицъ и которое вело къ убѣжденію въ необходимости сохранить его неизмѣняемымъ. „Это законодательство было трудно добытымъ бла„гомъ, такъ что позднѣйшее поколѣніе вспоминало „еще о борьбѣ, которой оно сто́ило, и о цѣнѣ, кото„рую придавали его пріобрѣтенію. Это не былъ про„сто законъ, т. е. сумма правовыхъ положеній; на„противъ, правовыя положенія, заключавшіяся въ

[11]) См. Ihering Geist II §§ 27 и 44.

„немъ, были въ то же время правами въ субъективномъ смыслѣ, это была magna charta, грамота „плебейской свободы, ревностное соблюденіе и охрана которой были не только дѣломъ сословнаго „интереса, но и сословной чести“ [12]). Рядомъ съ этимъ дѣйствовала болѣе общая причина психологическаго свойства, заключавшаяся въ томъ суевѣрномъ уваженіи, которое древній мыслитель имѣлъ передъ словомъ, видя въ немъ нѣчто объективное [13]). Въ концѣ концовъ обѣ причины превратились въ непосредственный консерватизмъ и сохраненіе формы стараго права нерушимою сдѣлалось само по себѣ потребностью юриспруденціи.

Консерватизмъ юриспруденціи былъ опредѣленъ выше, какъ наклонность сохранять разъ установившіяся ассоціаціи юридическихъ представленій (стр. 7). Существо логическаго процесса, происходившаго при интерпретаціи, не противорѣчитъ этому опредѣленію. Какъ въ мнимыхъ сдѣлкахъ представленіе объ извѣстной формѣ было неразлучно съ представленіемъ объ извѣстнаго рода отношеніяхъ, вслѣдствіе чего новыя отношенія, нуждавшіяся въ примѣненіи къ нимъ тѣхъ же актовъ, трактовались какъ сходныя съ старыми и получали эти акты въ разъ установившейся конкретной формѣ, — такъ и здѣсь представленія объ извѣстной юридической нормѣ и о судебной защитѣ, даваемой на основаніи этой нормы, были неразлучны съ представленіемъ объ отношеніи, первоначально подразумѣвавшемся въ законѣ. Извѣстно, что формула древняго иска (legis actio) согласовалась буквально съ словами закона, и юристы, буде хотѣли защищать этимъ искомъ иныя отноше-

[12]) Ihering Geist II § 27 стр. 60 (2 изд.).
[13]) Ihering Geist II § 47 снач. (2 изд.).

нія, могли только подразумѣвать ихъ въ словахъ закона и исковой формулы, не разрушая видимости ассоціаціи представленій Это крѣпкое держаніе за букву закона называютъ формализмомъ. Здѣсь мы встрѣчаемся съ областью, гдѣ формализмъ былъ слѣдствіемъ консерватизма, который въ свою очередь исходилъ изъ конкретности мышленія.

3. ПРЕДПОЛОЖЕНІЕ СВОБОДНАГО УСТАНОВЛЕНІЯ ОБЯЗАТЕЛЬНЫХЪ ПРАВООТНОШЕНІЙ.

Къ интерпретаціи подходитъ близко другой пріемъ юридическаго мышленія, отличающійся отъ нея только нѣсколько большею сложностью При интерпретаціи защита извѣстныхъ правоотношеній подводится подъ дѣйствіе соотвѣтствующихъ конкретныхъ нормъ; но она можетъ быть подведена также подъ дѣйствіе какого-нибудь болѣе общаго принципа права. Къ числу подобныхъ принциповъ принадлежитъ, между прочимъ, и тотъ, въ силу котораго лицо, принявшее на себя извѣстное обязательство, можетъ быть принуждено выполнить это послѣднее. Въ безчисленномъ множествѣ случаевъ, гдѣ римская юриспруденція считала полезнымъ наложить на лицо какую-нибудь обязанность, не предусмотрѣнную закономъ,—установленію ея давался такой видъ, что она казалась вытекшею изъ свободной воли обязаннаго лица, которое должно было обѣщать выполненіе налагаемой на него обязанности и, въ случаѣ нежеланія сдѣлать это, принуждалось къ тому преторомъ. Въ древнее время, когда мотивы юридическихъ дѣйствій не принимались въ расчетъ, и когда сила сдѣлки вытекала исключительно изъ ея формы, подобное установленіе обязанностей имѣло гораздо болѣе значенія, чѣмъ это мог-

ло бы быть въ сравнительно позднѣйшій періодъ. Мы встрѣчаемся здѣсь съ фазою консерватизма, свойственною юридическому мышленію всего общества не менѣе сильно чѣмъ мышленію юристовъ-спеціалистовъ. Если въ современныхъ намъ цивилизованныхъ обществахъ значительное большинство людей, среди которыхъ не мало принадлежащихъ къ образованному классу, склонно считать себя особенно отвѣтственными съ того момента, когда они подкрѣпили выполненіе своей обязанности какимъ нибудь торжественнымъ актомъ, напр. присягою, часто стольже недобровольною, какъ и сама обязанность [14]), то тѣмъ болѣе такое созерцаніе было сродно римлянину разсматриваемаго времени.— Съ паденіемъ консерватизма и съ развитіемъ понятія о необходимости участія воли въ совершеніи гражданскихъ актовъ, разыгрываемая здѣсь комедія вышла наружу, но старая конструкція обязательныхъ правоотношеній продолжала держаться, пока проистекавшія изъ нея практическія невыгоды не заставили юристовъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ оставить ее [14*]).

4. Юридическія фикціи [15]).

Большею искусственностью, чѣмъ три предыдущія явленія, обладаютъ юридическія фикціи. Извѣстный

---

[14]) Какъ на примѣры отраженія этого созерцанія въ современномъ законодательствѣ можно указать на присягу свидѣтелей, въ тѣхъ случаяхъ, когда они отъ нея не освобождаются, или на присягу новобранцевъ. Служить въ военной службѣ составляетъ для новобранца обязанность, и принесеніе присяги тоже обязательно Тѣмъ не менѣе только съ момента этой послѣдней наступаетъ для солдата полная отвѣтственность за преступленія по службѣ.

[14*]) Примѣръ см. у Ihering'a Geist III § 58 nota 379.

[15]) Мейеръ О юридическихъ вымыслахъ (Учен. Запис. Каз. Унив. 1853 IV), Kuntze Die Obligation und die Singularsuccession

признакъ, отличающій одно отношеніе отъ другаго, все равно заключается ли онъ въ присутствіи или въ отсутствіи какого-нибудь обстоятельства, воображается здѣсь несуществующимъ, черезъ что оба отношенія оказываютея вполнѣ сходными и способными къ подведенію подъ дѣйствіе одной и той же юридической нормы. Подобно всѣмъ другимъ разсмотрѣннымъ выше видамъ аналогіи, фикціи не представляютъ собою идеальнаго логическаго пріема, и ихъ существованіе обусловлено прежде всего несовершенствомъ юридическаго мышленія, по мѣрѣ развитія котораго онѣ неминуемо должны терять свое значеніе. Но это исключительно историческое [16]) значеніе фикцій часто было упускаемо изъ виду, благодаря чему въ новѣйшую литературу вкралось нѣсколько ошибокъ, извратившихъ истинное пониманіе природы фикцій. Несовершенный логическій пріемъ, вызванный извѣстными историческими условіями, не можетъ быть распространяемъ въ своемъ примѣненіи далѣе границъ, установленныхъ для него исторіею, а между тѣмъ недостаточность анализа при опредѣленіи природы фикцій повела къ

1856 стр 87—90, Koeppen Die Erbschaft 1856 стр. 6—9; Berger Kritische Beitrage zur Theorie des osterr allg. Privatrechtes 1856 стр. 71—95, Muther Zur Lehre von der röm. Actio 1857 стр. 26—28, Demelius Die Rechtsfiction 1858, Keller Der rom. Civilprocess 1863 (3 изд.) § 31; Kuntze Excurse 1869 стр 401 сл.; Ihering Geist des rom. Rechts 1871 III § 58 стр. 293 (2 изд.); Bekker Die Aktionen des rom. Privatrechts 1871 II глава 19; Мэнъ Древнее право 1873 глава 2.—Указаніе другихъ сочиненій, а также нѣкоторыхъ изложенныхъ въ нихъ взглядовъ см. у Berger'a въ указ. соч.

[16]) Ihering указ соч. стр. 297 сл. (2 изд.) противопоставляетъ историческимъ фикціямъ догматическія. Я думаю, что послѣдній видъ явленій слѣдуетъ вовсе исключить изъ понятія фикцій и видѣть въ нихъ одинъ изъ самостоятельныхъ родовъ аналогіи.

тому, что понятіе о нихъ было отождествлено съ понятіемъ аналогіи вообще, и присутствіе фикцій стали замѣчать въ такихъ явленіяхъ римскаго права, которыя въ Римѣ вовсе не имѣли подобнаго значенія; вмѣстѣ съ тѣмъ пустили въ ходъ фикцію въ качествѣ пріема современнаго юридическаго мышленія и испещрили гражданское право фикціями самаго разнообразнаго содержанія [17]). Результатъ такого смѣшенія оказался одинаково неблагопріятнымъ для обоихъ смѣшанныхъ явленій: съ одной стороны отъ вниманія изслѣдователей ускользнули видовые признаки фикціи; съ другой— затемнилось пониманіе искусственной римской аналогіи и даже аналогіи вообще, такъ что аналогія современнаго юриста приняла оттѣнокъ искусственности [18]) Только благодаря всей этой путаницѣ понятій могло возникнуть такое ученіе о фикціяхъ, которое нашло себѣ пріютъ въ единственномъ сочиненіи новѣйшаго времени, спеціально посвященномъ этому предмету [19]). Авторъ сочиненія видитъ въ фикціяхъ продуктъ историческаго развитія принципа: simulata pro veritate habentur, проявившагося сначала въ религіозной сферѣ, а потомъ перешедшаго и въ сферу правовую; какъ жрецы приносили въ жертву деревянныя изображенія человѣка вмѣсто живыхъ людей, такъ будто бы и юристы при помощи фикцій подставляли одно отношеніе вмѣсто другаго. Въ такомъ сопоставленіи фикцій со спосо

---

17) См. Oster, цитир. у Мейера въ указ. соч , стр. 103, Demelius указ. соч., и Berger указ. соч.

18) Когда говорятъ, что положеніе hereditas jacens сходно съ положеніемъ лица, тогда въ этомъ нельзя еще видѣть чего либо неестественнаго. Но когда объявляютъ, что hereditas jacens есть лицо, тогда такое построеніе теряетъ естественно-логическій смыслъ.

19) Demelius указ соч.

бами жертвоприношеній обращено вниманіе исключительно на одинъ общій имъ внѣшній признакъ, уподобленіе одного предмета другому, и упущено изъ виду болѣе существенное ихъ несходство Умственный процессъ, руководящій употребленіемъ изображеній вмѣсто настоящихъ предметовъ, находя себѣ исходъ въ символическомъ дѣйствіи, стоитъ гораздо дальше отъ сферы сознательнаго мышленія, нежели процессъ мышленія, создающій фикцію и отливающійся въ извѣстную словесную формулу Въ первомъ случаѣ реформа относится къ дѣйствіямъ человѣка, при чемъ имѣется въ виду упрощеніе формы этихъ дѣйствій въ такомъ направленіи, что самое дѣйствіе теряетъ свое значеніе и подъ конецъ превращается въ пустую форму. Напротивъ, фикція имѣетъ своимъ предметомъ конструкцію юридическихъ отношеній; она приравниваетъ одно отношеніе другому, и разрушеніе первоначальнаго значенія одного изъ нихъ хотя можетъ быть результатомъ фикціи, однако не составляетъ ни ея цѣли, ни необходимаго слѣдствія. Примѣръ пояснитъ сказанное Когда римляне заставили одного изъ воиновъ Пирра купить участокъ земли въ Италіи и избрали этотъ послѣдній мѣстомъ исполненія древняго обряда объявленія войны [20]), тогда они сдѣлали перемѣну въ одномъ изъ торжественныхъ актовъ, подорвавъ вмѣстѣ съ тѣмъ его значеніе. Когда же преторъ трактовалъ какъ римскаго гражданина иностранца, укравшаго что-либо у римлянина [21]), или же принималъ посредствомъ фикціи bonorum possessor'а [22]) за законнаго наслѣдника, тогда онъ давалъ юридическую санкцію

---

[20]) Demelius стр 22.
[21]) Gaj. IV § 37.
[22]) Gaj. IV § 34.

вновь образовавшемуся правоотношенію и, ставя его рядомъ съ другимъ, болѣе древнимъ правоотношеніемъ, въ первомъ примѣрѣ оставлялъ это послѣднее неприкосновеннымъ, во второмъ же только отчасти подвергалъ его стѣсненію.

Еще другое недоразумѣніе нашло себѣ мѣсто въ ученіяхъ о фикціяхъ. Часто разсматриваютъ фикціи какъ явленіе родственное презумпціямъ [23]). При подобномъ пріемѣ упускается изъ виду, что презумпція есть явленіе, существованіе котораго обусловлено такимъ недостаткомъ юридическаго мышленія, которымъ это послѣднее обладало и, по всей вѣроятности, будетъ обладать всегда, тогда какъ фикціи составляютъ результатъ его преходящаго несовершенства Источникъ презумпцій заключается въ невозможности, для судьи во всѣхъ случаяхъ добираться путемъ правильнаго изслѣдованія до истины, вслѣдствіе чего право и указываетъ судьѣ руководиться въ нѣкоторыхъ случаяхъ предположеніями, выведенными на основаніи вѣроятности изъ данныхъ опыта жизни [23*]). Ничего общаго съ этимъ не имѣютъ фикціи. Необходимость ихъ существованія есть только кажущаяся, и логическій пріемъ, составляющій ихъ со-

---

[23]) Berger указ. соч., Мейеръ указ соч. и друг.

[23*]) При образованіи презумпцій могутъ играть нѣкоторую роль и посторонніе мотивы, но я не вижу въ этомъ обстоятельствѣ достаточнаго основанія для раздѣленія презумпцій на настоящія и не настоящія, какъ это дѣлаетъ Орланскій, см его статью «о законныхъ предположеніяхъ» въ Ж. Г. и У. П 1871 г. № 4 — Подобно ученію о фикціяхъ, ученіе о презумпціяхъ расширяло свою область гораздо далѣе указанныхъ границъ—ошибка, для исправленія которой въ настоящее время сдѣлано очень много (Endemann, Burckhard). Изъ числа новыхъ взглядовъ на презумпціи заслуживаетъ особеннаго вниманія тотъ, который рекомендуетъ возвести всѣ презумпціи на степень т н. praes. hominis (Endemann).

держаніе, не естественный, а искусственный; презумпцію создастъ разсудокъ, фикцію—воображеніе.

Что касается ближайшаго опредѣленія мотивовъ, которые вызывали образованіе юридическихъ фикцій, то главную роль игралъ здѣсь мотивъ наиболѣе юный изъ числа вышеуказанныхъ. Большинство фикцій образовалось потому, что безъ нихъ пришлось бы ломать строй установившихся понятій—работа, которая могла казаться римскимъ юристамъ черезчуръ трудною и вовсе ненужною. „Представимъ себѣ, что „правленіе желѣзной дороги, или начальство тамож„ни напечатало тарифъ, въ которомъ по недосмотру, „или потому, что какой нибудь предметъ не былъ „еще извѣстенъ, оказалась пропущенною рубрика „этого предмета. Для того, чтобы не перепечаты„вать тарифа снова, правленіе опредѣляетъ, что но„вый предметъ долженъ быть подведенъ подъ одну „изъ существующихъ рубрикъ, что напр. коксъ дол„женъ оплачиваться, какъ каменный уголь. Чѣмъ „отличался отъ этого пріемъ претора, когда онъ, со„храняя неизмѣнными старыя формулы, прибавлялъ „къ нимъ замѣчанія о томъ, что судья долженъ „трактовать новое отношеніе совершенно такъ же, „какъ онъ трактовалъ бы его тогда, когда оно под„ходило бы подъ одну категорію съ старымъ?“ [24]). Но я думаю, что эта точка зрѣнія не можетъ оказаться вполнѣ удовлетворительною по отношенію ко всѣмъ фикціямъ, и что въ нѣкоторыхъ изъ нихъ можно видѣть слѣды консерватизма, вытекающаго изъ болѣе серьезнаго источника, т. е. консерватизма, какъ непосредственной потребности юриспруденціи. Слѣды его надо видѣть въ особенности въ конструкціи фиктивныхъ исковъ, защищавшихъ бонитарную соб-

---

[24]) Ihering Geist III § 58 стр. 294 сл. (2 изд.)

ственность и bonorum possessio [25]). Конструкція эта такова, что можетъ быть объяснена всякаго рода мотивами, способными вызвать образованіе фикцій; но указаніе на то, что здѣсь слѣдуетъ дать нѣкоторое значеніе участію самостоятельнаго желанія юриспруденціи сохранить старый правовой порядокъ ненарушеннымъ заключается въ томъ соображеніи, что именно этимъ желаніемъ были вызваны два упомянутые института, и что средства ихъ судебной защиты должны были образоваться подъ тѣми же вліяніями, какъ они сами. Фикція давности, которая встрѣчается въ actio Publiciana рядомъ съ общею фикціею права квиритской собственности [26]) и служитъ какъ бы къ вящему оправданію названнаго иска, способна показаться излишнею, если при объясненіи его конструкціи руководиться исключительно соображеніями, высказанными въ приведенной выше цитатѣ [27]).

Порядокъ отдѣльныхъ видовъ аналогіи, избранный въ сдѣланномъ описаніи, близокъ къ тому порядку, который нашелъ себѣ мѣсто въ исторіи римской юриспруденціи. Нѣтъ сомнѣнія, что образованіе юридическихъ сдѣлокъ началось задолго до появ-

---

[25]) Gaj. IV §§ 34 и 36

[26]) Gaj. IV § 36. fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset Ср. формулу. Si quem hominem . anno possedisset, tum si eum hominem.... ex jure Quiritium ejus esse oporteret.

[27]) Взглядъ, противоположный взгляду Ihering'a развитъ у Мэна въ указ. соч —Самъ Ihering въ дальнѣйшемъ изложеніи о фикціяхъ даетъ консерватизму нѣсколько болѣе серьезный характеръ, чѣмъ тотъ, который выраженъ у него въ примѣрѣ о тарифѣ. - Что касается взгляда Demelius'a, который видитъ въ actiones fictitiae позднѣйшую историческую фазу a. in factum, то въ основаніи этого взгляда лежитъ полное отсутствіе историческаго созерцанія.

ленія законовъ, со времени изданія которыхъ начали вырабатываться пріемы интерпретаціи; своеобразная конструкція обязательныхъ правоотношеній могла возникнуть очень рано [28]), но полное развитіе ея связано тѣсно съ развитіемъ могущества преторской власти и потому могло имѣть мѣсто лишь тогда, когда преторъ высвободился нѣсколько изъ подъ гнета законовъ; юридическія фикціи, наконецъ, составляютъ наиболѣе юный видъ аналогіи [28*]): онѣ явились средствомъ рѣшительнѣйшихъ реформъ преторскаго права и еще въ императорскій періодъ составляли обычный пріемъ юридическаго мышленія.—За указанную историческую послѣдовательность говоритъ и постепенное возрастаніе искусственности логическихъ пріемовъ въ выше приведенномъ рядѣ явленій. Первоначальная реформа юридическихъ сдѣлокъ заключала въ себѣ не болѣе какъ простое копированіе формъ; напротивъ, образованіе юридическихъ фикцій обязано своимъ происхожденіемъ непосредственному участію воображенія. Тотъ же факторъ, хотя въ нѣсколько слабѣйшей степени, наблюдается въ своеобразной конструкціи обязательныхъ правоотношеній; пріемы интерпретаціи, напротивъ, близко подходятъ къ процессу преобразованія юридическихъ сдѣлокъ.—Порядокъ вымиранія четырехъ приведенныхъ формъ аналогіи можетъ также служить нѣкоторымъ указаніемъ на ихъ историческую преемственность. Фикцію мы встрѣчаемъ до самыхъ временъ Юстиніана и не замѣчаемъ, чтобы римскіе юристы

---

28) Къ раннимъ случаямъ преторскихъ стипуляцій слѣдуетъ отнести тѣ изъ нихъ, которыя гарантировали выполненіе процессуальныхъ дѣйствій; напротивъ преторскія стипуляціи, относившіяся къ матеріальному праву должны быть отнесены къ сравнительно позднѣйшему времени Ср. Bekker Die Actionen II глава 16.

28*) Ср. Ihering ук. соч. стр. 301, Kuntze ук соч. стр 88.

почувствовали въ чемъ-нибудь ея неудовлетворительность; напротивъ, искусственная конструкція обязательныхъ правоотношеній не только успѣла переродиться въ пустую форму, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ она была выброшена изъ права какъ неудобная (примѣч. 14*). Еще раньше начали отказываться отъ мнимыхъ сдѣлокъ, [29]) и отъ древнихъ способовъ интерпретаціи и если нѣкоторые изъ нихъ дожили до послѣднихъ временъ римскаго права [30]), то въ этомъ свыразилось лишь дѣйствіе старой привычки, не встрѣчавшей себѣ противодѣйствія въ какихъ-либо другихъ факторахъ.

Хотя въ сдѣланномъ очеркѣ не упомянуто о весьма многихъ относящихся сюда явленіяхъ, общее дѣленіе ихъ на четыре типичныя группы исчерпываетъ собою область искусственной аналогіи. Впрочемъ, нѣкоторыя частныя усложненія этой классификаціи могутъ быть допущены. Рядомъ съ тою группою явленій, которой въ предшествующемъ изложеніи дано третье мѣсто, можно поставить нѣсколько подобныхъ же явленій, содержащихъ въ себѣ искусственное подведеніе юридическихъ актовъ подъ извѣстную прежде конкретную форму. Такъ, когда кто либо долженъ былъ наложить на себя обязательство, а между тѣмъ кредитора не было (и не могло быть) на лицо, тогда въ роли кредитора являлся фигурантомъ государственный рабъ [31]); по древ-

[29]) См. примѣръ у Gaj I § 115 a

[30]) См. въ особенности толкованіе преторскаго эдикта. Вмѣсто того, чтобы сказать, что такое-то опредѣленіе закона слѣдуетъ распространить на такой-то случай, римскіе юристы говорятъ обыкновенно, что этотъ случай подразумѣвается («continetur»=comprehenditur см Dirksen Manuale стр. 212)

[31]) Iherıng указ. соч. стр 245.

