

# СИСТЕМА РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Барона.



Перевелъ съ пятого нѣмецкаго изданія  
Л. Петражицкій.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

Книга I. Общая часть.

ВТОРОЕ ИЗДАНИЕ

(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).



Изданіе московскаго юридическаго магазина А. Ф. Сорова  
комиссіонера Государственной канцеляріи и Государственной типографіи.  
*Москва, Никольская, д. „Славянскаго Базара“.*



МОСКВА.

Типо-литографіа Высочайше утвержд. Т-ва И. Н. Кушнеревъ и К<sup>о</sup>.  
Пименовская улица, особ. домъ.

1898.

# ОГЛАВЛЕНІЕ.

## Введение.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### Нынѣшнее римское или пандектное право.

§§.		Стр.
1.	1) Понятіе пандектнаго права. Реценція римскаго права . . . . .	1
2.	2) Источники пандектнаго права. . . . .	4
3.	3) Литература пандектнаго права . . . . .	7

### ГЛАВА ВТОРАЯ.

#### Понятіе права и его виды.

Предварительное замѣчаніе . . . . .	13
-------------------------------------	----

#### Раздѣлъ первый.

##### Право въ объективномъ смыслѣ или предписанія (нормы) права.

###### I. Источники права.

4.	А. Обычай народа . . . . .	14
	В. Законъ.	
5.	1) Понятіе и условія закона . . . . .	20
6.	2) Толкованіе законовъ. . . . .	22
7.	С. Практика и научное право . . . . .	28
8.	II. Пробѣлы и противорѣчія въ правѣ . . . . .	31
	III. Дѣйствіе нормъ права по отношенію ко времени и къ лицамъ.	
9.	А. По отношенію ко времени. . . . .	32
10.	В. По отношенію къ лицамъ. . . . .	33
	IV. Подраздѣленіе нормъ права.	
11.	А. По ихъ формѣ. . . . .	35
12.	В. По ихъ отношенію къ правоотношеніямъ . . . . .	35
13.	С. По ихъ характеру . . . . .	36
	D. По области примѣненія.	
14.	1) Относительно мѣста . . . . .	39
15.	2) Относительно предметовъ. . . . .	40



§§	Раздѣль второй.	Стр.
16.	Право въ субъективномъ смыслѣ, или правомочіе и его виды . . . . .	42

## КНИГА ПЕРВАЯ.

### Общее ученіе о правахъ въ субъективномъ смыслѣ.

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

##### Лица.

#### Раздѣль первый.

17.	Понятіе и виды лицъ . . . . .	46
-----	-------------------------------	----

#### Раздѣль второй.

##### Физическое лицо.

18.	I. Начало физическаго лица . . . . .	46
19.	II. Конецъ физическаго лица. Его доказываніе . . . . .	48
	III. Различія физическихъ лицъ, имѣющія юридическое значеніе.	
20.	1) Полъ . . . . .	49
21.	2) Возрастъ . . . . .	50
22.	3) Болѣзнь . . . . .	51
23.	4) Родство . . . . .	52
24.	5) Принадлежность къ городской общинѣ и мѣстожителъ- ство . . . . .	57
25.	IV. Правоспособность физическаго лица . . . . .	58
26.	Отступающія мнѣнія . . . . .	62
27.	V. Вліяніе чести на правоспособность . . . . .	64
28.	VI. Вліяніе религіи на правоспособность . . . . .	68

#### Раздѣль третій.

##### Юридическое лицо.

29.	I. Введеніе . . . . .	69
30.	II. Понятіе и виды юридическаго лица . . . . .	72
	III. Корпорация.	
31.	A. Возникновеніе . . . . .	76
32.	B. Имущественныя отношенія . . . . .	77
33.	C. Представительство . . . . .	79
34.	D. Прекращеніе . . . . .	80
35.	E. Сравненіе корпорации съ товариществомъ . . . . .	81
36.	IV. Учрежденія . . . . .	82

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Вещи.

## Раздѣлъ первый.

§§			
37.	Понятіе и виды вещей . . . . .		Стр. 84

## Раздѣлъ второй.

## Различія тѣлесныхъ вещей, имѣющія юридическое значеніе.

38.	I. Недвижимость и движимость . . . . .	86
39.	II. Дѣлимость и недѣлимость . . . . .	87
40.	III. Заменяемость и индивидуальная опредѣленность . . . . .	88
41.	IV. Употребляемость, потребность, производительность . . . . .	89
	Въ частности о процентахъ.	
42.	A. Понятіе и возникновеніе . . . . .	91
43.	B. Ограниченія процентовъ . . . . .	93

## Раздѣлъ третій.

44.	Отношеніе одной вещи къ другой . . . . .	96
-----	--	----

## Раздѣлъ четвертый.

45.	Цѣнность вещей . . . . .	97
-----	--------------------------	----

## Раздѣлъ пятый.

46.	Вещи со стороны правоотношеній на нихъ. Вещи, находящіяся въ оборотѣ и изъятыя изъ него . . . . .	99
-----	---	----

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Юридическіе факты.

## Возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе, измѣненіе правъ.

## Введеніе.

47.	Объясненіе техническихъ выраженій . . . . .	102
-----	---	-----

## Раздѣлъ первый.

## Юридическія сдѣлки (акты).

48.	I. Понятіе и виды . . . . .	105
	II. Условія дѣйствительности юридической сдѣлки.	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	107
49.	A. Дѣеспособность изъявляющаго волю . . . . .	107
	B. Воля изъявляющаго.	
50.	1) Наличие воли . . . . .	109
51.	2) Мотивы воли: заблужденіе (обманъ) и страхъ . . . . .	112
	3) Самоограниченіе воли.	



	Предварительное замѣчаніе . . . . .	116
	а. Условія.	
52.	α. Понятіе . . . . .	116
	β. Условія въ собственномъ смыслѣ.	
	αα. Условіе суспензивное.	
53.	αα. Во время нерѣшительнаго состоянія условія . .	120
54.	ββ. Исполнившееся и неисполнившееся суспензивное условіе . . . . .	121
55.	γγ. Дѣйствіе неисполненія и исполненія суспензив- наго условія . . . . .	123
56.	ββ. Резолютивное условіе . . . . .	124
57.	γ. Мнимыя условія . . . . .	125
58.	δ. Недопустимость условій . . . . .	127
59.	б. Сроки . . . . .	129
30.	с. Modus. Предположеніе (Voraussetzung). . . . .	131
61.	С. Содержаніе юридической сдѣлки . . . . .	136
62.	Д. Изъявленіе воли . . . . .	137
63.	Толкованіе изъявленія воли . . . . .	140
64.	III. Недѣйствительность юр. сдѣлокъ . . . . .	141
65.	IV. Соучастіе и представительство при юр. сдѣлкахъ. . . . .	144
65.	Основаніе представительства . . . . .	148
	V. Цѣль юр. сдѣлки.	
67.	А. Вообще . . . . .	150
	В. Дареніе.	
68.	1) Понятіе и условіе даренія . . . . .	150
69.	2) Особыя правила даренія между живыми . . . . .	153
70.	3) Отдѣльные виды дареній . . . . .	156

## Раздѣлъ второй.

71.	Недозволенное дѣйствіе . . . . .	158
-----	----------------------------------	-----

## Раздѣлъ третій.

## Время, какъ юридическій фактъ.

72.	1) Общія начала. Въ частности, незапамятное время . . . .	163
	2) Опредѣленіе времени.	
73.	а. Дѣленіе времени . . . . .	167
74.	б. Исчисленіе періода времени . . . . .	169

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

75.	Осуществленіе правъ . . . . .	172
-----	-------------------------------	-----

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

## Защита правъ.

	Предварительное замѣчаніе . . . . .	174
--	-------------------------------------	-----

## Раздѣлъ первый.

§§			
76.	Мѣры обезпеченія . . . . .		Стр. 174

## Раздѣлъ второй.

77.	Самооборона и самоуправство . . . . .		177
-----	---------------------------------------	--	-----

## Раздѣлъ третій.

## Судебное осуществленіе правъ.

78.	Введеніе . . . . .		178
	I. Искъ.		
79.	А. Понятіе иска. Притязаніе . . . . .		179
	В. Виды исковъ.		
80.	1) Actiones in personam, in rem, quae mixtam causam habent . . . . .		182
81.	2) Actiones rei persecuendae causa, poenae persecuendae causa, mixtae . . . . .		184
82.	3) Такъ наз. actiones vindictam spirantes . . . . .		186
83.	4) Actiones simplices и duplices . . . . .		186
84.	5) Подраздѣленія исковъ, важныя въ историческомъ отношеніи . . . . .		187
	С. Прекращеніе исковъ.		
85.	1) Стеченіе исковъ . . . . .		193
	2) Исковаая давность.		
86.	а. Понятіе, оправданіе и исторія исковой давности . . . . .		195
	б. Условія исковой давности.		
	Предварительное замѣчаніе . . . . .		198
87.	а. Истеченіе срока . . . . .		198
88.	б. Неосуществленіе права на искъ . . . . .		202
89.	γ. Vona fides лица, въ пользу котораго течетъ давность . . . . .		202
90.	с. Перерывъ и пріостановленіе исковой давности . . . . .		203
91.	д. Послѣдствія исковой давности . . . . .		204
92.	II. Exceptio (возраженіе) . . . . .		205
93.	III. Replicatio, duplicatio и т. д. . . . .		211
	IV. Начало процесса (litiscontestatio).		
	Предварительное замѣчаніе . . . . .		211
94.	А. Какой моментъ считается началомъ процесса . . . . .		212
95.	В. Послѣдствія начала процесса . . . . .		213
96.	V. Доказываніе . . . . .		219
	VI. Судебное рѣшеніе.		
97.	А. Законная сила рѣшенія . . . . .		221
	В. Суррогаты рѣшенія.		
98.	1) Судебное признаніе . . . . .		228
99.	2) Присяга . . . . .		229
100.	3) Рѣшеніе третейскаго суда . . . . .		229