нему римскому представленію обязательство могло возникнуть только при непосредственномъ участіи заинтересованнаго лица, и въ данномъ случаѣ рабъ представлялъ это лицо. Подобно этому въ логическихъ пріемахъ, которыми юристы императорскаго времени оправдывали значеніе императорской власти [32]), можно видѣть отпрыски древнихъ пріемовъ интерпретаціи. —Напротивъ, нѣкоторыя явленія слѣдуетъ исключить изъ области аналогіи. Сюда я отношу то, что было названо потаенными путями жизни (die Schleichwege des Lebens [33]). Когда кто нибудь подъ формой купли-продажи скрываетъ запрещенное дареніе, тогда, несмотря на все сходство, которое это явленіе имѣетъ съ аналогіей юриспруденціи (подведеніе новаго отношенія подъ старую форму), оно глубоко отличается отъ этой послѣдней тѣмъ, что составляетъ результатъ внѣшняго принужденія; продающій вмѣсто того, чтобы дарить, оттого поступаетъ такимъ образомъ, что волею законодателя ему отрѣзаны для достиженія его цѣли другіе, болѣе прямые пути Совершенно обратное мы видимъ въ умозаключеніяхъ по аналогіи, употреблявшихся римскою юриспруденціею. Ихъ источникъ лежалъ въ самой юриспруденціи, въ ея консерватизмѣ, вытекавшемъ изъ ея же собственныхъ свойствъ и особенностей. Этимъ аналогія римской юриспруденціи отличается рѣзко отъ аналогіи современной и составляетъ въ исторіи юридическаго мышленія фактъ, строго отграниченный. Теперь принято изображать положеніе претора въ эпоху legis actiones, какъ положеніе, подчиненное закону. Но, чтобы правильно понимать характеръ этого подчиненія, необходимо помнить,

---

[32]) L. 1 pr. D. de const. princ. 1 4 (Ulp), ср. Gaj. I § 5.

[33]) Ihering ук. соч. § 57.

что оно въ главной своей долѣ вытекало изъ воли самого претора, который болѣе боялся закона, чѣмъ самъ законъ того требовалъ. Когда-то думали, что искусственныя логическіе пріемы служили претору средствомъ обмануть народъ и скрыть отъ него нововведенія. Это мнѣніе угадало цѣль означенныхъ пріемовъ, но ошиблось въ лицѣ, противъ котораго они были направлены. Юристы обманывали ими не другихъ, а самихъ себя, и только разсматривая ихъ логику съ этой точки зрѣнія, мы вѣрно поймемъ природу и историческое значеніе консерватизма юриспруденціи.

IV.

Параллельные иски.

Когда родственныя явленія становятся настолько несходными, что признаніе ихъ путемъ искусственной аналогіи за безразличныя дѣлается неудобнымъ, тогда консерватизмъ вовлекаетъ юридическое мышленіе въ противоположную крайность и ведетъ его къ признанію полнѣйшаго различія въ природѣ старыхъ и новыхъ явленій, принадлежащихъ къ сферѣ развитія одного и того же института. Такимъ образомъ возникаетъ въ правѣ дуализмъ. Его назначеніе подобно назначенію аналогіи. Отодвигая вновь признанныя юридическія отношенія въ новую, самостоятельную систематическую сферу, онъ тѣмъ самымъ содѣйствуетъ поддержанію систематической неприкосновенности стараго права. Примѣръ дуализма мы видѣли въ распаденіи права собственности на квиритскую и бонитарную; раздвоенность наслѣдственнаго права, различіе въ юридической конструкціи землевладѣнія италійскаго и провинціальнаго, и созрѣвшее въ заключеніе преторской дѣятельности, въ качествѣ обобщенія, противоположеніе преторскаго права цивильному представляютъ собою

явленія того же рода [1]). Во всѣхъ названныхъ случаяхъ несходство юридическихъ отношеній значительно преувеличено сравнительно съ дѣйствительностью, и родственныя юридическія отношенія разсматриваются не какъ виды одного рода, а какъ два самостоятельные института [2]); теорія каждаго изъ противоположенныхъ взаимно институтовъ развивалась самостоятельно, несмотря на многіе общіе имъ моменты [2*]).

Дуализмъ правъ повторился на ихъ искахъ. Такъ, двумъ видамъ собственности - квиритской и бонитарной—соотвѣтствовали два вида rei vindicatio: настоящая и фиктивная (a. Publiciana), двумъ видамъ наслѣдства—два вида hereditatis petitio. Особенность исковаго дуализма въ этихъ случаяхъ состояла въ томъ, что иски старались путемъ фикцій устранить

---

[1]) Противоположность hereditas и bonorum possessio у Gaj. III § 32 сведена прямо на сравнительное безсиліе претора предъ закономъ: quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest... sed eis siquidem praetor det bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, ср Ulp frg XXVIII § 12.—О провинціальной собственности ср. Puchta Cursus d. Inst. II § 235 стр. 520 (6 изд.) —О преторскомъ правѣ, какъ особомъ источникѣ права, съ намекомъ на его безсиліе сверхъ Gaj. § cit см. Pompon. въ L. 2 §§ 10—12 D. de O. J. 1. 2 и Gaj. I § 6. Противоположный взглядъ проскальзываетъ у Marcian. въ L. 8 D. de J. et J. 1. 1. и высказанъ ясно въ § 7 Inst. de J. N. 1 2.

[2]) Это выражается между прочимъ въ именахъ Выраженіе duplex dominium употребляется какъ описательное, техническое же значеніе имѣютъ dominium legitimum и in bonis habere ср. впрочемъ L. 5 D com. div. 10. 3.) dominium и possessio (въ провинціяхъ), hereditas и bonorum possessio L. 2 § 12 D. de O. J. 1. 2 представляетъ интересное мѣсто, гдѣ jus отождествлено съ lex: Ita in civitate nostra aut jure, id est lege, constituitur...

[2*]) Примѣрами могутъ служить теорія bonorum possessio, теорія longi temporis praescriptio и др

невыгодныя послѣдствія дуализма въ правѣ; въ другихъ случаяхъ иски могли оказывать менѣе наклонности къ сближенію раздѣленныхъ областей [3]. Но кромѣ исковаго дуализма, корреспондировавшаго дуализму правъ, въ римской юридической системѣ существовалъ еще самостоятельный дуализмъ исковъ, порожденный подобно первому консерватизмомъ юриспруденціи. Этотъ дуализмъ не былъ выраженъ особыми именами, но его присутствіе можетъ быть обнаружено безъ особаго труда.

Извѣстно раздѣленіе римскихъ исковъ на a. stricti juris и a. bonae fidei. Формальное послѣдствіе этого раздѣленія, образовавшееся ко времени классической юриспруденціи, состояло въ томъ, что при обсужденіи исковъ втораго рода судья былъ обязанъ ipso jure руководиться принципами, имѣвшими своимъ источникомъ bona fides, тогда какъ въ judicia stricti juris эти принципы могли проникнуть только путемъ exceptio. Въ intentio исковъ bonae fidei стояло полномочіе судьѣ судить ex fide bona, выраженное тѣми или другими словами [4]. Такъ какъ происхожденіе исковъ bonae fidei принадлежитъ очевидно новому римскому праву, и такъ какъ, съ другой стороны, изъ числа институтовъ, защищеннымъ путемъ исковъ bonae fidei [5], не всѣ

---

3) Искъ, назначенный для защиты провинціальной собственности могъ стоять независимо отъ rei vindicatio, ср. Puchta, цитир въ 1 примѣч.

4) Cicero Topica 17 § 66. — Ср. Ortolan Explication histor. III § 1983 сл., Keller Rom. Civilprocess § 25.

5) Cicero de offic. III 17 § 70. . in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis.. ср. de deor nat. III 30 § 74. Въ topica 17 § 66 упоминается еще judici rei uxoriae и negotiorum gestorum.—Gaj. IV § 62 сверхъ названныхъ у Cic. приводитъ еще слѣдующія judicia bonae fidei: depositi, commodati, pignoris dati, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, о jud rei uxoriae у Gaj. не упоминается —Въ § 28 Inst. de

относятся къ числу явленій этого права, а напротивъ нѣкоторые изъ нихъ были извѣстны праву старому [5]), то рождается вопросъ. въ какомъ отношеніи тѣ иски bonae fidei, которые защищаютъ институты этого рода, стоятъ къ болѣе древнимъ искамъ, первоначально защищавшимъ эти институты? Заключался ли процессъ образованія intentio новыхъ исковъ въ простой передѣлкѣ intentio старыхъ исковъ, — и въ такомъ случаѣ не стоитъ ли такой процессъ въ противорѣчіи съ вышеуказаннымъ общимъ принципомъ о способѣ вторженія элемента bona fides въ иски стараго права? Или же иски bonae fidei были образованы самостоятельно и поставлены рядомъ съ древними исками?

1.

Прежде всего слѣдуетъ опредѣлить область изслѣдованія и исключить изъ нея иски b. f., защищающіе институты относительно новые. Сюда принадлежатъ безспорно слѣдующіе иски: fiduciae, societatis, mandati, empti, venditi, locati, conducti, negotiorum gestorum и praescriptis verbis. Но рядомъ съ ними слѣдуетъ поставить еще actiones: communi dividundo, commodati и rei uxoriae.

Изъ трехъ случаевъ, въ которыхъ по дигестамъ a. com. div имѣетъ примѣненіе. 1) раздѣлъ общаго имущества между соучастниками, преднамѣренно

---

actiоn. 4. 6 опущено jud. fiduciae и прибавлены hereditatis petitio, объ a. praescr. verbis сдѣлана оговорка, ограничивающая этотъ искъ, какъ bonae fidei actio, двумя случаями.

[5]) Gaj I. § 155. ex lege XII tabularum agnati sunt tutores ср Ulp. frg. XI § 3. Paul. in Collat X. 7 § 11. Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur.—L. 1 pr D fam erc. 10. 2 Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum,—и друг. см. ниже подъ № 2

вступившими въ соучастіе, 2) раздѣлъ между сонаслѣдниками и 3) раздѣлъ между соучастниками, соучастіе которыхъ возникло вслѣдствіе какого-нибудь случайнаго обстоятельства[7]),—слѣдуетъ обозначить первый случай какъ первоначальную область примѣненія a. com. div., а въ двухъ послѣднихъ видѣть сферу дальнѣйшаго ея распространенія. Хотя сонаслѣдіе и случайное соучастіе принадлежали несомнѣнно къ числу явленій старо-римской правовой жизни, однако нѣтъ нужды признавать ту же древность и въ a. com. div , ибо въ этихъ случаяхъ для достиженія цѣлей раздѣла старое право давало другія, вполнѣ удовлетворительныя средства При случайномъ соучастіи должна была играть роль partis vindicatio, а для сонаслѣдниковъ существовало arbitrium fam. erc. Правда, это послѣднее представляло то неудобство, что могло имѣть мѣсто въ отношеніи одного и того же наслѣдства только однажды [8]),—неудобство, устранявшееся позднѣе чрезъ a. com. div [9]), но въ старомъ правѣ это неудобство не могло быть ощутительнымъ. Гдѣ существуетъ строгая норма, тамъ всякій дѣйствуетъ съ большею оглядкою, чѣмъ тамъ, гдѣ такой нормы нѣтъ, и поэтому надо думать, что въ старо-римскомъ правовомъ строѣ сонаслѣдники, зная, что раздѣлъ наслѣдства долженъ совершаться въ одинъ разъ, приступали къ нему не иначе, какъ по внимательномъ приведеніи въ извѣстность наслѣдственнаго имущества. Поэтому и число такихъ случаевъ, гдѣ бы послѣ arb. fam. erc. оставалось что-либо нераздѣленнымъ, должно было

---

7) Первый и второй случаи въ L. 2 pr D. com div. 10. 3, третій въ L. 19 pr. D eod.

8) L 20 § 4 D fam. erc. 10. 2.

9) 4 § 2 D. com. div. 10. 3, и L. cit. (прим. 8).

быть весьма ограниченно. Partis vindicatio могла ослаблять рождаемыя ими неудобства почти настолько же, насколько позднѣе это достигалось чрезъ a. com. div. [10]).—Такимъ образомъ a com. div. не была особенною необходимостью въ случаяхъ непреднамѣреннаго соучастія по имуществу; но въ иномъ отношеніи она стояла къ соучастію преднамѣренному.

Если a. com. div. представляетъ многія сходства съ a. fam. erc. [11]), то изъ этого нельзя еще заключать, что происхожденіе обоихъ исковъ относится къ одному времени. Эпоха образованія a. com. div. лежитъ много позднѣе эпохи образованія a. fam. erc. Стремленіе къ совокупному пріобрѣтенію имущества и къ устройству общихъ хозяйствъ несвойственно неразвитому обществу, въ которомъ напротивъ преобладаютъ обыкновенно инстинкты противоположнаго свойства, направленные къ хозяйственной обособленности. Ассоціація предполагаетъ въ своихъ членахъ извѣстную степень развитія взаимнаго довѣрія и доброй совѣсти (bona fides),—качества, совершенно непризнанныя римскимъ правомъ времени господства законовъ XII таблицъ. Societas могла возникнуть только при переходѣ къ новому быту и новому строю юридическихъ понятій, и впервые она имѣла вѣроятно только преходящее значеніе: соучастники (socii) складывались для пріобрѣтенія общаго имущества [12]), и затѣмъ сейчасъ же приступали къ дѣлежу. Съ дальнѣйшимъ развитіемъ правовой жизни дѣлежъ сталъ возможенъ также, какъ исходъ болѣе или менѣе продолжительнаго сохозяй-

[10]) При a. com. div. подобно тому, какъ и при R V., притязаніе основывалось на правѣ собственности. L. 4 pr D. com. div. 10. 3.

[11]) L 6 § 11 D com div. 10 3

[12]) Ср. примѣръ въ L 2 pr D. eod.

ства. Для достиженія цѣлей дѣлежа старое право не располагало годными средствами. Rei vindicatio была здѣсь непримѣнима, ибо дѣло шло не о пропорціональномъ долямъ каждаго соучастника дробленіи имущества, а о такомъ раздѣлѣ, который представлялъ бы наиболѣе выгодъ при данныхъ экономическихъ условіяхъ; необходимо было arbitrium.[13]) Вмѣстѣ съ этимъ раздѣлъ долженъ былъ сообразоваться со всевозможными, связанными съ общимъ пріобрѣтеніемъ и хозяйствомъ разсчетами соучастниковъ,—была необходима bonae fidei actio, и такою именно явилась a. com div. [14]). Въ источникахъ этотъ искъ появляется вездѣ въ тѣсной связи съ societas, другіе же случаи примѣненія его фигурируютъ тамъ, какъ нѣчто второстепенное и добавочное [15]).

Итакъ a. com. div. не принадлежитъ старому праву, и была съ момента появленія своего искомъ bonae fidei.

То же слѣдуетъ сказать объ a. commodati. Если ссуда существовала въ эпоху XII таблицъ, то она не была конечно договоромъ bonae fidei, и интересы собственности могли при ней охраняться въ достаточной мѣрѣ путемъ rei vindicatio и a. furti. Самостоятельная a. commodati явилась много позднѣе, когда ссуда индивидуализировалась въ форму контракта bonae fidei [16]).

---

[13]) Ср. L. 6 § 9. 10 D. com. div. 10. 3.

[14]) L. 4 § 2, 14 § 1 D. h. t 10 3.

[15]) Срав. Gaj. IV § 42, Paul. Sent. Rec. I. 18 § 5, Ulp. XIX § 16. Въ § 20 Inst de act. 4. 6. находится обобщенное опредѣленіе a. com. div.

[16]) Источники не знаютъ о существованіи въ законѣ XII таблицъ особой a. commodati, тогда какъ упоминаютъ о древней a. depositi. Paul. in Collat. X 7 § 11.

Что касается наконецъ до a. rei uxoriae, то этотъ искъ долженъ былъ образоваться позднѣе cautiones rei uxoriae, время происхожденія которыхъ въ свою очередь связано съ временемъ появленія въ римской жизни разводовъ [17]). Подобно разсмотрѣннымъ выше искамъ a. rei uxoriae явилась въ періодъ новаго римскаго права, какъ искъ bonae fidei

2

Корень различія a. stricti juris и a bonae fidei лежалъ въ различіи принциповъ, руководившихъ судьею въ томъ и другомъ случаѣ при обсужденіи имъ спорнаго правоотношенія; а видимымъ результатомъ этого различія была отсутствовавшая въ первомъ случаѣ, и предоставленная судьѣ во второмъ власть свободно оцѣнить размѣръ отвѣтственности виноватаго и связать его на будущее время путемъ cautiones [18]). Но когда exceptio и clausula doli обрѣзали дѣйствіе принциповъ стараго права и приблизили stricti juris judicium къ bonae fidei judicium, тогда долженъ былъ сгладиться первый моментъ различія обоихъ видовъ иска и сохраниться только его второй моментъ. Дѣйствительно, въ институціяхъ Юстиніана этотъ второй моментъ представляется какъ исчерпывающій собою отличительныя черты a. bonae fidei [19]). Вслѣдствіе такого измѣненія въ юридическомъ созерцаніи иски bonae fidei должны были приблизиться къ нѣкоторымъ искамъ стараго права,

---

[17]) Ihering Geist III § 52 стр. 69 (2 изд.).

[18]) § 30 Inst. de action. 4. 6 In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et eaquo aestimandi.—Въ связи съ такою властью стоитъ juramentum in litem, L. 3 § 2 D. commod. 13. 6.—О cautiones см. L. 38 D. pro socio 17. 2.

[19]) § 30 Inst. cit.

которые, не будучи основаны на принципахъ bonae fidei, открывали тѣмъ не менѣе широкую область усмотрѣнію судьи при опредѣленіи имъ количества присуждаемаго. Уже во время Цицерона мѣшались представленія объ arbitria и b. f. judicia [20]); въ позднѣйшей юриспруденціи это смѣшеніе могло развиться еще болѣе, и какъ результатъ его, явилось причисленіе a. familiae erciscundae къ числу исковъ bonae fidei. Опредѣленно выраженнымъ мы встрѣчаемъ его въ первый разъ только въ императорскомъ постановленіи III вѣка по P. X [21]), и во всякомъ случаѣ оно не сопровождалось полнымъ преобразованіемъ a. fam. ercis, которая по дигестамъ представляется смѣсью двухъ противоположныхъ элементовъ—стараго и новаго [22]).

Подобнымъ же образомъ къ искамъ b. f. могла приблизиться и hereditatis petitio, которую мы встрѣчаемъ при Юстиніанѣ въ ихъ средѣ

3.

Остается изслѣдовать способъ происхожденія остальныхъ двухъ исковъ bonae fidei: a. tutelae и a. depositi. Эти иски, какъ мы увидимъ, не были передѣланными старыми исками, а исками вновь

---

[20]) Cicero Topica 17 § 66 и pro Roscio commoedo 4 §§ 11—13.

[21]) L. 9 Cod. fam. erc 3. 36, ср. L. 3 Cod. com. utriusque 3 38.

[22]) L 44 § 2 D. fam.e rc. 10. 2. Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt et in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae judicio praestabunt ei qui afuit vel hereditatis petitione: съ одной стороны взысканіе за dolus, съ другой-опредѣленная оцѣнка убытка.—Ср. L. 20 § 4 D. eod съ L. 4 § 2 D com. div. 10. 3 —Въ всемъ титулѣ о fam. erc. actio не упоминается ни разу о juramentum, ни о cautiones, ни о неограниченномъ осужденіи за нарушеніе bona fides.

образованными и параллельными искамъ стараго права, служившимъ къ осуществленію цѣлей опеки и поклажи.

Яснѣе это можетъ быть обнаружено относительно a. tutelae. Названный искъ преслѣдуетъ опекуна за dolus, culpa и за уклоненіе отъ quanta in suis rebus diligentia [23]); вмѣстѣ съ тѣмъ судья имѣетъ право назначить неограниченное, по своему усмотрѣнію, взысканіе съ отвѣтчика [24]). Два указанныя свойства, представляя собою выраженіе того обстоятельства, что искъ принадлежитъ къ разряду bonae fidei judicia, отличаютъ его отъ другаго, подобнаго ему иска: a. rationibus distrahendis. Назначеніе этого послѣдняго заключается также въ защитѣ интересовъ малолѣтняго противъ злоупотребленій опекуна, a. ration. distrahendis преслѣдуетъ опекуна за растрату вещей его питомца, но требуетъ опредѣленной оцѣнки потери [25]) и присуждаетъ отвѣтчика къ уплатѣ двойной цѣны растраченнаго [26]). Опредѣленность оцѣнки и невниманіе къ ущербамъ въ болѣе широкомъ смыслѣ обличаютъ, и помимо прямаго

---

[23]) L. 1 pr. D. de tut 27. 3.

[24]) § 30 Inst. de action. 4. 6, L. 7 pr. D. de adm. tut. 26. 7.. ut teneatur in id quod pupilli interest, quod ex jurejurando in litem aestimatur.

[25]) L. 1 § 20 D. de tut. 27. 3.... in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem.—L. 2 pr. D. eod. Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit —Puchta Pandekten § 353 ограничиваетъ примѣненіе a. rat. distr. случаемъ, когда утрачена одна вещь. Вѣроятно такъ было въ новомъ римскомъ правѣ, когда для преслѣдованія растратъ многихъ вещей существовала болѣе удобная a. tutelae; но нѣтъ указаній на то, что a. rat. distr. была неспособна выполнять и послѣднюю функцію.

[26]) L. 55 § 1 D de adm. tut. 26. 7, и L. 1 § 20 cit.

свидѣтельства [27]), древность происхожденія иска. Далѣе этого не могло бы идти и первоначальное дѣйствіе a. tutelae, буде она существовала въ древнее время. Поэтому, если допустить, что a tutelae въ томъ видѣ, какъ она фигурируетъ въ источникахъ, есть не вновь образованный, а передѣланный старый искъ, то въ результатѣ получится существованіе въ древнемъ правѣ двухъ совершенно тождественныхъ исковъ;—но такъ какъ подобный результатъ неправдоподобенъ, то слѣдуетъ остановиться на другомъ предположеніи и видѣть въ a. tutelae новый искъ, образованный въ дополненіе къ a. r. d. въ то время, когда понятіе объ отвѣтственности опекуновъ расширилось на столько, что древній искъ пересталъ удовлетворять своему назначенію [28]). Оба иска существовали одновременно рядомъ и лицо, преслѣдовавшее своего бывшаго опекуна могло по выбору пользоваться однимъ изъ нихъ [29]).

Есть основаніе думать, что образованію a. tutelae предшествовало образованіе другаго правоваго средства, назначеннаго къ устраненію недостатковъ a. rat. distr., такъ что a tutelae занимала на этомъ пути уже второе мѣсто Источники свидѣтельствуютъ, что во время классической юриспруденціи опекунъ, кромѣ отвѣтственности по a. tutelae, могъ быть подвергнутъ также отвѣтственности по иску изъ стипуляціи, которую онъ давалъ предъ нача-

---

[27]) L. 55 § 1 cit. Walter Geschichte des rom. R. II § 553, Ihering Das Schuldmoment стр. 36.

[28]) Путемъ соображеній другаго рода приходитъ къ тому же результату Ihering Schuldmoment стр. 35 сл.

[29]) L. 21 D. de tut. 27. 3. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam peremptа est.

ломъ опеки и которая имѣла своею цѣлью гаранти ровать исправное веденіе опеки [30]). Искъ, вытекавшій изъ такой стипуляціи, былъ подобенъ a. tutelae какъ въ отношеніи своего дѣйствія [31]), такъ и въ отношеніи области своего примѣненія [32]). Главная черта различія этихъ двухъ исковъ лежала не въ матеріальныхъ послѣдствіяхъ, а въ способахъ ихъ юридической конструкціи. Тогда какъ a. tutelae вытекала непосредственно изъ юридическихъ отношеній опекуна къ лицу, находившемуся подъ его опекой,—a. ex. stipulatu не предполагала подобнаго источника обязанностей опекуна, и для существованія ея была необходима особая cautio rem pupilli salvam fore, сопровождаемая поручительствомъ [33]). Такъ какъ, съ одной стороны, отказъ отъ опекунства не былъ предоставленъ свободному усмотрѣнію частныхъ лицъ [34]), а съ другой—cautio r. p s. f. во многихъ случаяхъ была необходимымъ условіемъ принятія опеки [35]), то нужно думать, что со-

---

[30]) Gaj. I § 199, Inst. 1. 24 de satisd. tut., D. 46. 6. rem pup. salv. fore.

[31]) L. 9 i. f. D. rem pup. 46. 6... quod enim in tutelae judicium venit, hoc et ea stipulatione continetur.—L. 11 D. eod..... nam et si salva ei res sit, ob id non est, quia, quod ex tutela dari fieri oportet, non solvitur. Если въ послѣднемъ случаѣ видѣть намекъ на то, что cautio r. p. s. f. ограничивалась первоначально буквальнымъ значеніемъ rem salvam fore, то это еще болѣе потвердитъ слѣдующіе въ текстѣ выводы.

[32]) L. 4 § 6 D. eod... ex quibus causis diximus tutelae agi non posse, ex isdem causis ne ex stipulatu rem salvam fore agi posse dicendum est.—Ср. L. 1, 4 § 3, 4 § 4 D eod и L. 16 pr. D. de tut. 27. 3.

[33]) L 4 § 1 D. r. p. s. f. 46. 6 Cavetur autem pupillo hac stipulatione per satisdationem; ср. L 4 § 2 eod.

[34]) Ср. Puchta Pandekten §§ 340 сл.

[35]) Безъ нея обходились опекуны, назначенные по завѣщанію: Gaj. I § 200; но не всегда: § 1 Inst. de satisd. 1. 24.

вершеніе этой cautio часто вынуждалось преторомъ, о чемъ существуетъ и положительное свидѣтельство [36]). Такимъ образомъ cautio r. p. s. f. принадлежитъ къ числу тѣхъ искусственныхъ средствъ римской юриспруденціи, посредствомъ которыхъ она косвеннымъ путемъ налагала на частныя лица обязанности Прямыя средства должны быть моложе косвенныхъ, и поэтому естественно видѣть въ cautio r. p. s. f. первую по времени попытку къ расширенію опекунскихъ обязанностей, а въ a. tutelae уже вторую. Поручительство, сопровождавшее первое изъ этихъ средствъ и не имѣвшееся въ виду при второмъ изъ нихъ, содѣйствовало тому, что названная cautio сохранилась въ употребленіи и послѣ образованія a. tutelae.

Другой примѣръ параллельнаго иска представляетъ a. depositi. Законъ XII таблицъ зналъ искъ о поклажѣ, направленный къ взысканію двойной цѣны вещи съ лица, принявшаго ее на сохраненіе [37]). Хотя дальнѣйшія подробности объ этомъ искѣ не дошли до насъ, однако мы не имѣемъ никакого основанія думать, что онъ отличался въ существенныхъ своихъ чертахъ чѣмъ-либо отъ прочихъ исковъ стараго права. Опредѣленность оцѣнки и строгое ограниченіе предѣлами своего непосреднаго назначенія должны были быть его свойствами [38]).—Противоположными свойствами обладалъ

---

[36]) Gaj. I § 199.... curat praetor, ut et tutores et curatores... satisdent. – ib. § 200... tutores testamento dati satisdare non coguntur.

[37]) Paul. in Collat. X 7 § 11. Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur.

[38]) Назначеніе это заключалось въ преслѣдованіи лица хранившаго вещь, въ случаѣ совершенія имъ furtum; см. Ihering Schuldmoment стр. 30 сл.

въ качествѣ a. bonae fidei искъ о поклажѣ, формулированный преторомъ [39]). Не требуя уплаты двойной потери, онъ допускалъ болѣе широкое пониманіе интересовъ истца и велъ, по обстоятельствамъ, къ неограниченному по усмотрѣнію судьи осужденію отвѣтчика [40]); вмѣстѣ съ этимъ онъ сообразовался и съ интересами этого послѣдняго [41]).

Было высказано предположеніе, что законы XII таблицъ вовсе не знали самостоятельнаго иска о поклажѣ и что римскій юристъ, упомянувшій о такомъ искѣ (прим. 41), имѣлъ въ виду обыкновенный искъ противъ вора, примѣнявшійся и для защиты поклажи. Это предположеніе основано на томъ соображеніи, что при признаніи существованія въ законахъ XII таблицъ самостоятельной и ведшей къ осужденію in duplo a depositi останется непонятнымъ, зачѣмъ этотъ искъ былъ низведенъ позднѣе на simplum [42]). Но я думаю, что происшедшая въ новомъ римскомъ правѣ реформа иска о поклажѣ заключалась не только въ низведеніи осужденія съ, duplum на simplum, но въ преобразованіи всего характера названнаго иска. Вышеуказанныя свойства, которыми обладала новая actio depositi, не только выкупали вполнѣ устраненіе condēmnatio in duplum, но давали ей большое преимущество предъ старымъ

---

[39]) Paul. in Collat. X 7 § 11 Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum — ср. L. 1 § 1 D. depos. 16. 3. Формула была двоякая: одна in jus другая in factum Gaj. IV § 47.

[40]) L. 1 §§ 23. 24 D. depos. 16. 3. Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet. Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.—L. 1 § 26 D. eod. In depositi quoque actione in litem juratur —Ср. L. 12 § 1 D. eod.

[41]) L. 5 pr. D. eod.

[42]) Ihering Schuldmoment стр. 32.

искомъ. Такимъ образомъ процессъ развитія исковъ о поклажѣ не пострадаетъ въ своей ясности, когда мы примемъ, что въ правѣ XII таблицъ существовала особая a. depositi, отличная по характеру отъ позднѣйшей. Если взглядъ на правонарушеніе, какъ на furtum, былъ господствующимъ въ древнемъ правѣ, то изъ этого нельзя еще заключать, что защита противъ всѣхъ правонарушеній была конструирована въ формѣ одного общаго иска; такое обобщеніе трудно ладится съ казуистичностью и формализмомъ древняго юридическаго мышленія, и естественнѣе думать, что соотвѣтственно отдѣльнымъ формамъ правонарушеній въ древнемъ правѣ существовали отдѣльные иски. Въ основаніи такихъ исковъ лежалъ одинъ, общій имъ всѣмъ, принципъ, но онъ не былъ высказанъ открыто въ какой-нибудь словесной формулѣ.

Я думаю, что консерватизмъ юриспруденціи можетъ дать удовлетворительное объясненіе причины происхожденія параллелизма исковъ: юристы не посмѣли дотронуться до древнихъ исковыхъ формулъ, хотя бы для того, чтобы вставить въ нихъ небольшую фразу „ex fide bona“, а сочли за болѣе удобное создавать новые, совершенно самостоятельные иски. Съ такимъ объясненіемъ не стоитъ въ разрѣзъ причисленіе hereditatis petitio и a. familiae erciscundae къ числу исковъ bonae fidei, ибо это причисленіе случилось уже въ то время, когда борьба новыхъ идей со старыми отошла въ область прошедшаго и консерватизмъ значительно ослабѣлъ. Что же касается до немногочисленности параллельныхъ исковъ, то она объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что они не представляли собою единственнаго средства измѣненія характера судебной защиты старыхъ инсти-

тутовъ. Въ exceptio римская юриспруденція нашла другой путь къ достиженію той же цѣли, и благодаря сравнительно большей простотѣ своей конструкціи это послѣднее средство быстро распространилось по процессуальной сферѣ, занявъ въ ней первенствующее мѣсто.

V.

Exceptio [1]).

Въ исторіи науки иногда, случается что развитіе литературной разработки какого-нибудь явленія нестолько служитъ къ выясненію и опредѣленію его природы, сколько, напротивъ, затемняетъ ея пониманіе, направляя его на совершенно ложную дорогу. При первомъ взглядѣ, брошенномъ на явленіе, замѣчаются лишь наиболѣе яркія его свойства и отношенія, которыя и ложатся въ основаніе первоначальной его теоріи; если при этомъ ихъ яркость пропорціональна ихъ дѣйствительной важности, то теорія стоитъ довольно близко къ истинѣ. Но, по мѣрѣ того, какъ послѣдую-

---

[1]) Gaj. IV §§ 115—125.

Inst. 4. 13 de exceptionibus.

Dig. 44. 1. de exceptionibus, и слѣд. глав.

Cod. 8. 36 (35) de exceptionibus.

Albrecht Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt 1835. §§ 1—19.

Savigny System des heut. röm. Rechts 1841. V §§ 226—228.

Branckenhoeft Beitrag zur Lehre von den Exceptionen und der Verschiedenheit zwischen jus civile und honorarium (въ Zeitschrift für Civilrecht und Process XVI. 1842 стр. 149).

Helmolt Verhältniss der Exceptionen zur Beweislast. 1852.

Pfeiffer Ueber die dilatorischen Einreden und die Processeinwendungen (Zeitschrift fur Civilreht und Process 1853. XI стр. 84).

Voeldendorf Sind die moderne Einrede und die Römische ex-

щія изслѣдованія углубляются все болѣе и болѣе въ изученіе даннаго предмета, они выводятъ наружу множество другихъ его свойствъ и отношеній, которыя, подъ вліяніемъ различныхъ посторонних побужденій, могутъ показаться изслѣдователямъ не менѣе, а иногда и болѣе важными, чѣмъ замѣченныя первоначально, такъ что ученые, бросивъ старую теорію, примутся за построеніе новыхъ теорій, отводящихъ вновь замѣченнымъ свойствамъ и отношеніямъ наиболѣе видное мѣсто и совершенно устраняющихъ старыя объясненія. Хотя подобныя теоріи оказываются по большей части неспособными устранить порождаемыя ими недоразумѣнія въ пониманіи объясняемаго ими предмета, и хотя ихъ неудовлетворительность чувствуется довольно сильно, однако онѣ не проходятъ въ исторіи науки безслѣдно, но, спутывая понятія, задерживаютъ на болѣе или менѣе длинный промежутокъ времени разрѣшеніе научныхъ вопросовъ.

---

ceptio ihrem Begriffe nach verschieden? und was ist der Grund hiervon (тамъ же стр. 290).

Keller Der romische Civilprocess und die Actionen 1863 (3 изд.) §§ 34–36.

Bethmann-Hollweg Der romische Civilprocess II. § 99 1865.

Bulow Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen 1868.

Bar Zur Lehre von den Processeinreden und Einreden uberhaupt (въ Archiv fur die civilistische Praxis LII (II) 1869 стр. 431).

Ortolan Explication historique des instituts de l'empereur Justinien III. 1870 (8 изд.) §§ 1945 сл. и 2248 сл.

Eisele Die materielle Grundlage der Exceptio 1871.

Ihering Geist des romischen Rechts III. 1871 (2 изд.) § 52.

Bekker Die Aktionen des romischen Privatrechts II 1873. Beilage P. Ueber das Princip der Exceptionen

Birkmeyer Die Exceptionen im bonae fidei judicium 1874. (Критику этой книги, написанную Eisele см. въ Kritishe Vierteljahrschrift. f Gstzgbg. и Rw. 1874 стр 501).

Образецъ такихъ теорій представляетъ въ исторіи римскаго права ученіе объ exceptio. Семьдесять лѣтъ тому назадъ появилось сочиненіе [2]), которое, обративъ главное вниманіе на связь exceptio съ преторской юрисдикціей и на отношеніе exceptio къ jus civile, дало этому явленію историческое объясненіе, близко подходящее къ истинѣ; но отъ послѣдующихъ изслѣдователей оно заслужило только упрекъ въ неполнотѣ и небрежности и не оказало на нихъ никакого вліянія. Чѣмъ далѣе шли изслѣдованія, тѣмъ болѣе терялась изъ виду связь, существовавшая между exceptio и противоположностью преторскаго и стараго права, а вмѣсто нея выступили на первый планъ матеріальное значеніе exceptio и отношеніе ея къ aequitas, и, понятыя неправильно, повели къ теоріямъ, совершенно исказившимъ природу exceptio Хотя изрѣдка раздавались голоса въ пользу оставленной теоріи [3]), но они не произвели особаго дѣйствія, такъ какъ противъ нихъ до послѣдняго времени были первые авторитеты науки.

Три главныя ошибки находятъ себѣ мѣсто въ господствующихъ представленіяхъ объ exceptio: во-первыхъ, неправильно видятъ въ exceptio средство, назначенное и способное (въ римскомъ правѣ) служить цѣлямъ юридически несходнымъ съ цѣлями, достигаемыми прочими средствами судебной за-

---

[2]) Hummel Berichtigung der gewöhnlichen Theorie uber die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben nach romischem und heutigem Recht. 1804. Я не имѣлъ возможности достать это сочиненіе и сужу о немъ по отчету, сдѣланному Birkmeyr'омъ ук. соч. стр 13.

[3]) Подробныя изслѣдованія въ этомъ направленіи находимъ у Albrecht'a и Eisele ук. соч.—Ihering и Ortolan высказываются также противъ господствующаго ученія. – Ср. также Bar ук соч. стр. 459.

щиты; во вторыхъ, неправильно понимаютъ историческую связь, существовавшую между exceptio и aequitas; и въ третьихъ, ученіе объ exceptio въ „матеріальномъ“ и „процессуальномъ“ смыслѣ формулируютъ не согласно съ римскимъ правомъ.

Впадающіе въ эти ошибки обыкновенно подкрѣпляютъ себя ссылками на источники, но я думаю, что ближайшею причиною заблужденій служитъ не столько неясность ученія римскаго права объ exceptio, сколько присущее современнымъ изслѣдователямъ стремленіе понимать опредѣленія римскихъ юристовъ въ смыслѣ, наиболѣе подходящемъ къ современнымъ юридическимъ понятіямъ. Недостатокъ объективизма вообще характеризуетъ современное отношеніе къ римскому праву. Свойственное намъ стремленіе къ обобщенію юридическихъ нормъ и къ подчиненію частностей общимъ принципамъ, въ связи съ представленіемъ объ объективномъ правѣ, какъ о системѣ единой и цѣльной, не оставляетъ насъ при толкованіяхъ римскаго права и мѣшаетъ намъ видѣть многія римскія опредѣленія и классификаціи въ ихъ истинномъ свѣтѣ. Хотя мы нѣсколько и привыкли при анализѣ опредѣленій римскаго права различать ихъ догматическій и историческій элементы, выключая изъ перваго все то, что не можетъ имѣть мѣста при единствѣ правовой системы, и занося во второй всѣ тѣ опредѣленія, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ ея двойственности, однако все-таки не будетъ преувеличеніемъ сказать, что въ настоящее время обыкновенно предполагаютъ въ римскомъ правѣ гораздо болѣе догматизма, другими словами,—логической систематичности, выходящей изъ одного принципа, чѣмъ ея заключается тамъ на самомъ дѣлѣ, и стрем-

леніе подводитъ нормы римскаго права подъ одно начало дѣйствуетъ болѣе, чѣмъ нужно

Такимъ образомъ случилось, что всѣ опредѣленія, относящіяся къ exceptio, стали толковаться по возможности согласно съ господствующими теперь юридическими нормами. Въ дѣлаемомъ римскими юристами различіи между способами защиты: ipso jure и ope exceptionis ученые увидѣли различіе дѣйствительное, а изъ даннаго тѣми же юристами описанія юридической природы exceptio вывели противоположныя свойства прочихъ средствъ защиты; изъ указанія, что содержаніе exceptiones черпается изъ aequitas, заключили, что юридическое признаніе aequitas есть причина появленія exceptio; наконецъ, благодаря догматическому тону римскихъ опредѣленій, поставившихъ общія правила и не обозначившихъ исключенія, предположили согласіе общихъ правилъ со всею массою явленій и старались объяснить всю систему exceptiones однимъ принципомъ

Я разсмотрю подробно эти ошибки.

1.

„Кто пользуется exceptio“, говоритъ Ульпіанъ, „тотъ является истцомъ“. [1]) Exceptio представляется искомъ противоположнымъ иску истца, но такъ какъ каждый искъ предполагаетъ за собою самостоятельное право, то, слѣдовательно, во всѣхъ случаяхъ примѣненія exceptio надо признать за отвѣтчикомъ существованіе особаго права и видѣть въ противоположности actio и exceptio столкновеніе двухъ

[1]) L. 1. 2. D. h. t. 44. 1. Agereetiam is videtur qui exceptione utitur; nam reus in excepticne actor est. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

правъ. Сличеніе словъ Ульпіана съ другими мѣстами источниковъ подтверждаетъ такое толкованіе. Вездѣ, гдѣ римскимъ юристамъ приходится говорить объ отношеніи exceptio къ actio, ими высказывается очень ясно и опредѣленно то положеніе, что право, служащее къ защитѣ отвѣтчика, истекаетъ изъ обстоятельства, лежащаго внѣ юридическаго отношенія, на которое опирается истецъ, такъ что право, защищаемое искомъ, несмотря на присутствіе подобнаго обстоятельства, нисколько не уничтожается, ни измѣняется имъ: exceptio не затрогиваетъ существованія истцова права, а лишь устраняетъ его проявленіе [5])

Если въ столкновеніи actio и exceptio выражается столкновеніе двухъ различныхъ правъ, то прежде всего надо опредѣлить свойство ихъ различія. Такое требованіе можетъ показаться страннымъ современному юристу, которому извѣстенъ лишь одинъ родъ различій въ правахъ. различіе по содержанію; но римскому юристу было извѣстно и другое различіе, именно различіе по источникамъ, имѣвшее для него такое же догматическое значеніе, какъ и первое [6]), и это-то обстоятельство было упущено изъ виду многими современными юристами при толкованіяхъ ими приведенныхъ словъ Ульпіана и др.

Римскіе юристы говорятъ о различіи втораго рода, новые же ученые приняли его въ первомъ смыслѣ. Рельефный примѣръ послѣдняго пониманія представляетъ слѣдующая выписка:

---

[5]) Gaj. II § 84, 198, III § 168, IV 116, §§ 1—5 Inst. h. t. 4 13, L. 36 D. de V O. 45. 1 и др. Общее положеніе объ отношеніи exceptio къ actio повело къ нѣкоторымъ частнымъ правиламъ, рѣчь о которыхъ будетъ въ слѣдующей главѣ.

[6]) Ср. объ этомъ слѣд. главу.

„Праву истца и его осуществленію (Geltendmachung) можетъ противостоять обстоятельство, наступившее или при возникновеніи этого права (напр. принужденіе къ заключенію юридической сдѣлки, установившей его), или же послѣ (напр. возникновеніе противнаго требованія способнаго къ компенсаціи), это обстоятельство не уничтожаетъ права, которое, несмотря на него, существуетъ ipso jure, но лишь даетъ отвѣтчику право требовать полнаго или частичнаго освобожденія отъ отвѣтственности по иску Это право отвѣтчика представляется въ противоположность отрицанію (Negation) иска вторымъ средствомъ защиты и называется exceptio въ матеріальномъ смыслѣ На основаніи этого, exceptio есть противолежащее истцову требованію право отвѣтчика, которое, несмотря на то, что право истца существуетъ ipso jure (и слѣд. не можетъ отрицаться), лишаетъ его дѣйствія [7])

Справедливо было замѣчено, что не столько вѣрность принципа, сколько присутствіе принципа вообще составляетъ силу этой теоріи [7*]). Опредѣленіе области exceptio приведено здѣсь въ связь съ противоположеніемъ этого рода защиты защитѣ ipso jure въ современномъ ея значеніи, и въ результатѣ получилась классификація, которая можетъ быть вполнѣ умѣстна въ современныхъ системахъ права (что составляетъ вопросъ, выходящій за предѣлы настоящаго изслѣдованія), но которая совершенно чужда римскому праву. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только обозрѣть содержаніе римскихъ exceptiones.