§§		Стр.
101.	4) Мировая сдѣлка . . . . .	232
	VII. In integrum restitutio.	
102.	A. Понятіе и сущность . . . . .	234
	B. Условія реституціи.	
103.	1) Такъ наз. laesio . . . . .	236
	2) Основанія реституціи.	
104.	а. Общій обзоръ . . . . .	237
	б. Отдѣльныя основанія реституціи.	
105.	а. Для неполнолѣтнихъ . . . . .	238
	б. Для полнолѣтнихъ.	
106.	аа. Страхъ, возбужденный угрозами. . . . .	239
107.	bb. Заблужденіе . . . . .	240
108.	cc. Обманъ . . . . .	240
109.	dd. Отсутствие и другія препятствія къ охранѣ и осуществленію права . . . . .	241
110.	3) Давность. . . . .	242
111.	4) Процессъ реституціи . . . . .	243

## Предисловіе ко второму изданію.

---

Уже почти десять лѣтъ прошло со времени перваго изданія «Системы»; и до сихъ поръ трудъ Барона является единственнымъ полнымъ курсомъ пандектнаго права, переведеннымъ на русскій языкъ. Въ виду этого я не считалъ себя въ правѣ отказать отъ труда исправленія и изготовленія втораго изданія перевода (пока первыхъ двухъ выпусковъ), какъ бы ни былъ тяжелъ, непріятенъ и неблагодаренъ такой трудъ самъ по себѣ. Главнымъ образомъ имѣлъ я въ виду интересы учащихся. Въ ихъ же интересахъ я счелъ полезнымъ, включивъ въ русскій текстъ тѣ добавленія, которыя содержатся въ девятомъ нѣмецкомъ изданіи по сравненію съ пятымъ, уравнивъ до известной степени эти добавленія (имѣющія по большей части общій, теоретическій характеръ) сокращеніемъ нѣкоторыхъ казуистическихъ перечисленій въ текстѣ, обременяющихъ память учащагося и неважныхъ для его юридическаго развитія. Чтобы не нарушить системы ссылокъ и дать интересующемуся возможность узнать содержаніе исключенныхъ позитивныхъ постановленій римскаго права, я оставилъ въ этихъ сокращенныхъ мѣстахъ прежнюю нумерацію примѣчаній въ текстѣ и самыя примѣчанія, т.-е. указанія фрагментовъ, содержащихъ зачеркнутыя въ текстѣ изытія, спеціальныя рѣшенія и т. п.

Баронъ является въ нѣмецкой литературѣ едва ли не самымъ рѣшительнымъ и вѣрнымъ послѣдователемъ и защитникомъ теорій Иеринга, между прочимъ и такихъ его теорій, къ которымъ научная критика вообще отнеслась скептически или отрицательно. Наиболѣе радикально измѣнена въ настоящемъ



изданіи книга II (Владѣніе), которую авторъ передѣлалъ по изслѣдованіямъ Теринга. Съ другой стороны, въ его учебникѣ еще не приняты во вниманіе монографіи и статьи послѣднихъ лѣтъ, изъ которыхъ нѣкоторыя принесли болѣе или менѣе существенныя измѣненія въ разныя цивилистическія вообще или спеціально романистическія ученія. Тѣмъ не менѣе я счелъ болѣе удобнымъ никакихъ измѣненій и добавленій отъ себя не дѣлать. На стр. 11, впрочемъ, вмѣсто стараго изданія учебника Дернбурга, отмѣченнаго въ нѣмецкомъ текстѣ, я указалъ въ переводѣ новое изданіе.