Въ ряду exceptiones дѣйствительно встрѣчаются такія, которыя содержатъ въ себѣ ссылку отвѣтчика на право, своимъ содержаніемъ отличное отъ права истца; такъ напр. право собственности противополагается праву добросовѣстнаго владѣнія, право залога или какое нибудь обязательственное отноше-

[7]) Puchta Pandeckten § 93, ср. его же Cursus der Inst. II § 170, ср. Savigny System § 225 сл., Bethman-Hollweg и Helmolt ук. соч.

[7*]) Bekker ук. соч. II стр. 275

ніе — праву собственности, одно право залога другому подобному же, или одно обязательство другому обязательству [8]). Сюда же надо причислить exceptiones, которыя, указывая на обстоятельство, временно устраняющее проявленіе права истца, лишаютъ его искъ силы навсегда; этотъ родъ exceptiones содержитъ въ себѣ штрафъ за преждевременное вчинаніе иска и въ этомъ значеніи представляетъ не что иное, какъ пересаженное на новую почву древнее наказаніе за pluspetitio [9]) Но рядомъ съ ними существуетъ большое количество exceptiones иного характера.

Когда exceptio указываетъ на особенность въ содержаніи юридической сдѣлки,—особенность, исключа-

---

[8]) Таковы: exceptio justi dominu противъ a. Publiciana (L. 16 D. de P. A 6 2.), e pignerаticia противъ rei vindicatio (L 6 § 9 com. div. 10. 3), e rei venditae et traditae (D. 21. 3, ср. Ihering Geist III стр. 62 и стр. 82 nota 90. - Ср. e. doli въ L. 17 D. de eviction. 21 2, L. 7 § 3 i. f D de jure dotium 23. 3) e. rei ususfructus nomine traditae (L. 7 pr. D. usufr quemad. 7. 9, ср. Ihering l. c.), e doli, направленную къ взысканію съ истца издержекъ, сдѣланныхъ отвѣтчикомъ на спорную вещь (Gaj. II §§ 76—78, L. 4 § 9 и L. 5 § 2 D de doli mali exc 44. 4, L. 41 pr D. loc com. 19 2), e. „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata“ (L. 12 pr. qui potiores 20. 4), e. doli t n. compensationis § 30 Inst. de act 4 6, ср Puchta Pandecekten § 290).—Къ указаннымъ въ текстѣ случаямъ можно прибавить еще нѣсколько, ср напр. L. 7 § 2 D ad. Sc. Maced 14. 6., L. 12 pr D. de P. A. 6. 2., L. 1 § 4 D. de superfic. 43. 18, L. 1 § 3, 3 § 5 D. de liber exhib. 43. 30.

[9]) Таковы e litis dividuae, e. rei residuae и e. pacti conventi temporalis (Gaj. IV §§ 56. 122, L. 3 D. h. t. 44. 1.) - О ихъ дѣйствіи на искъ см. Gaj. IV § 123, о связи съ pluspetitio ср. § 10 (9) Inst. h. t. 4 13. — Къ этой же группѣ надо отнести e. cognitoriae (Gaj. IV § 124) и тѣ exceptiones, которыя содержатъ въ себѣ требованіе по количеству своему меньшее, чѣмъ требованіе истца, но тѣмъ не менѣе уничтожаютъ его вполнѣ (ср. Gaj. II §§ 76—78 и др.).—Мнѣніе, противное выраженному въ текстѣ, см. Albrecht ук. соч. стр. 24 nota 15.

ющую сдѣлку изъ подъ дѣйствія общей нормы [10]), или когда exceptio указываетъ на законъ, отнявшій у истца право иска [11]), тогда въ ней не заключается никакой ссылки на самостоятельное право отвѣтчика. Когда договоръ, наложившій на отвѣтчика обязательство, былъ заключенъ подъ вліяніемъ страха, либо обмана, причиной чего былъ истецъ, или подъ вліяніемъ собственнаго заблужденія отвѣтчика, когда обѣщаніе сдѣлано по непозволительному мотиву (ob turpem causam), когда вещь куплена у одного изъ тяжущихся и притомъ не владѣющаго ею, когда дареніе сдѣлано безъ соблюденія условій, предписанныхъ закономъ (lex Cincia), когда женщина вопреки закону (Sc. Vellejanum) приняла на себя поручительство, или когда вопреки закону же (Sc. Macedonianum, подвластный сынъ (filiusfamilias) заключилъ заемъ,—тогда, во всѣхъ этихъ случаяхъ, буде они повели къ судебному спору, отвѣтчикъ можетъ въ формѣ exceptio [12]) сослаться на одно изъ указанныхъ обстоятельствъ, и очевидно, что exceptio основывается здѣсь на недостаткахъ самого способа установленія истцова права [13]), а не на обстоятель-

---

[10]) Напр. e. утверждающая, что подарокъ сдѣланъ мужемъ женою alimentorum nomine L. 22 D de pact. dot. 23. 4, или e. и repli catio, упоминаемыя въ L. 48 D. de procur. 3 3.

[11]) E. senatusconsulti Trebelliani L. 1 § 4 D. ad Sc. Treb. 36. 1.

[12]) Exceptio quod metus causa, e. doli mali, e. in factum (Gaj IV § 117, § 1 I. h. t. 4. 13, ср L. 4 § 33 de dol. exc. 44. 4, L 36 D. de V. O. 45 1, ср. Ortolan § 2259) e. doli (L 8 D. de cond. ob turp c. 12. 5) e. litigiosae rei emptae a non possidente (Gaj. IV § 117), e. legis Cinciae (Frg. Vat. § 310), e senatusconsulti Vellejani (D 16 1), e Sc. Macedoniani (D 14. 16). — Къ случаю ошибки можно отнести и exceptio въ L. 84 § 5 D. de leg. 1. занимающую Birkmeyr'a на стр 229 слѣд., ср. L. 29 D. a. e. v. 19. 1.

[13]) Ср. Ihering Geist III стр 61.—См интересное разсужденіе юриста въ L. 42 D a. e. v. 19. 1.; здѣсь онъ отрицаетъ возмож-

ствахъ, лежащихъ внѣ его; если въ иныхъ случаяхъ у отвѣтчика можетъ быть какое-нибудь право, то оно находится въ неразлучной связи съ истцовымъ правомъ, и оба эти права вытекаютъ изъ одного и того же источника. Точно также не можетъ быть рѣчи о самостоятельномъ правѣ отвѣтчика, когда обстоятельство, служащее основаніемъ для exceptio, наступило послѣ возникновенія истцова права, главный примѣръ чего представляетъ pactum de non petendo [14]), ибо при единствѣ правовой системы соглашеніе о прощеніи долга, или объ отсрочкѣ его платежа представляетъ собою актъ, уничтожающій или измѣняющій первоначальное обязательство [15]); подобное же значеніе имѣетъ уплата долга безъ соблюденія формальныхъ условій, коль скоро она защищена закономъ [16]). Къ группѣ фактовъ, непосредственно касающихся стараго правоотношенія, надо отнести присягу, мировую сдѣлку и судебное рѣшеніе [17]), также vis major, препятствующую осу-

ность exceptio doli потому, что dolus лежитъ внѣ того отношенія, изъ котораго вытекаетъ actio, а вмѣсто того предлагаетъ compensatio.

14) E. pacti conventi Gaj. IV § 116, § 3 Inst. h. t 4. 13.

15) Этотъ принципъ дѣйствительно былъ признанъ римлянами относительно дѣйствія pactum на obligationes bonae fidei, ср L. 7 § 6 de pactis 2. 14. nam si potest tota res tolli cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur.,также относительно дѣйствія соглашенія на обязательства ex delicto, прекращеніе которыхъ чрезъ pactum было дозволено старымъ правомъ см. L. 17 § 1 ibid. Что же касается до вліянія pactum на прочія обязательства stricti juris, то объ этомъ предметѣ господствовало противоположное мнѣніе, которое выражалось довольно опредѣленно какъ въ общихъ положеніяхъ (выше примѣч. 5), такъ и въ частныхъ, ср. L 27 § 2. D de pactis 2 14, что вполнѣ объясняется двойственностью юридической системы.

16) Gaj II § 84.

17) (Jusjurandum) in locum solutionis succedit L 28 § 1 D. de

ществленію обязательства [18]). Наконецъ не представляется никакой нужды признавать за отвѣтчикомъ существованіе особаго права въ тѣхъ случаяхъ. гдѣ въ защиту ему обращается невыполненіе истцомъ нѣкоторыхъ обязанностей, предварительное (предъ вчинаніемъ иска) выполненіе которыхъ сочтено необходимымъ объективною нормою, или частнымъ соглашеніемъ [19]).

Хотя римскіе юристы находятся подъ сильнымъ давленіемъ представленія о неизмѣняемости права истца, имѣющаго противъ себя exceptio, но мѣстами, гдѣ имъ приходится смотрѣть на противоположеніе этого права и exceptio съ точки зрѣнія ихъ юридическаго содержанія, они высказываютъ положенія, идущія наперекоръ съ означеннымъ представленіемъ Такъ, Ульпіанъ принимаетъ, что, гдѣ иску изъ обязательства можно противопоставить exceptio, тамъ не существуетъ самого обязательства [20]), а уплата по подобному обязательству заключаетъ въ себѣ indebitum solutum [21]); въ другомъ мѣстѣ, говоря о

---

jurejur. 12. 2, ср L. 43 D. de cond. indeb 12. 6. — Jusjurandum speciem transactionis continet L. 2 ibid —Jusjurandum vicem rei judicatae optinet L. 1 pr. D quarum rerum 44. 5 — Exceptio jurisjurandi § 4 Inst h. t. 4 13.—E. transactionis L 9 pr. D. de transact 2. 15 O e. rei judicatae см. ниже.

18) См. напр рядъ exceptiones въ L. 2 D. si quis 2 11.

19) Exceptio non numeratae pecuniae § 2 I. h. t. 4. 13, такъ наз. e. non adimpleti contractus L 25 D. de A E V. 19. 1., e rei nondum traditae Gaj. IV § 126 a.

20) Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest ceterum si potest, dicendum non esse obligatum L. 20 § 3 D. de liber. causa 40. 12. Ср. L. 14 D. de compens. 16. 2, L. 13. D de liber. leg. 34 3, L 7 § 14 D. quibus ex causis 42. 4, L. 42 § 1 D. de O. et A. 44.7, L. 10, 55 D. de V. S. 50. 16, L. 66 de R. J. 50. 17.

21) Non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest (L. 40 in fine de reb. cred. 12. 1) Indebitum solutum

покупкѣ вещи, составляющей предметъ спора, онъ замѣчаетъ, что emptio nullius momenti est [21*]).

Сдѣланный обзоръ, можетъ-быть, не совсѣмъ полонъ, но онъ достаточно ясно показываетъ, что область примѣненія exceptio далеко не ограничивалась случаями, въ которыхъ защита отвѣтчика была основана на особомъ его правѣ, по содержанію своему не сходномъ съ правомъ истца, а что, напротивъ, защита ope exceptionis имѣла мѣсто въ случаяхъ всѣхъ родовъ [22]). Къ этому результату можно присоединить другой не менѣе рѣшающаго свойства. Историческія изслѣдованія направленныя къ выясненію конструкціи древней системы процесса per legis actiones, показали, что этотъ видъ процесса, хотя ему была чужда защита ope exceptionis [23]), обладалъ всѣми средствами нужными для того, чтобы доставить отвѣтчику защиту во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ доставлялъ ее формулярный процессъ ope exceptionis. „Древніе „юристы вполнѣ владѣли судопроизводствомъ, и про„цессуальныя формы не представляли для нихъ ни„какого затрудненія въ достиженіи ими желаемыхъ

---

accipimus, non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem (Frg Vat. § 266), cp. L. 26 § 3 D. de cond. indeb. 12. 6., L. 40 pr D. eod.— Тамъ, гдѣ exceptio дѣйствительно основана на самостоятельномъ правѣ, юристъ затрудняется признать indebitum, а лишь подводитъ этотъ случай сюда посредствомъ аналогіи Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto L. 10 § 1 D. de compens. 16. 2.

21*) Frg de jure fisci § 8; Cp. L 25 D. de V. O. 45. 1. superior (stipulatio) quasi nulla sit exceptione obstante

22) Но не во всѣхъ, противъ такой ошибки см. Savigny System V стр 162 nota c. слѣд.

23) Gaj. IV § 108.—Helmolt стр 19 оспариваетъ общепринятый способъ чтенія этого §.

„цѣлей“ [24]). Такимъ образомъ слѣдуетъ принять, что въ римскомъ процессѣ употребленіе того или другаго средства защиты опредѣлялось не родомъ обстоятельства, служившаго въ пользу отвѣтчика, а соображеніями другаго свойства, такъ что одно и то же об-

[24]) Ihering Geist III § 52 стр 105 Средства защиты отвѣтчика въ древнемъ процессѣ, согласно изслѣдованіямъ Ihering'a, были слѣдующія·

I. Отрицаніе отвѣтчикомъ истинности intentio иска Такъ какъ въ intentio утверждалось существованіе спорнаго права въ настоящемъ времени, то отрицаніе было способно защитить отвѣтчика не только въ тѣхъ случаяхъ, когда право истца никогда не возникало вслѣдствіе юридическихъ недостатковъ акта установленія но и въ тѣхъ, когда оно, разъ возникнувъ, погасло вслѣдствіе наступленія того или другаго уничтожающаго его обстоятельства (напр уплаты долга). Что касается случаевъ, которые обыкновенно считаются характеристическими при опредѣленіи природы exceptio, т. е. тѣхъ, гдѣ праву истца противопоставляется самостоятельное право отвѣтчика, устраняющее осуществленіе права истца, то и они были извѣстны древнему процессу. «Юристы пробили здѣсь двоякій путь «частью они пустили въ ходъ матеріальное право, частью же про «цессуальныя опредѣленія. Первый путь состоялъ въ томъ, что «ссылка отвѣтчика на принадлежащее ему право основывалось ис«ключительно на предписаніи объективной нормы, такъ что про «цессуально (т. е. въ исковой формулѣ, или въ судебномъ рѣшеніи) «оно было совершенно невидимо: in jure отвѣтчикъ только отрицалъ «существованіе истцова права, а in judicio основывалъ это отри«цаніе на своемъ собственномъ правѣ, уничтожавшемъ истцово». Истецъ, не желавшій подвергать свой искъ отрицанію долженъ былъ уменьшать свое требованіе сообразно требованію отвѣтчика, а для опредѣленія размѣровъ послѣдняго (напр. издержекъ, произведенныхъ на спорную вещь) употреблялось praejudicium, либо arbitrium.—«Вто«рой путь состоялъ въ томъ, что, въ виду противоположнаго тре«бованія, иску давали совершенно особое формулированіе, которое «допускало проявить это требованіе отрицаніемъ, здѣсь право отвѣт«чика было видимо процессуальное». Такой путь имѣлъ мѣсто въ случаяхъ столкновенія (при осуществленіи) двухъ правъ, не уничтожающихъ взаимно другъ друга, а способныхъ къ сосуществованію: напр. собственности и ususfructus, онъ употреблялся въ

стоятельство могло проявлять свое дѣйствіе то ope exceptionis, то ipso jure [2]

2

„Exceptiones“, говоритъ Гай, „составлены были ра„ди защиты отвѣтчиковъ, ибо часто случается, что „кто-либо по закону отвѣтственъ (jure civile teneatur), „однако несправедливо (iniquum est) осуждать его“ [26]). Нельзя ничего возразить, когда изъ этого и другихъ ему подобныхъ свидѣтельствъ заключаютъ, что exceptiones послужили средствомъ въ борьбѣ aequitas противъ jus civile; но когда принимаютъ exceptio за порожденіе этой борьбы, видя въ exceptio единственное средство, въ которомъ могла выразиться aequitas [27]), тогда дѣлаютъ ничѣмъ не оправданный

двухъ видахъ: a) истецъ былъ обязанъ agere cum deductione, или b) онъ былъ обязанъ изъ нѣсколькихъ, годныхъ для осуществленія его требованія исковыхъ формулъ (напр. rei vindicatio и actio negatoria) выбрать такую, отрицаніе которой могло бы заключать въ себѣ утвержденіе права отвѣтчика

II Judicium duplex — защита отвѣтчика самостоятельнымъ искомъ, направленнымъ противъ истца. Это средство имѣло мѣсто не только при столкновеніи однородныхъ правъ, но и при встрѣчѣ разнородныхъ (напр. manus и patria potestas); судебное рѣшеніе въ этомъ случаѣ могло не только отринуть право истца, но и признать, буде оно доказано, право отвѣтчика

25) E. doli и нѣкотор. др. при bonae fidei judicium замѣнялись защитой officio judicis; res judicata дѣйствовала въ judicium legitimum ipso jure, а въ judicium quod imperio continetur — ope exceptionis и др., ср. также e. solutionis противъ actio hypothecaria, — e. doli о издержкахъ, и правило: impensae necessariae dotem ipso jure minuunt, и др.

26) Gaj. IV § 116, pr. Inst. h. t. 4. 13,—ср. §§ 1—4 Inst. ib, L 1 § 1 de doli mali exc. 44 4 и др.

27) Причинная зависимость exceptio отъ aequitas промелькнула уже въ сочиненіи Albrecht'a стр 45, ср. Eisele стр. 37 и слѣд — Savigny System V стр 181 высказался противъ, при чемъ выразилъ

скачокъ въ умозаключенін и впадаютъ въ довольно обычную при историческихъ изслѣдованіяхъ ошибку, принимая изъ двухъ со существующихъ явленій одно за причину другаго. Достаточно будетъ замѣтить, что до сихъ поръ не было указано ни одного свойства aequitas, какъ таковой, которое безъ непосредственнаго содѣйствія другихъ причинъ не допускало бы ея проявленія въ формѣ иной, чѣмъ exceptio, и что едва ли окажется когда-либо возможнымъ найти подобное свойство. Форма судебныхъ средствъ, въ которыхъ проявляется aequitas, зависитъ прежде всего отъ устройства самаго процесса и отъ положенія учрежденія, служащаго органомъ справедливости [28]).

3.

Общепринято различать exceptio въ процессуальномъ и въ матеріальномъ смыслѣ. Подъ exceptio въ процессуальномъ смыслѣ понимаютъ процессуальный актъ отвѣтчика, направленный къ устраненію иска, подъ exceptio въ матеріальномъ смыслѣ—относящееся

убѣжденіе, что невозможно принимать, чтобы древній Римъ находился на такой низкой ступени развитія, что до введенія exceptio въ немъ не находила себѣ защиты aequitas. — Нѣтъ сомнѣнія, что противъ такого убѣжденія въ настоящее время можно возразить не мало Ср напр Ihering Schuldmoment im R. Privatr. - Взглядъ Keller'a (nota 392), хотя примыкаетъ къ Savigny, въ сущности подходитъ весьма близко къ взгляду тѣхъ, кого онъ считаетъ своими противниками. — Въ послѣднее время Birkmeyer стр 284, видитъ въ противоположности jus и aequitas нѣчто годное и для современнаго права. — Контроверзы см. Birkmeyr стр. 111.

[28]) Заслуживаетъ вниманія также объясненіе Brankenhoeft'a, указ соч , по мнѣнію котораго выраженіе Гая: iniquum est стоитъ въ непосредственной связи съ condemnari и далеко отъ того, чтобы означать, что содержаніе excepliones заимствовано непосредственно изъ aequitas

къ области матеріальнаго права обстоятельство, въ которомъ заключается юридическое основаніе къ такому акту Параллельно этому различаютъ процессуальное и матеріальное дѣйствіе exceptio; подъ первымъ разумѣютъ дѣйствіе exceptio на искъ, подъ вторымъ—дѣйствіе exceptio на право истца. Матеріальное дѣйствіе exceptio получаетъ обыкновенно особое значеніе въ глазахъ тѣхъ, кто желаетъ видѣть въ группѣ случаевъ, защищенныхъ ope exceptionis, нѣчто отличное по своему юридическому содержанію отъ случаевъ, защищенныхъ ipso jure. Но мы видѣли выше, что такого различія въ римскомъ правѣ не существовало, и что оба средства судебной защиты были одинаково способны обнять случаи всѣхъ родовъ [29])

Было бы болѣе полезно дѣлать приведенное различіе въ нѣсколько иномъ направленіи, именно по аналогіи подобнаго же различія, которое дѣлается относительно значенія термина ipso jure. Въ матеріальномъ смыслѣ этотъ терминъ означаетъ, что мотивъ оправданія признанъ объективнымъ правомъ (jus) [29*]), процессуально же онъ выражается въ томъ, что на судѣ отвѣтчикъ получаетъ защиту безъ всякаго вмѣшательства претора, въ силу дѣйствія самого закона, обязывающаго къ тому судью, почему этотъ родъ защиты называется также защитою officio judicis. Въ

[29]) Указываютъ (ср. Birkmeyer стр 56 слѣд) еще на нѣкоторыя различія въ матеріальномъ дѣйствіи exceptio и negatio; я буду говорить о нихъ ниже, и мы увидимъ, что они вытекаютъ не изъ различія обѣихъ группъ по содержанію, а изъ различія ихъ по историческому происхожденію

[29*]) Весьма убѣдительное изслѣдованіе значенія термина ipso jure см у Eisele стр. 61 сл. Результатъ его слѣдующій ipso jure значитъ „уже jure civili“. Уклоненія отъ этого значенія не составляютъ первоначальнаго явленія

противоположность этому [29**]) выраженіе ope exceptionis означаетъ, во-первыхъ, что юридическое основаніе къ оправданію лежитъ не въ существующей объективной нормѣ, а въ ограничивающей эту норму власти претора и, во-вторыхъ, что для своего процессуальнаго проявленія оправданіе нуждается въ особомъ актѣ, направленномъ къ ограниченію дѣйствія нормы. На основаніи этого exceptio въ матеріальномъ смыслѣ есть актъ претора (проявленіе власти), направленный къ ограниченію (измѣненію) дѣйствующей нормы, а exceptio въ процессуальномъ смыслѣ—актъ отвѣтчика, ссылающагося на подобный преторскій актъ [29***]).

Провѣряя это различіе чрезъ примѣненіе его ко всѣмъ извѣстнымъ случаямъ exceptio, не трудно придти къ заключенію, что оно не имѣетъ абсолютной приложимости. Надо признать основною ошибкой господствующихъ ученій о exceptio высказываемое ими убѣжденіе въ томъ, что различіе exceptio въ матеріальномъ смыслѣ одинаково примѣнимо ко всей ея области [30]). Въ какомъ бы значеніи ни принимать это

[29**]) Что „ope exceptiones“ противоположно „ipso jure“ см. Eisele стр. 68. Противъ Birkmeyer стр. 253.

[29***]) Ридъ мѣстъ, указывающихъ на exceptio, какъ на преторскій институтъ, собралъ Eisele стр. 56 сл Эти мѣста слѣд Cicero de invent II, 19 § 57, Auctor ad Herennium I, 12 § 22, Cicero de part. orat. 28 § 100, L. 3 § 1 D. de pecun const. 13. 5, L 5 Cod. de pact. 2. 3, L. 10 Cod. de exc 8. 36, L 4 § 32 de dol mal. 44. 4, L. 95 § 2 D. de solut. 46. 3, L. 34 pr. de O et A. 44. 7.

[30]) Близко къ тому, чтобы замѣтить эту ошибку, былъ Birkmeyer стр. 253 сл., замѣтивъ, что иногда ipso jure въ матеріальномъ смыслѣ совмѣстимо съ ope exceptionis въ процессуальномъ, но вмѣсто того, чтобы сдѣлать отсюда правильные выводы, онъ началъ отыскивать матеріальную exceptio, скрытую въ случаяхъ защиты ipso jure — Какъ на непосредственное слѣдствіе этой ошибки надо

различіе, всегда можно замѣтить родъ случаевъ, гдѣ за процессуальною exceptio нельзя найти никакой матеріальной, гдѣ, другими словами, процессуальное примѣненіе exceptio не основывается ни на какомъ мотивѣ или обстоятельствѣ, принадлежащемъ къ области матеріальнаго права, а вытекаетъ изъ соображеній процессуальнаго свойства. Это имѣетъ весьма важное значеніе для нашего изслѣдованія. Опредѣленія римскаго права, относящіяся къ матеріальному значенію exceptio, формулированы такимъ образомъ, какъ будто бы онѣ были обсолютно примѣнимы, и если мы открываемъ затѣмъ, что не всѣ exceptiones подходятъ подъ эти опредѣленія, то заключеніе наиболѣе естественное должно быть таково: происхожденіе exceptiones, не подходящихъ подъ эти опредѣленія, не совпадаетъ съ временемъ происхожденія самихъ опредѣленій; поэтому всю область exceptiones надо разбить на двѣ группы и отнести происхожденіе этихъ группъ къ различнымъ временамъ.

I. Древняя группа. Exceptiones, выражающія вторженіе (въ силу преторской власти) новыхъ нормъ и институтовъ въ сложившуюся старую систему Exceptio этой группы имѣетъ матеріальное значеніе въ вышеуказанномъ мною смыслѣ, и къ ней относятся опредѣленія римскихъ юристовъ.

II Новая группа. Всѣ прочія, извѣстныя намъ exceptiones. Здѣсь exceptio имѣетъ только процессуальное значеніе и притомъ инаго характера, чѣмъ процессуальное значеніе exceptio первой группы

указать на желаніе объяснить происхожденіе всѣхъ exceptiones изъ одного источника,—только очень немногіе были чужды этому стремленію (Albrecht, Bar, Eisele). Не совсѣмъ отдѣлался отъ этого желанія и Ortolan III ср. конецъ §§ 2250 и 2258; онъ вообще ограничиваетъ примѣненіе exceptio случаями, не подразумѣвающимися въ jus civile

ПЕРВОНАЧАЛЬНАЯ ОБЛАСТЬ EXCEPTIO.

Грамматическая форма exceptio [31]) могла возникнуть и выработаться при составленіи формулъ in factum conceptae. Извѣстно, что относившаяся сюда дѣятельность претора была основана исключительно на юридическихъ нормахъ, имъ самимъ формулированныхъ, при чемъ формулированіе, особенно въ первую эпоху развитія преторской законодательной власти, шло рука объ руку съ процесуальною дѣятельностью претора, такъ что новая норма находилась непосредственно при составленіи судебной формулы. При такомъ положеніи дѣла судья находился въ полной неизвѣстности относительно новыхъ нормъ, а потому преторъ, передавая на его разрѣшеніе тяжбу, долженъ былъ описать подробно всѣ условія существованія вновь признаннаго имъ права и примѣненія вновь образованнаго имъ иска [32]). Такъ какъ эти условія бываютъ двухъ родовъ: положительныя и отрицательныя, то и формула должна была заключать два рода условныхъ предложеній: положительныя и отрицательныя, изъ коихъ послѣднія частью связывались съ первыми, частью же проти вопоставлялись имъ въ той формѣ, которая была впослѣдствіи извѣстна подъ именемъ exceptio [33]), но

---

[31]) Т е форма условно-отрицательнаго предложенія Gaj IV § 119, Savigny System V § 226 nota a, Keller Civ. Proc· стр. 136.

[32]) По мѣрѣ того какъ развивалась и выражалась въ эдиктѣ теорія иска, перечисленіе условій иска могло замѣняться въ формулѣ ссылкой на эдиктъ ср. Gaj. IV § 46, но употребленіе такого рода ссылокъ вѣроятно ограничивалось благодаря громадному числу всѣхъ формулъ (Gaj. ib.) и вытекавшей отсюда для судьи трудности знать ихъ всѣ.

[33]) Ср. Ihering Geist`III стр 59.

не существовало никакого опредѣленнаго юридическаго принципа, на которомъ основывалось послѣднее различіе, и въ отношеніи его юристы руководились соображеніями исключительно стилистическаго и логическаго свойства Если слово exceptio употреблялось въ эту эпоху для обозначенія заключавшихся въ формулѣ самостоятельныхъ условно-отрицательныхъ предложеній, то оно не имѣло никакого юридическаго значенія, а ссылки отвѣтчика на обстоятельства, фигурировавшія потомъ въ видѣ exceptio въ юридическомъ смыслѣ (напр. на судебное рѣшеніе, на pactum), выражались въ формулѣ такъ же, какъ и ссылки на всякіе другіе факты, служившіе въ пользу оправданія [31]).

Когда преторъ нашелъ нужнымъ приступить къ реформѣ стараго права и соединить примѣненіе принадлежащихъ сюда исковъ съ новыми условіями, то онъ долженъ былъ ввести въ формулу указаніе на сдѣланныя имъ нововведенія, и конечно грамматическая форма этихъ указаній въ тѣхъ случаяхъ, когда прибавлялось отрицательное условіе, должна была походить на форму подобныхъ же указаній въ формулѣ in factum concepta.

Такимъ образомъ мы имѣемъ два генерическіе случая, гдѣ условно-отрицательное предложеніе употреблялось для выраженія отрицательнаго условія иска. Еслибы значеніе exceptio ограничивалось одною грамматическою сферой, то вопросъ о проис-

---

[31]) Ср Eisele стр. 107.—Встрѣчающіеся въ источникахъ случаи неточнаго (въ юридич. смыслѣ) употребленія слова exceptio, по всей вѣроятности представляютъ остатокъ грамматической стадіи ея развитія Сюда относится e „si collusum est“ въ L. 7 § 9 D. de dolo malo 4. 3, ср. Keller Civ. Proc nota 369, exceptio solutionis, или путаница терминовъ въ L. 7 §§ 1 и 2 D. curat fur 27 10.— Къ той же стадіи надо отнести exceptio противъ интердиктовъ

хожденіи exceptio былъ бы сведенъ на вопросъ о томъ, который изъ двухъ случаевъ ея примѣненія образовался въ исторіи раньше? предшествовало ли образованіе формулъ in factum conceptae измѣненію формулъ in jus conceptae, или наоборотъ? Но главное значеніе exceptio, и притомъ значеніе непосредственно насъ интересующее, относится къ юридической области, а потому вопросъ о происхожденіи exceptio въ юридическомъ смыслѣ сводится къ вопросу, какой изъ двухъ случаевъ представлялъ наиболѣе свойствъ благопріятныхъ образованію юридическаго значенія exceptio.

Сущность юридическаго ученія объ exceptio состоитъ въ томъ, что exceptio есть особое судебное средство, направленное противъ иска, и что въ столкновеніи actio и exceptio выражается столкновеніе двухъ правъ.

Мы видѣли выше, что это не было столкновеніемъ двухъ правъ различныхъ по содержанію (догматически). Въ формулѣ же in factum concepta не могло происходить столкновеніи правъ различныхъ по происхожденію, ибо тамъ всѣ права имѣли одинъ источникъ происхожденія—преторскую власть. Поэтому возникновеніе юридическаго значенія exceptio надо искать въ сферѣ формулъ in jus conceptae

Дѣйствительно, римскіе юристы говорятъ объ exceptio, какъ о средствѣ, противополагаемомъ по преимуществу искамъ древняго права (actiones civiles) [35].

---

[35] Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum (L. 42 § 1 de O. et. A. 44. 7). - Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario .. (L 10 de V S 50 16).

Почему же борьба претора съ jus civile могла выразиться лишь въ формѣ exceptio, и почему exceptio пріобрѣло указанный выше юридическій характеръ?

Этотъ вопросъ, по моему мнѣнію, совсѣмъ не разрѣшается, когда источникъ возникновенія exceptio и въ грамматическомъ и въ юридическомъ смыслахъ видятъ въ необходимости указать судьѣ новое условіе иска и дать ему власть обращать вниманіе на это условіе [36]). Положимъ, что для этой цѣли оговорка въ формѣ условно-отрицательнаго предложенія была болѣе полезна, чѣмъ другія средства; но почему въ этой оговоркѣ видѣли выраженіе особаго иска и права отвѣтчика, и почему эта оговорка фигурировала внѣ intentio? Когда говорятъ, что извѣстныя обстоятельства получили защиту въ формѣ exceptio потому, „что по принципамъ стараго „права они не обладали способностью разрушать „обязательство“ [37]), тогда, не объясняя факта, лишь пересказываютъ его иными словами.

Пока причину появленія exceptio, какъ самостоятельнаго процессуальнаго института, будутъ считать однородною съ причиною возникновенія большей массы другихъ правовыхъ институтовъ, т. е. пока будутъ искать ее среди потребностей гражданской жизни съ одной стороны и недостатковъ существовавшихъ средствъ для ихъ удовлетворенія съ другой, до тѣхъ поръ будутъ находиться на ложной дорогѣ. „Если преторъ избралъ для выраженія новыхъ мо„тивовъ оправданія совершенно новую форму—exce„ptio, то такъ случилось не потому, что старыя фор-

Ср. L 30 D de pecun const 13 5., L. 1 Cod. h. t. 8. 36,—ср. примѣч. 5.—Ср Ortolan III § 2275

[36]) Такъ Ortolan III § 2254, Bekker II стр. 279 слѣд.

[37]) Ortolan III § 2257.

„мы были неудовлетворительны, а новая представ-„ляла болѣе удобствъ, но потому, что онъ не смѣлъ „пользоваться для цѣлей защиты старыми формами, „точно также какъ для достиженія цѣлей иска онъ „не смѣлъ употреблять actiones civiles; оправданіе „ipso jure и actio in jus concepta были, какъ пока-„зываютъ самыя ихъ названія, специфическими по-„нятіями jus civile [38]).“

Причина exceptio кроется въ самостоятельной потребности юристовъ. Вслѣдствіе долгаго, лишь медленно измѣнявшагося сосуществованія, нормы и учрежденія стараго права срослись въ представленіяхъ юристовъ въ одно цѣлое, разрушить которое юристы не считали въ своей власти. Въ числѣ такихъ представленій было, во-первыхъ, представленіе о связи, существовавшей въ силу предписаній jus civile между старыми actiones civiles (stricti juris) и условіями ихъ примѣненія, такъ что относившаяся сюда часть исковой формулы (intentio) получила свойство неизмѣняемости; во-вторыхъ, представленіе о связи между всѣми actiones civiles и назначеннымъ для ихъ осуществленія видомъ процесса. Когда преторъ, шедшій вслѣдъ за потребностями жизни, счелъ необходимымъ соединить иски stricti juris съ нѣкоторыми новыми условіями, а также произвести нѣкоторыя измѣненія въ судопроизводствѣ, изъ коихъ главное состояло въ учрежденіи новаго вида judicium, тогда онъ не рѣшился поставить новыя нормы и учрежденія на одну доску съ нормами и учрежденіями ста-

---

38) Ihering Geist III стр 105. Приведенною выпискою ограничивается сказанное Ihering'омъ о происхожденіи exceptio (ср. ibidem стр 55); надо надѣяться, что при изложеніи третьей системы римскаго права почтенный ученый коснется подробнѣе этого интереснаго предмета.

раго права и признать за новыми свойство проявлять свое дѣйствіе ipso jure. Хотя на практикѣ новыя нормы и учрежденія уничтожили дѣйствіе старыхъ, но въ теоріи старая система считалась неприкосновенною, вслѣдствіе этого юристъ не могъ отказать въ искѣ лицу, основывавшему свое право на старой нормѣ, а за лицомъ, ссылающимся на новую, преторскую норму, не дозволяя ему отрицать существа истцова права, признавъ лишь особое право самостоятельнаго происхожденія, дѣствіемъ своимъ устраняющее осуществленіе истцова права; для судебнаго же проявленія этого права преторъ и далъ отвѣтчику самостоятельный искъ, который въ отношеніи иска истца получилъ значеніе exceptio. Въ исковой формулѣ самостоятельность exceptio выразилась тѣмъ, что она не вошла въ составъ intentio, а стала внѣ ея. Причина появленія exceptio заключается, слѣдовательно, въ консерватизмѣ римской юриспруденціи, въ присущемъ ей недостаткѣ въ умственной смѣлости, необходимой для того, чтобы смотрѣть прямыми глазами на свои поступки [39]). Нормы, выразившіяся въ exceptio, и учрежденія, защищенныя ею, всѣ были нѣчто новое, несродное изстари сложившемуся юридическому созерцанію,—и такое новое не могло слиться съ старымъ; оно могло лишь, не нарушая стараго порядка внутри его (въ логической системѣ), ограничить его проявленіе извнѣ (въ жизни ;—практическіе результаты (съ нѣкоторыми ограниченіями) были тѣ же, какъ и при непосредственной передѣлкѣ

---

[39]) Намекъ на причину подобнаго рода, кромѣ сдѣланной выше цитаты изъ сочиненія Iher ing'a, я нашелъ также въ одной строчкѣ Ortolan'a см. III § 1945: „Le préteur, en cas pareil, ne se met pas en lutte ouverte avec le droit civil“ ..—Подобная же мысль высказана у Hummel'я.

старой системы [10]), но консерватизмъ понятій не страдалъ.

Изложеннымъ взглядомъ на происхожденіе exceptio объясняются противорѣчія, замѣчаемыя въ относящихся къ ней опредѣленіяхъ римскихъ юристовъ. Утверждая, что обстоятельство, служащее основаніемъ къ exceptio, нисколько не вредитъ существованію права истца, они въ тоже время ставятъ правила, идущія на перекоръ подобнымъ опредѣленіямъ (выше примѣч. 20, 21, 21*); или, указывая, какъ на главную черту различія actiones stricti juris отъ actiones bonae fidei, на обстоятельство, что bona fides въ первыхъ получаетъ защиту лишь ope exceptionis, а во вторыхъ— ipso jure, они заявляютъ, что внесеніе exceptio doli въ исковую формулу stricti juris тѣмъ самымъ превращаетъ judicium stricti juris въ judicium bonae fidei [11]). Надо различать *двоякую* точку зрѣнія, съ которой юристы смотрятъ на дѣло. Когда они обращаютъ вниманіе на *происхожденіе* обоихъ способовъ защиты: ipso jure и ope exceptionis, тогда, въ силу теоретическихъ воззрѣній, видятъ между ними совершенное несходство; но когда въ замѣнъ теоретической точки зрѣнія является практическая, т. е. когда начинаютъ сравнивать оба способа защиты, основываясь на ихъ *результатахъ*, тогда не замѣчаютъ между ними никакого различія. Противорѣчія, заключающіяся въ вышеуказанныхъ опредѣленіяхъ,

[10]) Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur) L. 112 D. de R. J. 50. 17.

[11]) Doli non inutiliter opponetur exceptio, bonae fidei autem judicio constituto quaerebatur (L. 42 pr D. de mortis causa donat. 39, 6).—Replicatio doli opposita bonae fidei judicium facit et commentum fraudis repellit (L. 3. Cod. h. t. 8. 36). Ср. L. 112 D. de R. J. 50. 17

*

обязаны своимъ происхожденіемъ именно этой двойственности юридической системы [42].

Въ формулѣ exceptio помѣщалась внѣ intentio и при томъ послѣ нея [43]. Этимъ выражалось, что exceptio есть нѣчто чуждое для обычнаго состава формулы, и то же высказывалось положеніемъ, что exceptio есть условіе осужденія (condemnatio) [44]. Интересное указаніе можно получить изъ сравненія формулъ, заключавшихъ въ себѣ exceptio, съ формулами, содержавшими въ себѣ ссылки того же содержанія, но въ иномъ видѣ. Такъ, указаніе судьи руководиться принципами bonae fidei, дѣлавшееся при искахъ stricti juris въ формѣ exceptio, употреблялось также въ формулахъ исковъ bonae fidei, но въ послѣднемъ случаѣ оно входило въ составъ intentio въ видѣ выраженій: „ex fide bona“, „ut inter bonos bene agier“ и др. [45]; точно также въ формулахъ in factum conceptae могли составлять часть intentio указанія, дѣлаемыя въ другихъ случаяхъ въ формѣ exceptio [46]. Это еще разъ подтверждаетъ, что для того, чтобъ указать судьѣ на необходимость рес-

---

[42]) Ср. Ortolan III § 2260 bis

[43]) См. Ihering Geist II стр. 601, nota 858 слвд.

[44]) Gaj. IV § 119.. ideo scilicet, quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, ср. L 22 pr. и L. 2 pr. D. h. t. 44. 1. Ср. Savigny System § 226 nota b, Keller примѣч. 368. Совершенно напрасно, по моему мнѣнію, Ortolan (§ 1946) видитъ въ двухъ послѣднихъ мѣстахъ источниковъ предположеніе двоякаго рода exceptio: e., которая intentionem excludit и e., которая condemnationem excludit. Condemnatio было прямое выраженіе intentio и обстоятельство, устранявшее осуществленіе intentio, устраняло и condemnatio.

[45]) Ortolan III §§ 1985 и 1986 и др.

[46]) См. примѣръ формулы in factum у Ihering'a Geist III nota 46, здѣсь ссылка отвѣтчика на dolus вошла въ составъ intentio.

пектированія того или другаго обстоятельства, говорившаго въ пользу отвѣтчика, не было никакой обусловленной конструкціею процесса необходимости дѣлать подобное указаніе въ формѣ exceptio, такъ что выраженіе ряда оправдывающихъ ссылокъ въ формѣ exceptio должно отнести къ нежеланію юристовъ пользоваться въ этихъ случаяхъ прочими формами. Я смѣю думать, что консерватизмъ юриспруденціи удовлетворительно объясняетъ природу этого нежеланія.

Была высказана догадка о томъ, не составляетъ ли praescriptio pro reo первоначальной исторической формы exceptio [47]; эта догадка основывалась главнымъ образомъ на свидѣтельствѣ Гая, удостовѣряющаго, что въ его время въ число exceptiones были включены многія ссылки, принадлежавшія прежде къ числу praescriptiones pro reo [48]); въ пользу такой догадки говоритъ, повидимому, и не совсѣмъ точное разграниченіе въ употребленіи римскими юристами терминовъ praescriptio и exceptio [49]). Но противъ нея надо сослаться на большое различіе, замѣчаемое въ назначеніи этихъ двухъ процессуальныхъ средствъ. Созданныя оба преторомъ, они были назначены для достиженія разныхъ цѣлей: exceptio относилась къ праву истца, praescriptio pro reo—къ самому процессу. Поэтому послѣдняя помѣщалась въ началѣ формулы, предъ intentio, и обсуждалась судьею прежде другихъ обстоятельствъ [50]. Трудно представить себѣ,

47) Keller Civ. Proc. § 43, стр. 179 сл.

48) Gaj. IV § 133.

49) Относящіяся сюда мѣста источниковъ см. у Savigny System § 226 nota i.

50) Gaj. IV § 132.—Keller Civ. Proc. § 43 стр. 179, Ortolan III § 1948 примѣч., Bekker I 270, II 21. Остается спорнымъ, относилось ли дѣйствіе praescriptio къ самому праву, или только къ

чтобы въ такомъ видѣ явилась первоначальная exceptio, что обстоятельства, служащія ея основаніемъ, разсматривались когда-то какъ обстоятельства, устраняющія процессъ, и что, напримѣръ, судья долженъ былъ рѣшать вопросъ о томъ, былъ ли при заключеніи сдѣлки проявленъ dolus, прежде вопроса о существованіи сдѣлки. Отрицаніе, облеченное въ форму exceptio, относилось всегда къ праву, и со стороны претора было бы болѣе чѣмъ странно заставлять судью разсуждать объ обстоятельствѣ, устраняющемъ право истца, прежде чѣмъ судить о самомъ правѣ. Кто хочетъ принять въ исторіи exceptio подобную фазу развитія, тотъ долженъ объяснить, во-первыхъ, почему она возникла, и во-вторыхъ, какимъ образомъ она перешла въ слѣдующую фазу,—вопросы, на которые еще не дано отвѣта.