Переводъ юридическихъ сочиненій, особенно требующихъ столь большой точности и осторожности, какъ Pandekten Барона, гдѣ каждое слово строго взвѣшено и требуетъ точнаго отраженія въ переводѣ, дѣло далеко не легкое. Главныя затрудненія, особенно терминологическаго свойства, пришлось, конечно, преодолѣть при первоначальномъ переводѣ. Первое изданіе моего перевода встрѣтило въ свое время со стороны критики весьма снисходительную оцѣнку и согласное одобреніе. Но удовлетворительность перевода можетъ имѣть не мало степеней. Теперь я подвергъ прежній переводъ тщательной ревизіи и исправленію и старался достигнуть большей степени удовлетворительности, нежели въ первомъ изданіи.

Л. Петражицкій.

## ВВЕДЕНИЕ.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### Нынѣшнее римское или пандектное право.

##### 1) § 1. Понятіе пандектнаго права. Рецепція римскаго права.

*Wächter*, Gemeines Recht Deutschlands. 1844.—*Bruns* въ *Ersch und Grubers Encyclopädie*. Bd. 57. S. 208 сл.—*Eichhorn*, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §§ 440 сл.—*Stobbe*, Geschichte der deutschen Rechtsquellen. I, 609—655; II 1—142.—*Franklin*, Beitr. z. Gesch. der Reception des R. R. 1863.—*C. A. Schmidt* die Reception des Römischen Rechts in Deutschland. 1868.—*Stölzel*, die Entwickl. des gelehrten Richterthums in den deutschen Territorien. 1872.—*Moddermann*, die Reception des R. R. 1875.—*Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Cap. 2. 1880.—*Laband*, über die Bedeutung der Reception des R. R. für das deutsche Staatsrecht. 1880.—*Savigny*, §§ 1. 2. 21.—*Vangerow*, §§ 1. 5.—*Windscheid*, §§ 1. 2. 6.—*Brinz*, § 1.—*Bekker*, §§ 1—4.—*Regelsberger*, §§ 1. 2.

**I. Понятіе пандектнаго права.** Частное право, которое дѣйствовало въ Германіи въ видѣ *субсидіарнаго* права приблизительно съ половины 16-го и до конца 18-го вѣка, называется Общимъ правомъ (*das Gemeine Recht*). Впослѣдствіи Общее право во многихъ частяхъ Германіи было замѣнено партикулярными кодификаціями (Общимъ земскимъ уложеніемъ для прусскихъ государствъ, *Code Napoléon* или Земскимъ уложеніемъ для великаго герцогства Баденскаго, Общимъ гражданскимъ уложеніемъ для королевства Саксоніи). Тѣ части Германіи, гдѣ дѣйствуетъ еще Общее право, называются странами Общаго права (*Länder des Gemeinen Rechts*). Общее право есть продуктъ соединенія туземнаго германскаго права съ реципированными правами: римскимъ, каноническимъ и лонгобардскимъ леннымъ; *римская часть Общаго права, въ которой, впрочемъ, произвели различныя измѣненія туземное, германское и каноническое право, а равно и судебная практика (§§ 3.7), называется пандектнымъ правомъ, нынѣшнимъ римскимъ правомъ (Pandektenrecht, heutiges Römisches Recht, Gemeines Civilrecht).*



II. *Рецепція римскаго права* произошла приблизительно въ періодъ времени отъ половины 15-го до половины 16-го столѣтія. Причинами рецепціи послужили различныя обстоятельства: отсутствіе историческаго смысла, сказавшееся въ томъ, что на Германію уже при преемникахъ Карла Великаго смотрѣли, какъ на продолженіе Римской имперіи; стремленіе германскимъ императоровъ со времени Оттона III (въ особенности Фридриха I и II, Гогенштауфеновъ) прибавить къ своему императорскому достоинству права римскихъ императоровъ (владычество надъ всѣмъ земнымъ шаромъ), для чего они старались видѣть въ римскомъ правѣ—право ихъ предшественниковъ и на немъ основывали свои рѣшенія; большое совершенство римскаго права, изучаемаго съ 12-го вѣка въ университетахъ Италіи, Франціи, Германіи и достигшаго полного господства надъ умами тогдашнихъ людей; несовершенство германскихъ источниковъ права, которые, съ одной стороны, не содержали въ себѣ никакихъ руководящихъ принциповъ, а лишь конкретно выраженные нормы, и которые, съ другой стороны, оставались далеко позади быстро развившихся новыхъ отношеній торговли и промышленности; значеніе римскаго права въ церкви, которая въ своихъ кодексахъ неоднократно признавала его дѣйствующимъ и примѣняла въ судахъ; извѣстное подъ именемъ „гуманизма“ великое культурное движеніе 15 и 16 вѣковъ, которое вытѣснило средневѣковыя идеи, замѣнивъ ихъ духомъ древняго міра, и проявилось какъ въ области искусства (ренессансъ) и науки, такъ и въ области права; наконецъ, неспособность германскихъ имперскихъ и мѣстныхъ властей отправлять надлежащимъ образомъ правосудіе при прежнихъ формахъ судоустройства, что было причиною наплыва ученыхъ юристовъ (*doctores juris*) въ административныя и судебныя учрежденія имперіи, отдѣльныхъ территорій, городовъ и церкви (въ качествѣ канцлеровъ, секретарей, ассессоровъ, совѣтниковъ), а равно и вытѣсненія прежнихъ земскихъ судилищъ (*Oberhöfe*) учрежденіемъ палатъ шеффеновъ и судовъ, въ которыхъ должности замѣщались учеными юристами<sup>1</sup>); кромѣ того судебныя функціи были присвоены въ извѣстной мѣрѣ и юридическимъ факультетамъ,—всѣ эти юристы придали римскому