Путаница терминовъ praescriptio и exceptio не должна возбуждать сомнѣній. Въ источникахъ нѣтъ яснаго указанія на то, что съ перемѣной названія измѣнилось также и юридическое значеніе praescriptio; можетъ быть даже не измѣнилось и самое ея мѣсто въ формулѣ, такъ какъ въ то время, когда произошла перемѣна имени, понятіе объ извѣстномъ мѣстѣ могло уже не связываться неразлучно съ тѣмъ или другимъ именемъ; указаніемъ на это можетъ служить то обстоятельство, что перемѣна названія имѣла мѣсто и въ другомъ направленіи, такъ какъ нѣкоторыя exceptiones называются въ источникахъ praescriptiones [31]), откуда конечно никто не выведетъ

процессу. За первый исходъ Bethmann-Hollweg, Keller, Helmolt, за второй Puchta, Bulow стр. 164.

31) E. rei judicatae, e transactionis, см. Keller notae 492, 493. Что эти exceptiones не имѣли характера praescriptiones. что считаетъ возможнымъ Keller, я покажу ниже —Заслуживаетъ внима-

заключенія, что эти exceptiones помѣщались передъ intentio.—Для нашей цѣли достаточно ограничиться сказаннымъ. По всей вѣроятности, будущія историческія изслѣдованія укажутъ, что praescriptio возникло въ совершенно иной сферѣ, чѣмъ exceptio, именно въ сферѣ формулъ in factum conceptae. Въ пользу подобнаго результата говоритъ то обстоятельство, что въ старыхъ судахъ и при составленіи старыхъ формулъ цѣль, достигаемая чрезъ praescriptio, могла достигаться иными средствами [52]), такъ что изобрѣтеніе ея въ этой сферѣ представляется излишнимъ.

Въ области exceptiones слѣдуетъ различать двѣ группы. Одна изъ нихъ выражаетъ въ себѣ вторженіе преторскихъ учрежденій въ систему jus civile, другая же служитъ средствомъ измѣненія нормъ jus civile въ духѣ jus aequum [52*]).

нія замѣчаніе Bulowa, стр. 236, прим. 136, обращающее вниманіе на то, что Gaj. не говоритъ о полномъ отождествленіи praescriptiones и exceptiones, а лишь о томъ, что первыя составили видъ послѣднихъ.

52) Praescriptio pro reo имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ ставитъ истцово право въ зависимость отъ другаго, еще неразрѣшеннаго судомъ, назначеніе praescriptio — устранить искъ въ настоящей его формѣ, такъ какъ возраженія отвѣтчика не могутъ быть въ немъ предъявлены, и дать иску иную форму, способную принять возраженія отвѣтчика. Древній процессъ достигалъ этой цѣли особыми средствами, см. Ihering Geist III стр. 82 слѣд., ср. nota 98 b.

52*) Иначе дѣлитъ exceptiones (также на два класса) Albrecht стр. 6; но его классификація не имѣетъ историческаго интереса. Историческій интересъ моего раздѣленія связанъ съ положеніемъ въ римской юридической системѣ act. bonae fidei. Если дѣйствительно онѣ, наряду съ a. stricti juris, принадлежали къ числу a. civiles (Gaj. IV § 45), томоя первая группа exceptiones явится направленною противъ всѣхъ a civiles, вторая же преимущественно противъ a stricti juris.

Первая группа. Извѣстно, что въ древнемъ римскомъ процессѣ litis contestatio уничтожала составлявшее предметъ спора юридическое отношеніе истца и отвѣтчика и замѣняло его новымъ, истекавшимъ изъ L. C.; подобное же дѣйствіе имѣло и судебное рѣшеніе (res judicata) Вслѣдствіе этого, когда кто-либо предъявлялъ искъ по одному и тому же дѣлу во второй разъ, ссылка отвѣтчика на то обстоятельство, что дѣло уже было предметомъ судебнаго разбирательства, заключало въ себѣ простое отрицаніе самаго права истца, ибо юридическій смыслъ ея былъ таковъ: право и искъ истца уже уничтожены состоявшимися относительно ихъ судебными актами,—litis contestatio и судебнымъ рѣшеніемъ. Но относительно a. civiles подобное уничтожающее дѣйствіе могло имѣть лишь L C. и судебное рѣшеніе, постановленныя въ свойственной этимъ искамъ формѣ процесса—judicium legitimum; когда же преторъ примѣнилъ къ этому процессу имъ учрежденную форму judicium quod imperio continetur, тогда акты этой послѣдней не могли ipso jure оказать никакого дѣйствія на поглощеніе истцова права и иска. Поэтому преторъ употребилъ для этой цѣли exceptio: exceptio rei in judicium deductae замѣнило дѣйствіе L. C., a e. rei judicatae—дѣйствіе судебнаго рѣшенія [53]).

Jusjurandum было средствомъ прекращенія тяжбы, возникшимъ внѣ области jus civile [54]). Юридическое дѣйствіе его на спорное отношеніе было подобно дѣйствію судебнаго рѣшенія [54*]), но оно не

---

[53]) Gaj. III § 180. 181, IV § 106. 107. Ср. Keller Civ Proc. §§ 60. 71.—Нѣсколько иначе Albrecht стр. 40.

[54]) L. 3 pr. D. de jurejur. 12. 2.

[54*]) См. выше примѣч. 17.

могло высказываться относительно actiones civiles ipso jure, и потому преторъ, когда онъ рѣшилъ допустить его въ сферу процессовъ по искамъ стараго права, долженъ былъ дать ему силу ope exceptionis, для чего и было образовано e. jurisjurandi [55]).

Подобное же происхожденіе имѣетъ и exceptio transactionis [56]).

E. litis dividuae и e. rei residuae заключаютъ въ себѣ защиту преторской нормы, направленной къ обезпеченію отвѣтчиковъ противъ излишнихъ безпокойствъ, происходящихъ отъ частыхъ процессовъ съ однимъ и тѣмъ же лицомъ [57]).

E. cognitoriae имѣли мѣсто тогда, когда cognitor'омъ являлось, или cognitor'а за себя представляло такое лицо, которое не могло дѣлать это [58]) въ силу постановленій относившихся сюда двухъ преторскихъ эдиктовъ [59]). Юридическое основаніе въ exceptio заключалось въ этомъ случаѣ въ томъ обстоятельствѣ, что ограниченія въ правѣ быть cognitor'омъ и давать cognitor'а исходили изъ преторской власти, тогда какъ самое это право, хотя оно образовалось, конечно, не безъ участія претора, было включено въ систему jus civile, такъ что самое назначеніе cognitor'а дѣлалось не иначе, какъ опредѣленною словесною формулою [60]).

Таковы exceptiones первой группы. Нетрудно замѣтить, что всѣ онѣ сходны въ томъ, что основываются на обстоятельствѣ процессуальнаго свойства,

---

[55]) § 4 Inst. h. t. 4. 13.

[56]) L. 9 pr D. de transact. 2. 15. За новое происхожденіе transactio говоритъ однородность сясъ jusjurandum см. L. 2 D. de jurejur. 12. 2.

[57]) Gaj. IV §§ 56. 122, ср. § 10 (9) Inst h. t. 4. 13.

[58]) Gaj. IV § 124.

[59]) Frg. Vat. § 323.

[60]) Gaj. IV § 83.

но это не должно вести къ смѣшенію ихъ съ такъ наз процессуальными возраженіями (Processeinreden), извѣстными въ Римѣ подъ именемъ praescriptiones. Надо отличать основаніе возраженія отъ его дѣйствія Въ основаніи какъ praescriptiones, такъ и перечисленныхъ exceptiones лежатъ обстоятельства, принадлежащія къ области процесса, но дѣйствіе тѣхъ и другихъ совершенно различно, ибо praescriptiones отрицаютъ лишь возможность процесса, exceptiones же отвергаютъ существованіе самого права истца. Судебное рѣшеніе, litis contestatio, jusjurandum, transactio разсматривались римскимъ правомъ, какъ факты, относящіеся непосредственно къ праву, а потому и exceptiones, основанныя на нихъ, были направлены противъ иска, а не противъ процесса. Подобное назначеніе имѣли и прочія упомянутыя выше exceptiones (cognitoriae, rei residuae, litis dividuae); эти послѣднія, хотя онѣ и не истекали изъ обстоятельствъ, дѣйствовавшихъ на право, тѣмъ не менѣе результатомъ своимъ имѣли уничтоженіе права въ видѣ штрафа (выше стр. 130), а не простое устраненіе процесса [61]). Такимъ образомъ мы еще разъ видимъ, что между природою praescriptio и exceptio лежитъ громадная разница, и что упомянутая выше догадка о происхожденіи exceptio изъ praescriptio имѣетъ противъ себя сильныя возраженія.

В. Вторая группа. Источники представляютъ намъ римское право въ видѣ двухъ группъ нормъ и отношеній, совершенно несходныхъ между собою по характеру. Одна изъ нихъ проникнута тѣми свойствами, которыя рисуютъ правовую систему, обладающую ими, какъ систему формальную, кладутъ абсолютный масштабъ въ основаніе примѣненій ея

[61]) Ср. Bulow ук. соч.

нормъ и даютъ ее чувствовать, какъ право строгое (суровое). Другая группа обладаетъ противоположными качествами: безформенность есть внѣшній видъ ея отношеній, вниманіе къ индивидуальнымъ различіямъ — принципъ, руководящій ея нормами, мягкость—форма, въ которой она чувствуется лицами, испытывающими на себѣ ея дѣйствіе. Первая группа ведетъ свое происхожденіе отъ древней эпохи, когда конкретность мышленія и узкость кругозора составляли принадлежность юриспруденціи; происхожденіе второй группы относится ко времени, обладающему большею степенью развитія какъ мышленія, такъ и юридической жизни.

Bona fides была масштабомъ, руководившимъ при обсужденіи юридическихъ отношеній втораго рода; указаніе на этотъ масштабъ было необходимою частью формулы и помѣщалось въ intentio, какъ существенное условіе иска (примѣч. 45). Основанный на такой формулѣ судъ былъ judicium bonae fidei, гдѣ судья имѣлъ полную власть и обязанность класть въ основаніе своихъ рѣшеній все, что юридическая совѣсть его времени считала проявленіемъ bona fides.

Мы не знаемъ, какъ возникло и развивалось понятіе bona fides, относительно какихъ юридическихъ отношеній впервые она получила примѣненіе, и какъ расширялась ея первоначальная область. Намъ извѣстенъ только результатъ этого историческаго процесса; право распалось на двѣ области. При этомъ извѣстія, дошедшія до насъ, относятся не къ той эпохѣ, когда обѣ области существовали независимо одна отъ другой, а къ сравнительно позднѣйшему времени, когда старая область стала измѣняться въ духѣ новой.

Когда въ правѣ существуютъ рядомъ два масштаба, которыми измѣряется гражданская отвѣтствен-

ность лица, и когда одинъ масштабъ, вполнѣ соотвѣтсвуя юридическимъ воззрѣніямъ даннаго времени, заслуживаетъ названіе удобнаго, справедливаго, другой же, обязанный своимъ происхожденіемъ древнему времени считается, напротивъ, строгимъ, суровымъ,—тогда, очевидно, въ обществѣ должно возникнуть желаніе, переходящее современемъ въ потребность открыть новому масштабу примѣненіе при оцѣнкѣ такихъ правовыхъ явленій, въ отношеніи которыхъ царствовалъ еще старый принципъ. Именно такъ случилось въ Римѣ, и гражданская жизнь обратилась тамъ къ юриспруденціи съ требованіемъ при обсужденіи юридическихъ отношеній stricti juris обращать вниманіе на всѣ тѣ обстоятельства, на которыя обращалось вниманіе и при оцѣнкѣ отношеній bonae fidei. Юриспруденція и преторъ не отвѣтили отказомъ на это требованіе, но относительно средствъ выполненія его поставили на видъ свои соображенія: они не нашли возможнымъ признать bona fides за существенное условіе исковъ stricti juris и помѣстить указаніе на новое условіе въ intentio исковой формулы этихъ исковъ. Ассоціація представленій объ условіяхъ установленія и прекращенія относившихся сюда правъ и исковъ установилась вѣками и закономъ и не могла быть разрушена волею претора.

За существованіе въ головѣ юристовъ ассоціаціи подобнаго рода говоритъ все извѣстное намъ о характерѣ преторской дѣятельности и объ отношеніи ея къ закону; противъ же нельзя представить ни одного факта, ибо нѣтъ никакихъ указаній на то, что респектированіе новыхъ условій actio stricti juris дѣлалось въ какихъ либо случаяхъ путемъ простаго включенія такихъ условій въ intentio исковой формулы. Clausula doli, имѣвшая мѣсто въ преторскихъ стипуляціяхъ и, слѣдовательно, въ in-

tentio иска ex stipulatu предполагала въ своемъ установленіи произволъ лицъ, ее заключившихъ (стр. 95), и потому сюда не относится. Напротивъ разсмотрѣнный нами въ предыдущей главѣ параллелизмъ исковъ служитъ къ вящему подтвержденію сказаннаго о происхожденіи exceptio.

Не считая возможнымъ измѣнять intentio преторъ прибѣгнулъ къ exceptio, а юристы образовали соотвѣтствующую юридическую теорію. Такимъ образомъ возникли exceptiones, направленныя противъ actiones stricti juris и выражающія въ себѣ вторженіе новыхъ юридическихъ нормъ и институтовъ въ систему стараго права.

Сюда относятся:

e. doli (specialis)
e. quod metus causa.
e. non numeratae pecuniae.
e. pacti conventi.
e. rei venditae et traditae.
e. rei nondum traditae (Gaj IV 126a), Birkmeyer стр. 256 nota 5)
e. in factum въ пользу суперфиціарія (L. 1 § 4 D. de superf 43. 18).
e. in factum по случаю ошибки (§ 1 Inst. h. t. 4. 13).
e. doli generalis въ нѣкоторыхъ относящихся сюда примѣненіяхъ, напр. при compensatio и др.

Такъ какъ ссылки на всѣ подобныя обстоятельства въ bonae fidei judicium дѣлались ipso jure, то стали говорить, что exceptio doli (et. cet,) bonae

fidei judiciis inest [63]). Это послѣднее положеніе въ связи съ тѣмъ положеніемъ, что a. bonae fidei принадлежатъ къ числу a. civiles (прим. 39*), принималось иногда за противорѣчіе положенію, что exceptio есть результатъ вторженія претора въ систему jus civile. Я думаю, что вопросъ объ отношеніи a. bonae fidei къ a. civiles долженъ быть разрѣшенъ на основаніи другихъ соображеній, и что въ данномъ случаѣ оба, повидимому противорѣчащія одно другому положенія, примиримы. Exceptio была преторскимъ средствомъ, но она послужила орудіемъ bona fides лишь въ одномъ отдѣлѣ jus civile, въ a. stricti juris потому, что въ другомъ bona fides была признана ipso jure.

Причину различія bonae fidei и stricti juris judicia въ отношеніи къ exceptio пробовали также объяснять положеніями матеріальнаго права, утверждая, что присутствіе exceptio въ матеріальномъ смыслѣ дѣйствуетъ непосредственно на юридическое отношеніе bonae fidei и напротивъ не разрушаетъ отношенія stricti juris, при чемъ оба положенія понимаются въ современномъ смыслѣ, т. е. считаются удобопримѣнимыми при единствѣ юридической системы. Но подобный взглядъ не соотвѣтствуетъ источникамъ. Во-первыхъ, римскіе юристы, смотря на дѣло съ точки зрѣнія результатовъ, не находятъ разницы между stricti juris judicium, снабженнымъ exceptio, и bonae fidei judicium (примѣч 41); во-вторыхъ, въ bonae fidei judicium они распространяютъ officium judicis на респектированіе обстоятельствъ, не относящихся непосредственно къ праву истца [64]); въ-третьихъ, весь вопросъ о разграниченіи дѣйствія

[63]) L. 21 D. sol. mat 24. 3, cp. Vat Frg. § 94, L. 84 § 5 de leg. 1. L. 7 § 6 D. de pactis 2. 14, Savigny System V 467 nota a.

[64]) Usurae in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione

exceptio и officium judicis они сводятъ не столько на какой-либо юридическій принципъ, сколько на формализмъ права [65]).

Вторженіемъ bona fides въ иски sricti juris не ограничивается роль exceptiones второй группы. Сюда слѣдуетъ причислить еще всѣ тѣ exceptiones, которыя выражаютъ собою нарушеніе преторомъ нормъ стараго права вообще Эти exc. слѣдующія:

1) E. justi dominii [66]). Хотя эта exceptio защищаетъ институтъ стараго права, но она основана на нормѣ новаго происхожденія. Пока a. Publiciana была назначена только для бонитарной собственности, до тѣхъ поръ конечно, не было нужды давать отвѣтчику защиту его justum dominium. Но потребность въ этой защитѣ должна была появиться при примѣненіи a. Publiciana въ случаяхъ, составившихъ ея область въ позднѣйшее время. Было признано, что въ случаѣ добросовѣстнаго владѣнія пріобрѣтеннаго non a domino, dominus не долженъ терять своего права, а слѣдовательно, и искъ, защищавшій владѣльца противъ всѣхъ, долженъ былъ быть ограниченъ относительно своего примѣненія противъ dominus'a, для каковой цѣли и составили exceptio justi dominii.

2) E legis Cinciae [67]). Lex Cincia была lex imperfecta [68]), и поэтому не уничтожала акта запре-

proficiscantur quam ex officio judicis applicentur L. 54 pr. D. loc. 19. 2, ср. L. 49 § 1, D. a. e. v. 19 1, L. 32 § 3 D. de usuris 22. 1, L. 2 Cod. depositi 4. 34.

[65]) Quaedam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit... de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare.

[66]) L. 16 D de P. A. 6. 2.

[67]) Ср Alhrecht § 11, Eisele стр. 84.

[68]) Ulp. I § 1.

щеннаго даренія ipso jure. Когда преторъ нашелъ нужнымъ ввести подобное уничтоженіе, тогда онъ долженъ былъ употребить для этой цѣли exceptio.

3) E. legis Plaetoriae [69]. Lex Plaetoria тоже не влекла за собою ничтожности сдѣлки несовершеннолѣтняго, такъ что exceptio и здѣсь явилось единственнымъ возможнымъ къ тому средствомъ.

Существуетъ попытка [69*]) объяснить подобнымъ же образомъ e. Sc. Vellejani и c. sc. Macedoniani Эта попытка исходитъ изъ того предположенія, что названные сенатусконсульты примыкаютъ къ aequitas и не затрогиваютъ jus civile. Я не считаю это объясненіе вполнѣ удовлетворительнымъ и могу принять его только въ связи съ другимъ объясненіемъ, которое будетъ приведено ниже.

—

Такова первоначальная область exceptio. Что касается до дальнѣйшихъ подробностей ея историческаго развитія, то онѣ не сохранены источниками, возстановленіе же ихъ не входитъ въ задачу настоящаго изслѣдованія, хотя, по всей вѣроятности, подобный трудъ, еслибы кто нибудь его предпринялъ, не оказался бы ни безплоднымъ, ни безполезнымъ [70]).

---

[69]) Ср. Ihering Geist III стр 118 (2 изд.), Eisele стр. 88

[69*]) Eisele стр. 91 и 96

[70])Возстановленіе историческаго хода развитія должно заключать въ себѣ не столько опредѣленіе порядка въ появленіи отдѣльныхъ конкретныхъ явленій, сколько болѣе подробную классификацію этихъ явленій, имѣющую цѣлью разбить ихъ на группы съ историческимъ значеніемъ и опредѣлить виды и разновидности мотивовъ, которыми онѣ вызваны, и цѣлей, которымъ онѣ служили, и ихъ взаимодѣйствіе. Очевидно, что при такомъ изслѣдованіи исторія exceptio будетъ въ то же время и исторіей понятій матеріальнаго права, защищенныхъ чрезъ exceptio.

Я ограничусь здѣсь двумя замѣчаніями Источники отличаютъ между exceptiones такія, которымъ они придаютъ названіе exceptio in factum, и отличительное свойство которыхъ состоитъ въ томъ, что въ ихъ основаніи лежитъ опредѣленное индивидуальное обстоятельство, тогда какъ обстоятельство, служащее основаніемъ прочимъ exceptiones, представляетъ нѣчто генерическое (напр. dolus, metus); въ случаяхъ перваго рода разрѣшенію судьи подлежитъ вопросъ, существуетъ ли указанное формулой событіе, въ случаяхъ же втораго рода этотъ вопросъ видоизмѣняется такъ: обстоятельства, связанныя съ спорнымъ юридическимъ отношеніемъ, подходятъ ли подъ типъ, указанный въ формулѣ [71]). Въ этихъ двухъ родахъ exceptio надо видѣть двѣ фазы историческаго ея развитія. Первоначально каждая exceptio была формулирована in factum, затѣмъ для наиболѣе употребляемыхъ родовъ exceptio могла образоваться общая юридическая теорія, извѣстная судьѣ, и тогда стали ограничиваться однимъ простымъ указаніемъ на родъ оправдывающаго обстоятельства. Неправильно поступаютъ, когда въ приведенномъ различіи видятъ нѣчто аналогичное различію между исками in jus conceptae и in factum conceptae [72]), ибо послѣдній видъ исковъ только въ первую эпоху своего существованія могъ быть тѣмъ, что представляетъ собою exceptio in factum; напротивъ, съ теченіемъ времени среди actiones in factum образовалось различіе (хотя и не обозначенное особымъ именемъ), подобное тому, которое существовало среди exceptiones, и многія actiones in factum стали заключать въ себѣ ссылки на генерическіе факты и предпо-

[71]) Ср. Keller Civil. Proc. § 35 стр 138, 139

[72]) Keller тамъ же.

лагали существованіе особыхъ теорій, служившихъ ихъ основаніемъ [73]). Поэтому правильнѣе въ различіи генерическихъ exceptiones и e. in factum видѣть аналогію различію, существовавшему среди a. in factum; въ этомъ отношеніи процессъ историческаго развитія a. in factum и exceptiones представляетъ полное сходство; иначе и не могло быть, такъ какъ оба эти явленія представляютъ собою совершенно однородныя преторскія средства, различавшіяся лишь тѣмъ, что одно изъ нихъ назначено было служить цѣлямъ истца, а другое — интересамъ отвѣтчика.

Кромѣ процесса генеризаціи въ исторіи exceptio можно подмѣтить еще другой процессъ. Нѣкоторыя нормы, введенныя преторомъ и направленныя противъ дѣйствія нормъ древняго права, мало-по-малу стали настолько обычными, что принято было давать имъ дѣйствіе не путемъ exceptio, а просто ipso jure. Слѣдъ подобнаго явленія я вижу въ контроверзахъ, существовавшихъ во время Гая по вопросу, уничтожаются ли обязательства, когда кто либо съ согласія вѣрителя aliud pro alio solverit [74]). По принципамъ древняго права подобная solutio не могла имѣть желаннаго дѣйствія. Затѣмъ преторъ защитилъ отвѣтчика ope exceptionis, въ пользу чего и склонялась одна изъ споривших сторонъ; а потомъ стали считать возможнымъ уничтоженіе обязательства въ этомъ случаѣ ipso jure,—мнѣніе, поддержанное у Гая другою спорившею партіею.

---

[73]) Примѣры см у Keller'a на стр. 130. Si paret, dolo malo Numeri factum esse, et rel., или si paret ... eamque pecuniam neque solutam..; въ этихъ случаяхъ судья долженъ былъ знать теорію dolus и solutio.

[74]) Gaj. III § 168.

Возможность перехода защиты ope exceptionis въ защиту ipso jure обнаруживаетъ уже упадокъ убѣжденія о неравноправности преторскаго права и jus civile, а слѣдов. и значенія exceptio, какъ своеобразнаго и самостоятельнаго процессуальнаго средства; послѣдующее изложеніе откроетъ намъ рядъ явленій, свидѣтельствующихъ о дальнѣйшемъ ходѣ этого упадка.

РАСПРОСТРАНЕНІЕ ОБЛАСТИ EXCEPTIO

Исчисленными выше случаями далеко не исчерпывается область извѣстныхъ намъ exceptiones; кромѣ ихъ существуетъ еще цѣлый рядъ судебныхъ средствъ этого рода, происхожденіе которыхъ не можетъ быть объяснено мотивами, подобными указаннымъ. Вслѣдствіе этого, чтобъ оправдать изложенный выше взглядъ на происхожденіе первоначальной группы exceptio, необходимо показать, что происхожденіе всѣхъ другихъ видовъ exceptio можетъ быть объяснено удобопріемлемыми мотивами инаго рода, чѣмъ подтвердится и правильность раздѣленія всей области exceptio на двѣ историческія группы

Какъ уже замѣчено (стр. 139), до сихъ поръ шли инымъ путемъ и стремились объяснить происхожденіе всѣхъ exceptiones однимъ принципомъ, но всѣ подобнаго рода попытки оказывались неудачными. Часть ихъ оканчивалась тѣмъ, что формулировался принципъ, совершенно несоотвѣтствовавшій римскому воззрѣнію на предметъ (стр. 129 слѣд.) и приводившій подъ-часъ къ выводамъ близкимъ къ противорѣчію съ прямыми историческими указаніями. Такъ напр. одинъ писатель этого направленія объявилъ, что „кто посмотритъ не предупрежденными глазами на „свидѣтельства источниковъ (Gaj IV § 118, § 7 Inst.

*

„h. t. 4.13), тотъ убѣдится, что образованіе exceptiones, „по взгляду римскихъ юристовъ шло параллельно съ „образованіемъ actiones, такъ что не существуетъ ни„какого основанія принимать exceptiones civiles за „подражаніе, точно также какъ нельзя сдѣлать того „же относительно actiones civiles“ [75]). Еще небольшой шагъ впередъ въ развитіи той же мысли, и можно было бы объявить, что exceptiones civiles, подобно actiones civiles, составляютъ первоначальную группу, основанную древнимъ правомъ, т е придти въ противорѣчіе съ Гаемъ, удостовѣряющимъ, что exceptio есть явленіе новаго права. Другіе писатели, хотя имъ и удалось найти принципы, болѣе или менѣе примѣнимые ко всѣмъ exceptiones,—не объяснили однако нѣкоторыхъ особыхъ сторонъ римскаго воззрѣнія на exceptio. Сюда относится напр. возведеніе въ принципъ того факта, что exceptio представляетъ собою указаніе на обстоятельство неизвѣстное судьѣ и др. т п. (стр. 144).

Разнообразную массу exceptiones, не отнесенныхъ мною къ первоначальной области, слѣдуетъ раздѣлить на слѣдующія три группы:

a) Exceptiones, направленныя противъ actiones in factum (расширеніе 1-й группы первоначальной области).

b) E., основанныя на принципѣ bona fides и направленныя противъ actiones bonae fidei (расширеніе 2-й группы первоначальной области).

c) E., основанныя на jus civile и направленныя вообще противъ всѣхъ исковъ (новый родъ)

Происхожденіе же ихъ объясняется слѣдующимъ образомъ:

Юридическое представленіе объ exceptio просуще-

---

[75]) Savigny System V стр. 174—175.

ствовало, какъ представленіе строго отграниченное, сравнительно недолгое время. Преторское право получало все бо̀льшій и бо̀льшій авторитетъ, и его равноправность съ закономъ должна была сознаться юристами [76]; формальное признаніе преторскаго эдикта источникомъ права, совершившееся при Адріанѣ, было не болѣе какъ выраженіе раньше сложившагося взгляда на этотъ предметъ Если все это не мѣшало юристамъ повторять по привычкѣ затверженное ими старое ученіе объ юридическомъ значеніи exceptio, то, съ другой стороны, это ученіе потеряло всякое живое значеніе для самихъ юристовъ и не могло поэтому служить мѣриломъ при пользованіи exceptio, какъ процессуальнымъ средствомъ; съ практической точки зрѣнія exceptio стало представлять не болѣе какъ извѣстнаго рода оговорку, помѣщаемую въ формулѣ Мы видѣли (стр. 141), что оговорки подобнаго рода имѣли мѣсто во всѣхъ вообще формулахъ in factum. Какъ скоро юридическое значеніе exceptio, какъ средства борьбы претора противъ jus civile, утратилось,—исчезъ признакъ, отличавшій exceptiones въ юридическомъ смыслѣ (направленныя противъ a. civiles) отъ exceptiones въ грамматическомъ смыслѣ (имѣвшихъ мѣсто въ формулахъ in factum): юридическая exceptio въ сущности сдѣлалась тѣмъ же, чѣмъ была и грамматическая, и терминъ exceptio сталъ прилагаться безразлично ко всѣмъ отрицательнымъ оговоркамъ въ формулѣ. Такимъ образомъ случилось напр , что e. jurisjurandi получило признаніе противъ всѣхъ исковъ [77]; подобно этому и e rei judi-

---

76) Nam etipsum jus honorarium viva vox est juris civilis (L. 8 D. deJ et. J. 1. 1) —Nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium (L 11 D. eod.).

77) Quacumque autem actione quis conveniatur, si juraverit,

catae стало прилагаться безъ различія противъ исковъ всѣхъ родовъ, чему также не мало должно было содѣйствовать и то обстоятельство, что въ имперіи исчезло различіе judicium legitimum и judicium quod imperio continetur. Какъ на результатъ исчезновенія строгаго значенія exceptio, надо смотрѣть на обозначеніе терминомъ exceptio, помѣщаемой въ condemnatio оговорки in id quod facere potest. „На самомъ дѣлѣ эта „оговорка заключала въ себѣ не отрицательное усло„віе иска, но простое ограниченіе condemnatio, по„добное многимъ другимъ ограниченіямъ того же рода, „и на exceptio она похожа была лишь тѣмъ, что не „составляла обыкновенной части формулы, но должна „была выражаться особо въ каждомъ отдѣльномъ „случаѣ“ [78]). Употребленіе термина exceptio въ разговорномъ смыслѣ имѣло и дальнѣйшее развитіе [79]).

Смѣшеніе exceptio въ юридическомъ и грамматическомъ смыслѣ составляетъ характеристическую черту второй половины исторіи этого явленія. Другая относящаяся сюда черта заключается въ томъ, что, несмотря на упадокъ юридическаго значенія exceptio, она не вышла изъ употребленія, а, напротивъ, послѣднее распространялось все больше и больше и проникало въ сферы, прежде для нея недоступныя. Это объясняется тѣми удобствами, которыя exceptio въ грамматическомъ смыслѣ представляла при достиженіи процессуальныхъ цѣлей.

Когда для служенія извѣстнымъ цѣлямъ испробованы всѣ пригодныя къ тому средства, тогда не

---

proficiet si jusjurandum, sive in personam sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur, sive de interdicto L. 3 § 1 D. de jurejur. 12. 2.

[78]) Keller Civ. Proc. § 36, стр. 146—147.

[79]) См. объ этомъ тамъ же nota 402.

ищутъ новыхъ путей, назначенныхъ для достиженія тѣхъ же цѣлей Но когда какая-либо посторонняя причина сформировала новыя средства, которыя оказываются годными не только къ употребленію согласно своему непосредственному назначенію, но и къ достиженію иныхъ результатовъ, тогда можетъ случиться, что новое средство будетъ обращено на служеніе старымъ цѣлямъ, достигавшимся прежде старыми средствами, послѣднія же выйдутъ изъ употребленія. Такъ именно было въ исторіи exceptio. Появившись въ сферѣ свободной отъ старыхъ обычаевъ (formula in factum), сформированная консерватизмомъ юриспруденціи въ юридическій институтъ, exceptio оказалась годною для другихъ процессуальныхъ цѣлей и была употреблена на служеніе имъ.

Въ этомъ своемъ назначеніи exceptio не имѣетъ никакого самостоятельнаго юридическаго характера. Она есть не что иное, какъ простая оговорка, указывающая судьѣ на обстоятельство, которое можетъ ускользнуть отъ его вниманія, но разсматриваніе котораго въ данномъ случаѣ необходимо. Во время, когда правовая система значительно усложнилась, когда географическая область юрисдикціи магистратовъ сдѣлалась довольно обширною, вслѣдствіе чего судья велъ свое judicium вдали отъ магистрата и не могъ безъ особенныхъ затрудненій обращаться къ нему за совѣтами,—когда, благодаря большому количеству процессовъ, подобныя справки могли бы черезчуръ отяготить самого магистрата,—и когда, наконецъ, вслѣдствіе запутанности юридическихъ теорій и развитія контроверзъ среди юристовъ, было не безопасно оставить судью на произволъ юристовъ-совѣтчиковъ,—тогда оговорка различныхъ подробностей въ формулѣ представлялась весьма удобнымъ средствомъ. обезпечивавшимъ магистрату проведе-

ніе въ процессѣ его юридическихъ воззрѣній, облегчавшимъ судью и выводившимъ стороны изъ неизвѣстности объ объективныхъ нормахъ, по которымъ будетъ разрѣшено ихъ дѣло. Оговорки въ формѣ условныхъ предложеній были пущены въ ходъ. По привычкѣ и вслѣдствіе упадка юридическаго значенія exceptio, replicatio и др., оговорки были обозначены тѣми же именами; но очевидно, что въ своемъ новомъ приложеніи эти имена означали уже нѣчто иное, чѣмъ прежде.

Приведу нѣсколько примѣровъ. Когда кто-либо поручалъ всѣ свои дѣла двумъ повѣреннымъ (procuratores omnium rerum), тогда по общему правилу не предполагалось, что эти повѣренные получали полномочіе взыскивать долги другъ съ друга [80]). Но могло случиться, что кто-нибудь довѣряя взысканіе долговъ вообще одному изъ повѣренныхъ B, взысканіе долговъ съ этого послѣдняго поручалъ его товарищу A Очевидно, что оба эти полномочія представляютъ не иное что, какъ отдѣльные пункты содержанія юридической сдѣлки и не даютъ никакого матеріала для exceptio въ юридическомъ смыслѣ. Тѣмъ не менѣе юристъ выражаетъ ихъ въ процессуальной формулѣ въ видѣ exceptio и replicatio; противъ иска A., предъявленнаго къ B., этотъ послѣдній въ формѣ exceptio возражаетъ: „взысканіе долговъ поручено мнѣ, а не тебѣ“, на что A. отвѣчаетъ въ формѣ replicatio: „но взысканіе долговъ съ тебя поручено мнѣ“ [81]). Другой примѣръ. Actio pigneraticia contraria была назначена для того, чтобы защитить залогодержателя противъ мошенничества со стороны залогодателя [82]); очевидно, что согласно

[80]) L. 47 D. de procur. 3.3

[81]) L. 48 D. eod.

[82]) Tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit L. 1 § 2 in fine D. de pign. act. 13. 7.

своему назначенію этотъ искъ былъ бы умѣстенъ и въ такомъ случаѣ, когда залогодержатель въ ожиданіи немедленной уплаты денегъ возвращалъ заложенную вещь должнику, послѣдній же, не платя денегъ, мошенническимъ образомъ скрывалъ вещь. Но юристъ допускаетъ здѣсь возможность ссылки отвѣтчика на то обстоятельство, что залогъ былъ возвращенъ (exceptio de pignore reddito), противъ чего въ свою очередь даетъ истцу replicatio doli [83]. Такимъ образомъ цѣль иска достигается не непосредственно имъ самимъ, а лишь путемъ replicatio, причемъ юридическое основаніе послѣдней (dolus) то же, какъ и юридическое основаніе иска (stellionatum). Или третій примѣръ. Actio institoria служитъ лицу, заключившему сдѣлку съ довѣреннымъ рабомъ, для взысканія должнаго съ хозяина раба. Очевидно, что въ томъ случаѣ, когда хозяинъ раба предувѣдомляетъ это лицо, что оно не должно вѣрить рабу, приставленному къ предпріятію, то сдѣлка его съ рабомъ не заключаетъ необходимой принадлежности ея — предварительнаго согласія на нее хозяина, а потому является недѣйствительною, а, слѣдовательно, и самый искъ здѣсь не у мѣста. Тѣмъ не менѣе юристъ и въ этомъ случаѣ допускаетъ actio negatoria, а защиту хозяина формулируетъ въ exceptio „si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet“. Если же окажется, что хозяинъ, несмотря на прежнее несогласіе свое на сдѣлку, воспользовался выгодами, изъ нея проистекшими, и если онъ не возвратилъ этихъ выгодъ по принадлежности, то противъ его exceptio дается replicatio doli, и такимъ образомъ actio institoria получаетъ осуществленіе [84].

---

[83]) L. 3 D. eod.

[84]) L. 17 § 4 D. de inst. act 14. 3.

Общая черта приведенныхъ примѣровъ заключается въ томъ, что они имѣютъ дѣло съ случаями нѣсколько спеціальными, не подходящими подъ обыкновенный типъ, а потому способными возбудить со стороны судьи нѣкоторыя сомнѣнія, ради устраненія которыхъ и помѣщаются въ формулѣ оговорки. Нѣтъ никакого другаго мотива, который могъ бы объяснить, что въ приведенныхъ трехъ случаяхъ exceptio и replicatio были употреблены для иныхъ цѣлей, и показать, что exceptio въ этихъ случаяхъ имѣла какое-нибудь юридическое значеніе. Для объясненія цѣлаго ряда другихъ случаевъ точно также не можетъ быть найдено никакихъ соображеній въ послѣднемъ смыслѣ, и взглядъ на exceptio, какъ на простую оговорку, назначенную для возбужденія особеннаго вниманія со стороны судьи къ упомянутому въ ней обстоятельству, соотвѣтствуетъ вполнѣ ея дѣйствительному значенію.

Коль скоро употребленіе exceptio римскими юристами стало на вышеописанную дорогу, тогда, конечно, оно не могло уже связываться съ отношеніемъ преторскаго права къ jus civile, а стало умѣстно во всѣхъ случаяхъ безъ различія. Такимъ образомъ, рядомъ съ развитіемъ exceptio въ формулахъ in factum conceptae, она проникла въ формулы исковъ bonae fidei и какъ тамъ, такъ и въ формулахъ stricti juris стала основываться на обстоятельствахъ, по природѣ своей способныхъ дѣйствовать ipso jure. Я не буду останавливаться на подробномъ разсмотрѣніи относящихся сюда явленій, такъ какъ они были уже объяснены нѣсколько разъ болѣе или менѣе удачно [83]). Во время классической юриспруденціи описанная фаза exceptio достигла уже своего полнаго развитія, и всѣ

[83]) См. Albrecht стр. 52 сл. Eisele стр. 107 сл

встрѣчающіеся въ источникахъ случаи exceptiones, которые не могутъ быть объяснены съ точки зрѣнія вторженія преторскаго права въ jus civile, должны быть безъ затрудненія причисляемы къ явленіямъ этой второй фазы Если эта фаза не нашла себѣ никакого отголоска въ теоріи римскихъ юристовъ, то такъ произошло потому, что она совершенно не нуждалась въ теоретической конструкціи и безъ ущерба своему существованію могла не выходить за границы судебной дѣятельности юристовъ. Теорія знала только первую фазу въ развитіи exceptio и по привычкѣ продолжала сохранять ее. Но это обстоятельство не должно вести къ заблужденіямъ, и въ особенности слѣдуетъ остеречься отъ заключенія, что exceptio оставалась неизмѣняемою на практикѣ точно также какъ она была неизмѣнима въ теоріи [86]). Теорія римскихъ юристовъ не всегда соотвѣтствовала своему субстрату, и согласно съ этимъ юристы обладали рѣдкою въ наше время способностью—искать разрѣшенія юридическихъ вопросовъ не въ теоріяхъ, а въ непосредственномъ сознаніи практическихъ потребностей гражданскаго оборота. Вслѣдствіе этого римскіе юристы могли совершенно свободно повторять по привычкѣ старое ученіе объ exceptio, а между тѣмъ давать этому явленію совершенно новое направленіе [87]).

---

[86]) Ошибка, которая весьма распространена. Указанія на старыхъ ея послѣдователей см Albrecht стр. 82, изъ новыхъ достаточно указать на Birkmeyer'a.

[87]) Какъ на результатъ этого послѣдняго слѣдуетъ указать на паденіе различія между защитою „ope exceptionis“ и „officium judicis“. См. L. 58 D. de hered pet 5. 3, L. 6 § 9 D com. div. 10. 3.—Значеніе „ipso jure“ измѣнилось въ исторіи подобно exceptio ср Eisele стр. 61 сл

VI.

Общій обзоръ.

(Окончаніе).

Предыдущее даетъ возможность сдѣлать систематическую классификацію явленій, порожденныхъ въ области римскаго права консерватизмомъ юриспруденціи

Вся совокупность этихъ явленій должна быть прежде всего раздѣлена на двѣ группы. Къ первой группѣ относятся явленія, которыя представляютъ собою непосредственное выраженіе консерватизма какъ силы, сохраняющей неразрывность ассоціацій юридическихъ представленій. Дѣйствіе консерватизма въ этомъ случаѣ двояко: въ отношеніи старыхъ юридическихъ представленій оно проявляется положительнымъ образомъ, въ отношеніи же новыхъ—отрицательнымъ. Эта двойственность не есть нѣчто объективное, а составляетъ результатъ разсматриванія одного и того же явленія съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія; мы имѣемъ здѣсь дѣло съ двумя сторонами одного предмета, одновременно сосуществующими и взаимно обусловливающими существованіе другъ друга Въ положительной сторонѣ дѣйствія консерватизма лежитъ звено, связующее консерва-

тизмъ съ его причинами, въ отрицательной—источникъ дальнѣйшаго развитія области его проявленій. Вторая группа содержитъ въ себѣ результаты такого развитія. Сюда принадлежатъ тѣ юридическія конструкціи, назначеніе которыхъ заключалось въ обезоруженіи консерватизма въ сферѣ практической жизни.

Двѣ указанныя группы выражаютъ собою двѣ послѣдовательныя стадіи въ процессѣ консервативнаго мышленія Граница обѣихъ стадій лежитъ въ томъ критическомъ моментѣ, когда при появленіи необходимости въ реформѣ дѣйствующаго права юриспруденція приходитъ къ подготовленному долгимъ предшествующимъ историческимъ процессомъ сознанію о неприкосновенности установившихся уже ассоціацій юридическихъ представленій. Въ римской юриспруденціи проявленіе консерватизма въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ проходило обыкновенно обѣ стадіи; но въ нѣкоторыхъ, сравнительно весьма немногочисленныхъ случаяхъ имѣла мѣсто только первая изъ нихъ, такъ что мышленіе юриста оставалось непримиреннымъ съ гражданскимъ оборотомъ Такъ, in jure cessio до конца своего существованія была подвергнута ряду ограниченій, которыя вовсе не были умѣстны относительно ея, какъ акта перенесенія правъ, и существованіе этихъ ограниченій объясняется исключительно тѣмъ обстоятельствомъ, что in jure cessio по своей формѣ была сколкомъ съ l. a. in rem sacramento [1]). Годовая давность преторскихъ исковъ удержалась въ иныхъ случаяхъ и тогда, когда преторское право было вполнѣ возведено на степень закона, причемъ юристамъ не было чуждо объяснять ея существованіе мотивами, потерявши-

[1]) Keller Der romische Civilprocess § 24.

ми въ ихъ время всякое практическое значеніе [2]). Третій примѣръ представляетъ разсмотрѣнное уже выше (стр. 52) непримѣненіе mancipatio къ вещамъ nec mancipi —Всѣ эти и другіе подобные имъ случаи свидѣтельствуютъ, что вторая стадія въ развитіи консервативнаго мышленія не вытекаетъ непосредственно изъ первой его стадіи, а требуетъ для своего проявленія извѣстнаго напряженія умственныхъ силъ. Она состоитъ въ исканіи и изобрѣтеніи юриспруденціею средствъ своего примиренія съ гражданскимъ оборотомъ, и гдѣ трудъ этого исканія не окупился бы полученными отъ него выгодами, тамъ онъ не предпринимается вовсе.