<sup>1</sup> Ср. *Goethe*, *Götz von Berlichingen*, первый актъ, предпосл. сцена, слова Олеарія.



праву значеніе дѣйствующаго права въ области администраціи, законодательства, юстиціи; въ особенности заслуживаетъ упоминанія учрежденіе Reichskammergericht'a (верховнаго имперскаго суда) 1495 г., судьи котораго обязывались въ своей присягѣ „имперскимъ и общимъ (т.-е. римскимъ) правомъ“, и который служилъ образцомъ для мѣстныхъ надворныхъ судовъ (landesherrliche Hofgerichte). — Этому занятію учеными юристами административныхъ и судебныхъ должностей надо приписать особенно важную роль въ усвоеніи римскаго права; оно обнаруживаетъ путь, которымъ произошла рецепція; *рецепція была проведена* юристами, которымъ удалось одолѣть противодѣйствіе многихъ общественныхъ круговъ (cf. § 7). — Римское право было реципировано въ качествѣ *subsidiарнаго* права, — значить, примѣняется лишь постольку, поскольку не существуетъ мѣстныхъ узаконеній. — Прежде существовало общее мнѣніе, еще и теперь господствующее между романистами, что римское право подверглось рецепціи *in complexu*; это значить, что предметомъ рецепціи были не отдѣльныя нормы, а римское частное право, какъ цѣлое; въ такомъ случаѣ римское право должно примѣняться во всѣхъ частяхъ, если нѣтъ особыхъ оонованій непримѣнимости (прежде это выражали словами: *кто ссылается на римское право, тотъ имѣетъ за собою fundatam intentionem*); но выдающіеся германисты нашего вѣка выставили противоположное мнѣніе, а именно, что считаются реципированными должны лишь тѣ нормы римскаго права, которыя примѣнила практика (ср. два относящіеся сюда случая въ § 81 кон. и въ § 360 sub 3); ихъ мнѣніе скорѣе можетъ быть принято, во-первыхъ, потому, что соблюденіе и примѣненіе юристами (имѣвшее своимъ послѣдствіемъ рецепцію) можетъ быть направлено не на систему права, какъ цѣлое, а лишь на большее или меньшее число нормъ, и, во-вторыхъ, потому, что и въ самомъ дѣлѣ не подверглась рецепціи значительная часть права (государственнаго), которое заключается въ сводѣ Юстиніана. — Рядомъ съ римскимъ было реципировано и каноническое право, которое устанавливало новыя опредѣленія не только въ области церковныхъ дѣлъ, но часто и въ области свѣтскихъ отношеній (а въ томъ числѣ иногда и въ области частнаго права, напр., относительно процентовъ, *bona fides*, клятвы, *quarta Falcidia* и законной доли, ср. §§ 43. 89. 144. 218. 449); каноническое право имѣло и до рецепціи значеніе за-



кона въ судахъ церковныхъ, такъ что его рецепція относилась только къ свѣтскимъ судамъ. — Усвоеніемъ чужеземныхъ правъ германское туземное право было отчасти вытѣснено (§ 2), отчасти же слилось съ различными источниками права въ единую систему—Общаго права.

## 2) § 2. Источники пандектнаго права.

*Witte*, die leges restitutae des Justinianischen Codex. 1830.—*Biener und Heimbach*, Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex. 1833.—*Biener*, Geschichte der Novellen Justinians. 1824.—*Landsberg*, über die Entstehung der Regel: quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum. 1880.—*Vangerow*, §§ 2—4. 6. 7.—*Windscheid*, §§ 3—5.—*Brinz*, §§ 2—6. 8.—*Belker*, §§ 5—9.—*Regelsberger*, §§ 3—6.

Источниковъ пандектнаго права—три: сводъ Юстиніана, каноническое право и туземное германское право.

I. *Сводъ Юстиніана*. Римское право сдѣлалось извѣстнымъ Европѣ главнымъ образомъ вслѣдствіе дѣятельности глоссаторовъ въ Болоньи; поэтому и рецепція оно подверглось въ томъ видѣ, въ какомъ оно получило признаніе глоссаторовъ. Глоссаторы признавали только сводъ Юстиніана, получившій впослѣдствіи наименование *Corpus juris civilis*, но не признавали такъ называемаго *jus antejustinianum* (т.-е. тѣхъ частей римскаго права, которыя не вошли въ сводъ Юстиніана) и такъ называемаго *jus postjustinianum* (т.-е. законодательства позднѣйшихъ византійскихъ императоровъ, самое главное произведеніе котораго есть *Василики*, конца 9-го вѣка). И то и другое, хотя и не имѣетъ законной силы въ Германіи, однако служитъ вспомогательнымъ средствомъ для правильнаго пониманія римскаго права; право до-юстиніаново—потому, что оно является продуктомъ дѣятельности тѣхъ же классическихъ юристовъ и императоровъ, сочиненія и мнѣнія которыхъ вошли въ *Дигесты* и *Кодексъ*; право по-юстиніаново—потому, что его творцы стояли по времени гораздо ближе къ юстиніанову праву, чѣмъ мы.—Сводъ Юстиніана состоитъ изъ *Институцій* (публикованныхъ 21-го ноября 529 г., съ законной силой отъ 30-го декабря 529 г.), *Дигестъ* или *Пандектъ* (публ. 16-го декабря 529 г., съ з. с. отъ 30 декабря 529) и *Кодекса* (*repetitae praelectionis*, публ. 16-го ноября 529 г., съ з. с. отъ 29-го декабря 529 г.). Къ своду присоединяются еще *Новеллы*, отдѣльные законы, изданные Юстиніаномъ послѣ окончанія кодификаціи.—Изъ свода и *Новеллъ* реципированы лишь тѣ нормы, которыя признали глоссаторы, снабдивъ ихъ глоссами; отсюда воз-



ника въ послѣдствіи юридическая поговорка: *quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. Нѣкоторыхъ нормъ глоссаторы потому не глоссировали, что считали ихъ неподходящими и нецѣлесообразными, или потому, что въ рукописяхъ *Corpus juris civilis*, которыя были въ ихъ распоряженіи, находились пробѣлы. Нѣсколько мѣстъ въ Дигестахъ и много мѣстъ въ Кодексѣ написаны на греческомъ языкѣ; эти мѣста по большей части не вошли въ рукописи глоссаторовъ, и лишь въ Дигесты былъ вмѣсто нихъ вставленъ латинскій переводъ. Слѣдствіемъ этого явился тотъ фактъ, что въ Институціяхъ все глоссировано, въ Дигестахъ—почти все (за исключеніемъ l. 7. § 5.—l. 11. D. de bon. damn. XLVIII, 20 и l. 10.—l. 19. D. de interd. et rel. XLVIII, 22); въ Кодексѣ—очень много неглоссированнаго<sup>1</sup>; наконецъ, изъ Новеллъ, изъ которыхъ глоссаторы знали только 134 въ латинскомъ переводѣ (изъ такъ наз. *Authenticum*), глоссированныхъ только 96<sup>2</sup>. Лишь въ 16-мъ вѣкѣ сдѣлался извѣстнымъ греческій текстъ означенныхъ законовъ; и вотъ возникъ вопросъ, какъ поступать въ томъ случаѣ, когда употребляемый глоссаторами переводъ (такъ наз. *versio vulgata*) не соотвѣтствуетъ греческому тексту: держаться ли перевода, или греческаго текста? Вопросъ рѣшается въ пользу греческаго текста, ибо предметомъ рецепціи р. пр. были тѣ нормы, относительно которыхъ научное изслѣдованіе обнаруживаетъ, что они были установлены Юстиніаномъ.—Глоссаторы кромѣ того прибавили къ своду Юстиніана: лонгобардское ленное право (*liber feudorum*), затѣмъ *Authenticae Fridericianae*, т. е. 13 законовъ

<sup>1</sup> I, 1. 1. 3. 5. 6. 7; I, 2. 1. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26; I, 3. 1. 29. 30. 36. 39. 40. 42—48. 53. 55. 57; I, 4. 1. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32—34; I, 5. 1. 9. 11—18. 20; I, 9. 1. 2. 18; I, 10. 1. 2; I, 11. 1. 9. 10; I, 12. 1. 3. 7. 8; I, 14. 1. 10; I, 15. 1. 2; I, 17. 1. 3; I, 26. 1. 6; I, 27. 1. 1. § 8. 1. 2. §§ 19—23; I, 33; I, 2; I, 52. 1. 13; II, 2. 1. 4; II, 7. 1. 18. 19; II, 13. 1. 27. 28; II, 59. 1. 3; III, 1. 1. 11. 12; III, 2. 1. 2. 4. 5; III, 10. 1. 1. 2; III, 43. 1. 1. 2; III, 44. 1. 15; IV, 20. 1. 1. 13. 15. 16; IV, 65. 1. 33; V, 1. 1. 6; V, 4. 1. 8b. 29; V, 9. 1. 11. sqq.; V, 17. 1. 12; VI, 4. 1. 4; VI, 34. 1. 4; VI, 48. 1. un.; VII, 45. 1. 15; VII, 51. 1. 5; VII, 62. 1. 35. 36; VIII, 10. 1. 12; VIII, 12. 1. 3; VIII, 40. 1. 1; VIII, 41. 1. 29; VIII, 52. 1. 4; IX, 4. 1. 6; IX, 5. 1. 2; IX, 6. 1. 1; IX, 8. 1. 6; IX, 9. 1. 37; IX, 16. 1. 4b; IX, 29. 1. 2; IX, 47. 1. 26; IX, 49. 1. 11; X, 1. 1. 11; X, 3. 1. 7; X, 11. 1. 7. 8; X, 16. 1. 1. 13; X, 19. 1. 9; X, 27. 1. 2. 3; X, 30. 1. 4; X, 55. 1. 1; XI, 1. 1. 1. 2; XI, 7. 1. 16; XI, 40. 1. 7; XI, 47. 1. 18; XI, 53. 1. 2; XII, 34. 1. 8; XII, 38. 1. 18. 19; XII, 41. 1. 12; XII, 48. 1. 3; XII, 61. 1. 7; XII, 64. 1. 2.—<sup>2</sup> А именно, по сборнику 168-и Новеллъ, который теперь употребляется: 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159.



императоровъ Фридриха I и Фридриха II, которые они цѣликомъ или въ извлеченіи поставили за отмѣненными этими законами статьями Кодекса<sup>3</sup>; наконецъ, Authenticae Irnerii, т.-е. извлеченія изъ Новеллъ Юстиніана, представлявшія первоначально глоссы къ отмѣненнымъ этими Новеллами мѣстамъ Кодекса, но мало-по-малу принятыя въ текстъ самаго Кодекса<sup>4</sup>. Если текстъ Auth. Irnerii отступаетъ отъ текста Новеллъ, то слѣдуетъ отдать предпочтеніе Новелламъ.

Самое распространенное изданіе Corpus juris civilis въ послѣдніе вѣка было изданіе братьевъ Кригель; въ послѣдніе годы Момзенъ и Крюгеръ предприняли новое изданіе; появились Институціи, Пандекты и Кодексъ; изданіе Новеллъ началъ Шель; карманное изданіе Новеллъ совершено трудами Захаріи 1881 г.

**II. Каноническое право.** Каноническое право было реципировано въ томъ видѣ, какой оно получило въ Corpus iuris canonici clausum. Corpus i. c. состоитъ изъ: decretum Gratiani (просто decretum) возникшаго въ половинѣ 12-го вѣка, decretales Gregorii IX 1234 г. (называемыхъ обыкновенно liber Extra scil. decretum и обозначаемыхъ цифрою X), liber sextus decretalium Бонифація VIII 1298 г., Clementinae Климента V 1313 г. Къ Corpus i. c. clausum не относятся два частные сборника папскихъ декреталій позднѣйшаго времени (extravagantes Joannis XXII и такъ наз. extravagantes communes отъ Урбана IV до Сикста IV). Каноническое право, поскольку оно опредѣляетъ частныя отношенія, основано на римскомъ правѣ; ибо до конца среднихъ вѣковъ (на основаніи такъ наз. личнаго принципа) примѣнялось положеніе: ecclesia vivit lege Romana; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ римское частное право, въ свою очередь, было измѣнено правомъ каноническимъ (ср. § 1 кон.). Въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ давать предпочтеніе каноническому праву предъ римскимъ, но не потому, что каноническое право позднѣе по времени (потому что рецепція каноническаго права въ Германіи совершилась не позже, чѣмъ рецепція римскаго, скорѣе даже раньше), а по той причинѣ, что до реформации были убѣждены въ правѣ законодательства церковныхъ учреждений въ области свѣтскихъ отношеній.

<sup>3</sup> Напр., Auth. sacramenta puberum къ l. 1 c. si adv. vend. 2, 28 (ср. ниже § 218).—<sup>4</sup> Напр., Auth. si qua mulier изъ Nov. 134 c. 8 къ l. 22 C. ad act. Vell. 4, 29 (ср. ниже § 256).



III. *Туземное германское право* является въ трехъ видахъ; оно содержится отчасти въ имперскихъ законахъ (*Reichsabschiede, Reichsdeputationsabschiede, Reichsschlüsse, Reichsordnungen*), отчасти выступаетъ въ видѣ германскаго обычнаго права, отчасти представляетъ практику германскихъ юристовъ (§ 3 sub III). Имперскимъ законамъ принадлежитъ преимущество предъ чужеземными рецепированными правами, потому что они имѣли своимъ назначеніемъ измѣнять дѣйствующее право, какого бы происхожденія оно ни было. Напротивъ, что касается германскаго обычнаго права, то лишь немногимъ его частямъ удалось удержаться и противостоять вторженію римскаго права, зато другія части не только сами удержались (напр. крестьянскія права пользованія), но и произвели нѣсколько перемѣнъ въ римскомъ правѣ (таковы договоры въ пользу третьихъ лицъ, принятіе на себя чужихъ долговъ §§ 217, 254 sub IV).—Практика германскихъ судовъ произвела разныя измѣненія римскаго права, ибо при судовоженіи обнаруживалось, какія римскія нормы негодны для Германіи и какія нуждаются въ дальнѣйшемъ развитіи; такимъ образомъ, путемъ судебной практики возникъ такъ называемый *usus modernus Pandectarum*.—*Въ пандектномъ правѣ излагаются лишь тѣ имперскіе законы, нормы обычнаго права и положенія, выработанныя практикою, которыя измѣняютъ римское право.*

### 3) § 3. Литература пандектнаго права.

*Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter (Bd. 3—Bd. 6. 2. Ausg. 1850). — Haubold, institutiones iuris Romani literariae. Ed. 2. 1826. — Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian. 3. Aufl. 1830. — Warnkönig, Vorschule der Institutionen. 2. Ausg. 1854. — Stintzing, Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft. 2 Abtheilungen. 1880. 1884. — Vangerow, §§ 8—10b. — Windscheid, §§ 7—12a. — Brinz, §§ 9—16. — Bekker §§ 10—16. — Regelsberger, §§ 7—8.*

Литературу мы находимъ отчасти съ экзегетическимъ, отчасти съ систематическимъ, отчасти съ непосредственно практическимъ направленіемъ.

I. Литература за періодъ отъ глоссаторовъ до истеченія 16-го вѣка обладаетъ преимущественно экзегетическимъ характеромъ, т.-е. ограничивается изъясненіемъ отдѣльныхъ словъ закона. Слѣдуетъ различать три періода: періодъ глоссаторовъ (1100—1250), періодъ *postglossatorum* или комментаторовъ (1250—1450), пери-



одъ французской школы (16-е стол.). Замѣчанія болонскихъ профессоровъ права (глоссы), собранныя и пересмотрѣнныя Аккурсіемъ, † около 1260 г. (*glossa ordinaria*), содержатъ весьма остроумное толкованіе источниковъ, основанное на непосредственномъ ихъ изученіи; но глоссаторамъ недоставало какъ историческихъ познаній, такъ и историческаго смысла: они не подозрѣваютъ, что римскія нормы развивались у римлянъ лишь мало-по-малу и что современныя имъ жизненныя отношенія совсѣмъ не похожи на римскія; они не воспользовались для изъясненія Юстиніанова права ни до-юстиніановыми источниками права, ни послѣ-юстиніановыми, ни прочею древнею литературой.—Объясненія пост-глоссаторовъ или комментаторовъ являются подробными до растянутости; прельщенные авторитетомъ глоссаторовъ, они мало изъясняютъ самые источники, а больше занимаются толкованіемъ глоссъ („*glossant glossas*“) и къ тому еще при толкованіи отличаются формализмомъ и схоластичностью, свойственными тогдашнему времени: ихъ сочиненія представляютъ образецъ запутанной и пошлой учености; лишь въ своихъ практическихъ совѣтахъ (*consilia*) сохраняютъ еще комментаторы связь съ