Въ римскомъ правѣ эта вторая стадія проявлялась въ различныхъ формахъ, и поэтому относящіяся сюда юридическія явленія подлежатъ въ свою очередь нѣсколькимъ подраздѣленіямъ. Всѣ средства примиренія консерватизма юриспруденціи съ гражданскою жизнью должны быть раздѣлены на два главные рода Или юриспруденція выходитъ изъ того основнаго положенія, что должно быть сохранено единство правовой системы,—и въ такомъ случаѣ аналогія служитъ нормальною формою юридическаго мышленія. Или же юристы мыслятъ новыя для нихъявленія правовой жизни какъ нѣчто совершенно чуждое господствующей системѣ права, — и тогда дуализмъ юридической системы дѣлается неизбѣжнымъ. Оба пріема способны къ различнымъ видоизмѣненіямъ. Четыре основные типа аналогическаго умозаключенія мы видѣли выше; что же касается до систематики проявленій дуализма, то она не была еще воспроизведена вполнѣ и потому будетъ здѣсь умѣстна. Надо различать дуализмъ правъ и дуализмъ судебныхъ средствъ. Области рас-

---

[2]) L. 35 D. de O. et A. 44. 7.

пространенія обоихъ видовъ дуализма не совпадаютъ вполнѣ между собою. Во многихъ случаяхъ дуализму правъ соотвѣтствуетъ дуализмъ защищающихъ эти права исковъ. Но есть случаи, гдѣ защита параллельнаго права достигается путемъ аналогіи, обыкновенно въ формѣ фикціи; есть также такіе случаи, гдѣ при систематическомъ неразличеніи извѣстныхъ юридическихъ отношеній для судебной защиты ихъ существуютъ различные иски. Эти послѣдніе преимущественно предъ другими были названы выше параллельными исками.—Параллелизму исковъ соотвѣтствуетъ въ области судебныхъ средствъ, назначенныхъ для отвѣтчика, различіе между защитой ipso jure и ope exceptionis въ первоначальномъ своемъ смыслѣ. Exceptio есть не что иное какъ параллельный искъ, но исходящій только не со стороны истца, а со стороны отвѣтчика.

Такимъ образомъ классификація проявленій консерватизма юриспруденціи можетъ быть представлена въ слѣдующей схемѣ:

Консерватизмъ юриспруденціи.

Его причины:

Конкретность и Объективизмъ мышленія

ПЕРВАЯ СТАДІЯ.
Непосредственныя проявленія
Двѣ стороны:

1. Положительная. Сохраненіе ассоціацій юридическихъ понятій и представленій неизмѣняемыми

2. Отрицательная: Непризнаніе за новыми явленіями гражданской жизни юридическаго значенія

ВТОРАЯ СТАДІЯ.
Средства примиренія съ потребностями гражданской жизни
Двѣ послѣдовательныя фазы:

1 **Аналогія.**
1. Образованіе юридическихъ сдѣлокъ.
2. Интерпретація закона.
3. Преторскія стипуляціи.
4. Фикціи.

2. **Дуализмъ.**

1. Дуализмъ правъ.
1. Дуализмъ правъ вмѣстѣ съ дуализмомъ исковъ.
2. Самостоятельный дуализмъ правъ.
3. Самостоятельный дуализмъ исковъ (параллел. иски въ тѣсн. смыслѣ).

2. Дуализмъ судебныхъ средствъ.
Параллельн. иски (въ широк. смыслѣ).
Exceptio.

Выше были приведены случаи, гдѣ консерватизмъ римскихъ юристовъ остался непримиреннымъ съ гражданскою жизнью вслѣдствіе того, что въ этихъ случаяхъ развитіе консервативнаго мышленія не пошло далѣе первой своей стадіи. Но и тогда, когда оно проходило обѣ стадіи. полное примиреніе не достигалось иногда благодаря другой особенности древняго мышленія. У римскихъ юристовъ было стремленіе догматизировать историческія различія въ правѣ, при чемъ они не довольствовались однимъ формулированіемъ такихъ различій въ отвлеченныя теоретическія положенія, а, развивая эти послѣднія дедуктивнымъ образомъ, давали имъ нѣкоторое практическое примѣненіе. Рельефный примѣръ этого пріема даетъ ученіе о безформенныхъ соглашеніяхъ (pacta) въ связи съ ученіемъ объ exceptio. Въ предыдущей главѣ (стр 133) было указано, что догматизированіе ученія объ юридической сущности exceptio и о различіи этого вида судебной защиты отъ защиты ipso jure не вело къ практическимъ послѣдствіямъ, а оставалось въ границахъ теоріи. Но въ одномъ случаѣ встрѣчается интересное уклоненіе отъ такого порядка. Этотъ случай принадлежитъ къ ученію о pacta. Извѣстно, что состоявшееся между вѣрителемъ и должникомъ соглашеніе о прекращеніи связывающаго ихъ обязательственнаго отношенія дѣйствуетъ въ различныхъ случаяхъ различнымъ образомъ: въ однихъ случаяхъ—ipso jure, въ другихъ—ope exceptionis [4]). По мнѣнію одного римскаго юриста, это послѣднее различіе должно имѣть существенное значеніе тогда, когда между вѣрителемъ и должникомъ состоялся рядъ соглашеній (pacta), противоположныхъ одно другому

[3]) L. 17 § 1 D. de pactis. 2. 14, L. 7 §§ 4—6 D. eod.

[4]) Paullus въ L. 27 § 2 D. eod.

по содержанію Если pactum уничтожаетъ обязательство ipso jure, то, коль скоро состоялось направленное къ этой цѣли соглашеніе, никакое послѣдующее pactum не можетъ возродить разъ уничтоженное обязательство. Напротивъ, если pactum проявляетъ свое дѣйствіе только ope exceptionis, то новое соглашеніе можетъ (чрезъ replicatio) устранить первое, и обязательство снова получаетъ жизнь. Одно изъ практическихъ послѣдствій этихъ правилъ заключается въ томъ, что поручители по стипуляціи (fidejussores) не могутъ ссылаться на соглашеніе вѣрителя и должника о сложеніи долга, коль скоро оно было отмѣнено. Оправданіе всей этой конструкціи юристъ находитъ въ томъ обстоятельствѣ, что exceptio основываетъ свою силу не на правѣ, а на „фактѣ“. Такимъ образомъ чисто историческое различіе между jus и factum, въ извѣстномъ ихъ римскомъ смыслѣ, оказывается разсмотрѣннымъ со стороны римскаго юриста какъ догматическое понятіе и родитъ послѣдствія съ практическимъ значеніемъ.

За указанными ограниченіями слѣдуетъ признать господствующимъ въ исторіи римскаго права явленіемъ, что заключавшаяся въ консерватизмѣ юриспруденціи задерживательная сила парализировалась средствами, которыя юридическое мышленіе находило противъ нея въ самомъ себѣ. Это обстоятельство должно служить исходнымъ моментомъ при оцѣнкѣ историческаго значенія консерватизма мышленія въ правѣ Въ громадномъ большинствѣ своихъ проявленій онъ представляется не болѣе, какъ свое образною фазою въ развитіи юриспруденціи и вовсе не означаетъ, что прогрессъ въ области права былъ чуждъ юриспруденціи римской болѣе, чѣмъ какой-либо другой. Различіе заключалось не въ конечныхъ за-

дачахъ юридическаго мышленія, а лишь въ его формѣ.—Сравненіе римской формы съ современною можетъ пояснить эту мысль. Современное образованіе юридическихъ понятій можно обозначить какъ генетическое. Постепенность въ развитіи понятій составляетъ его характеристическую черту; понятіе не остается долгое время безъ измѣненія, но и не дѣлаетъ рѣзкихъ скачковъ: каждое новое явленіе (интересъ) гражданской жизни, примыкая къ длинному ряду прежде освоенныхъ интересовъ, измѣняетъ понемногу общія нормы, и понемногу отпадаютъ находящіеся назади ряда отжившіе интересы Ходъ развивающагося такимъ образомъ понятія подобенъ ходу средняго члена прогрессіи, въ которой постепенно ростетъ число членовъ. Иначе шло образованіе понятій у римскихъ юристовъ. Дуализмъ, образованный ими въ юридической системѣ, представляетъ весьма наглядно способъ мышленія, наиболѣе имъ сродный Приступая къ реформѣ въ мірѣ юридическихъ понятій, римская юриспруденція прежде всего проводила рѣзкую границу между старыми и новыми правовыми интересами и для каждой изъ этихъ двухъ группъ явленій формулировала особыя нормы. Понятія различались здѣсь столь же рѣзко, какъ различаются величины средняго члена первой половины прогрессіи и средняго члена второй ея половины; между понятіями старой римской и новой системъ мы замѣчаемъ скачки, не находя переходныхъ звеньевъ. Даже тогда, когда юридическимъ нормамъ новаго происхожденія былъ данъ доступъ въ старую правовую сферу, онѣ не переставали разсматриваться какъ нѣчто совершенно ей чуждое, выраженіе чего мы видимъ въ exceptio.

Эта обособленность новыхъ юридическихъ понятій имѣла для развитія права два выгодныя послѣд-

ствія которыя были способны искупить въ значительной степени невыгодныя стороны консерватизма юриспруденціи. Первое изъ этихъ послѣдствій заключалось въ вполнѣ свободномъ развитіи новой правовой сферы. Тѣмъ самымъ, что новыя юридическія понятія разсматривались совершенно самостоятельно и независимо отъ старыхъ идей, ихъ развитіе находилось внѣ вліянія старыхъ идеаловъ. Если бы способы пріобрѣтенія вещей nec mancipi были включены въ систему квиритскихъ способовъ, или если бы ссылка на dolus принималась при искахъ стараго права, какъ ихъ необходимое условіе, то могло бы случиться, что сообщество старыхъ явленій повліяло бы своеобразно на новыя, и оттѣнокъ формализма легъ бы на юридическую конструкцію traditio, ссылка же на dolus потерпѣла бы въ своемъ толкованіи нѣкоторыя ограниченія. Въ самомъ отверженіи новыхъ правовыхъ интересовъ отъ старой юридической системы заключалось противодѣйе противъ исключительности той силы, которая произвела это отверженіе. Юридическое мышленіе настоящаго времени не нуждается въ такомъ противодѣйи, ибо и ядомъ оно обладаетъ въ несравненно меньшей степени, положеніе же римской юриспруденціи было въ этомъ отношеніи совершенно иное.

Не менѣе важно другое благопріятное прогрессу послѣдствіе дуализма юридической системы. Многіе институты, самостоятельность которыхъ была вызвана исключительно консерватизмомъ юриспруденціи, послужили центромъ, куда могли примкнуть впослѣдствіи такія вновь образовавшіяся юридическія понятія, индивидуализированіе которыхъ оправдывается и съ точки зрѣнія ихъ содержанія. Такъ, къ представленію о бонитарномъ обладаніи, защищенномъ чрезъ a. Publiciana, примкнуло представленіе

о добросовѣстномъ владѣніи. Еслибъ оказалось возможнымъ доказать, что условіе явилось первоначально какъ искусственное средство создавать двустороннія обязательства, то этимъ самымъ былъ бы данъ другой примѣръ указаннаго процесса. Даже отъ такого искусственнаго института, какъ exceptio, сохранились слѣды вплоть до настоящаго времени. Хотя широкое примѣненіе, которое многіе юристы желаютъ оставить за нимъ по настоящее время, должно быть признано неправильнымъ, однако болѣе ограниченное пользованіе имъ можетъ найти за себя разумныя основанія. Exceptio представляетъ типъ судебной защиты отвѣтчика въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваніе права предоставлено вполнѣ его усмотрѣнію (Anfechtbarkeit).

Начатое сравненіе можетъ быть продолжено далѣе и дать результаты, бросающіе новый свѣтъ на изслѣдуемое здѣсь явленіе. Консерватизмъ юридическаго мышленія не есть явленіе исключительно римское. Въ подтвержденіе этой мысли нечего ссылаться на такія явленія, каково напр. англійское право, сходство котораго въ отношеніи его формальной отдѣлки съ правомъ римскимъ стало теперь почти общею фразою. Помимо сферъ юриспруденціи, стоящихъ въ непосредственной связи съ практическою стороною жизни права и потому не очень доступныхъ требованіямъ теоріи, присутствіе консерватизма мышленія обнаруживается въ такихъ его областяхъ, которыя съ перваго взгляда кажутся наименѣе для того удобными. Современная теоретическая догматика права изобилуетъ юридическими конструкціями, по своему достоинству стоящими много ниже общаго уровня ея развитія. Безотчетное удивленіе предъ величіемъ римскаго права, объясняемое вполнѣ исто-

рическими условіями развитія новой юриспруденціи, но въ настоящее время уже несоотвѣтствующее требованіямъ гражданской жизни, у многихъ юристовъ не перешло еще въ совершенно сознательную его оцѣнку и родитъ въ своихъ адептахъ стремленіе сохранить въ полной неприкосновенности римскія понятія и отдѣльные институты. Кромѣ примѣра этого стремленія, который дала намъ предыдущая глава (excerpio), можно привести не мало другихъ, ему родственныхъ. Долгое подчиненіе римскому праву отозвалось на современной юриспруденціи робостью въ конструированіи новыхъ юридическихъ понятій и упорнымъ желаніемъ объяснять правовыя явленія современной жизни принципами римскаго права. Такъ, исходя изъ положенія, что существованіе права мыслимо только въ непосредственной связи съ живымъ лицомъ, сочли необходимымъ фингировать личность за корпораціями, за praedium serviens, за отданною въ залогъ вещью, — какъ будто фикціи объяснили что-нибудь болѣе того, что заключалось здѣсь уже въ самомъ фактѣ существованія тѣхъ или другихъ правъ. Запутанность, господствующая въ теоріяхъ корреальнаго обязательства, кажется, въ немалой степени обязана своимъ существованіемъ тому обстоятельству, что юридическую конструкцію обязательства этого рода хотятъ объяснить, придерживаясь строго первоначальнаго понятія объ единствѣ обязательства. Подобное же мы видимъ въ тѣхъ теоріяхъ гипотечныхъ книгъ, которыя подводятъ актъ внесенія правъ въ эти книги подъ представленія о формальномъ актѣ. Іерингъ совершенно вѣрно поступаетъ, опредѣляя экономію юридическихъ понятій, какъ принципъ, свойственный юриспруденціи вообще. Но не трудно убѣдиться, что консерватизмъ мышленія переходитъ и за границы юридической сферы.

Мы видѣли, что консерватизмъ юриспруденціи состоитъ въ тѣсной связи со всѣмъ складомъ древняго правосозерцанія и составляетъ свойство юридическаго мышленія, необходимое при извѣстной ступени его развитія. Но складъ воззрѣній не составляетъ исключительнаго достоянія юридическаго міра, а свойства мышленія должны проявляться одинаково во всѣхъ сферахъ его дѣятельности. Созерцаніе, покоящееся на догматическомъ основаніи и исходящее изъ предположенія о вѣчной необходимости и неизмѣняемости существующаго порядка, есть явленіе извѣстной ступени культурнаго развитія и при извѣстныхъ условіяхъ всюду управляетъ человѣкомъ и обществомъ. По сіе время мы встрѣчаемъ его господствующимъ даже въ образованныхъ классахъ. Даже въ сферѣ, гдѣ сознательное отношеніе человѣка къ своей собственной дѣятельности болѣе, чѣмъ гдѣ-либо возможно и желательно,—въ сферѣ науки, указанный складъ воззрѣній далеко не потерялъ еще своего значенія. – При такой его всеобщности очевидно, что способность мышленія не замѣчать происходящихъ вокругъ него измѣненій и стремленіе сохранять во что бы то ни стало разъ сложившіяся понятія объ ассоціаціи представленій должны быть не менѣе всеобщи. Эта всеобщность распространяется далѣе и на средства, которыми консерватизмъ мышленія миритъ себя съ прогрессомъ жизни.

Для подтвержденія послѣдней мысли я приведу два примѣра: одинъ изъ римской жизни, другой изъ жизни европейской. Римская государственная система представляетъ въ своемъ послѣдовательномъ развитіи такія же фазы, какія наблюдаются въ исторіи системы гражданскаго права Рима Древняя политическая отчужденность, общая Риму вмѣстѣ съ дру-

гими, современными ему народами, выразилась въ исключительности первоначальныхъ государственныхъ отношеній и въ игнорированіи политическаго существованія приходившихъ въ Римъ иностранцевъ. Древнѣйшія средства, которыми старались улучшить положеніе этихъ послѣднихъ напоминаютъ собою первоначальный пріемъ, которымъ римскіе юристы подводили подъ дѣйствіе старой юридической нормы новыя правоотношенія. Иностранецъ отдавался подъ покровительство римскаго народа, такъ что покушеніе на права иностранца представлялось покушеніемъ на права самой римской республики. Послѣдующая форма государственнаго положенія перегриновъ представляетъ собою не болѣе какъ примѣненіе началъ дуализма къ государственной области. Сначала для италійцевъ формулируется особое политическое устройство, существующее рядомъ съ устройствомъ Рима. Затѣмъ, по мѣрѣ того, какъ италійцы вторгаются въ римскую республику, рядомъ съ послѣдней возникаетъ провинціальная государственная система, существующая внѣ политической системы города Рима Но какъ въ сферѣ гражданскаго права исключительность старой системы не спасла стараго права, которое подъ конецъ обратилось въ одно пустое слово, такъ это было и въ государственной жизни Незамѣтно исчезало безслѣдно древнее римское государство и вмѣсто него на историческую сцену выступило, въ лицѣ императора, широкое могущество провинціальнаго магистрата.

Другой примѣръ представляетъ исторія отношеній теологіи къ прочимъ отраслямъ знанія. Сначала теологія была всеобъемлещею и исключительною наукою, игнорировавшею возможность какихъ-либо другаго рода знаній кромѣ уже заключавшихся въ ней самой. Затѣмъ, при развитіи этихъ послѣднихъ, она

должна была, ради самосохраненія, не принимать ихъ въ свою сферу, и такъ называемыя „свѣтскія“ науки, обособившись, образовали самостоятельную область Мы присутствуемъ теперь при томъ моментѣ умствен наго развитія, когда научная и теологическая дѣятельность мышленія идутъ совершенно самостоятельными путями. Какой исходъ ожидаетъ этотъ параллелизмъ, покажетъ будущее.

Принимая формулированное Іерингомъ положеніе о томъ, что среди свойствъ юридическаго мышленія слѣдуетъ различать свойства спеціально юридическія и свойства болѣе общаго характера, слѣдуетъ причислить консерватизмъ юриспруденціи къ числу явленій послѣдняго рода. Это указываетъ предѣлы настоящему изслѣдованію. Если консерватизмъ мышленія не есть явленіе только юридическаго міра, то всестороннее историческое изслѣдованіе его не можетъ быть задачею юриста. Юристъ долженъ только описать его проявленія въ области права и предоставить дальнѣйшее его изученіе культурной исто ріи человѣчества.

ПОЛОЖЕНІЯ.

1. Въ процессѣ образованія объективнаго права слѣдуетъ различать два момента: причинную зависимость содержанія юридическихъ нормъ отъ потребностей гражданской жизни и актъ формулированія юридическихъ нормъ, представляющій собою актъ исканія средствъ удовлетворенія означенныхъ потребностей. Этотъ актъ исканія есть дѣятельность юридическаго мышленія или юриспруденціи въ широкомъ смыслѣ и подлежитъ самостоятельному историческому изслѣдованію. Стр 1—6.
2. Конкретность древняго мышленія и наклонность его къ объективизму въ созерцаніи существующихъ между людьми отношеній повторяются въ юридической сферѣ и своимъ совокупнымъ дѣйствіемъ родятъ консерватизмъ юриспруденціи. Консерватизмъ юриспруденціи заключается въ ея наклонности сохранять по возможности долго, не стѣсняясь практическими требованіями гражданскаго оборота, разъ установившіяся ассоціаціи юридическихъ представленій. Стр. 7—15, 51 (прим. 71), 83—88, 172.

3. Въ Римѣ консерватизмъ юристовъ пришелъ въ столкновеніе съ ихъ практическимъ чувствомъ, подсказавшимъ имъ о необходимости идти вслѣдъ за потребностями развивавшагося гражданскаго оборота, а къ примиренію послужили двѣ формы мышленія, при которыхъ старыя юридическія понятія сохранялись неизмѣнившимися, а новыя явленія правовой жизни общества получали юридическую защиту. Этими формами въ ихъ исторической преемственности были аналогія и дуализмъ въ юридической системѣ. Стр 83 сл., 107 сл. и 176.
4. За исключеніемъ сравнительно небольшаго числа случаевъ, гдѣ примиреніе консерватизма юриспруденціи съ гражданскою жизнью не наступило благодаря тому, что происходившія отъ того неудобства не представлялись особенно значительными, или же вслѣдствіе того, что юристы догматизировали нѣкоторыя формулированныя ими историческія различія въ правѣ,—означенное примиреніе слѣдовало въ развитіи консервативнаго мышленія юриста какъ необходимая вторая стадія При этомъ дуализмъ юридической системы сопровождался нѣкоторымм особенными благопріятными послѣдствіями для прогресса юридической мысли: юридическія понятія, отнесенныя юристами въ новую самостоятельную систему могли, какъ отрѣшенныя отъ вліянія старыхъ идеаловъ, развиваться совершенно свободно и послужили центромъ, къ которому примкнуло образованіе юридическихъ понятій, представлявшихъ собою дѣйствительно нѣчто новое Стр 173, 177—181.
5. Въ римской правовой жизни развитіе консерватизма юриспруденціи было усилено тѣмъ особеннымъ обстоятельствомъ, что формулированіе пра-

ва находилось въ рукахъ двухъ органовъ, закона и претора, изъ которыхъ второй, считаясь подчиненнымъ первому, принималъ между тѣмъ наиболѣе дѣятельное участіе въ созданіи и направленіи объективнаго права. Рядъ искусственныхъ юридическихъ конструкцій, замѣчаемый въ римскомъ правѣ, имѣлъ своимъ назначеніемъ прикрыть въ области теоріи вторженіе претора въ сферу закона. Сюда, между прочимъ, относятся: древніе способы интерпретаціи закона, нѣкоторыя мнимыя сдѣлки, преторскія стипуляціи, отчасти юридическія фикціи; далѣе: параллельные институты, какова бонитарная собственность, параллельные иски, и наконецъ юридическая теорія exceptio. Стр. 13, 54 сл., 89 сл., 121, 145.

при ЦИК. СССР.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР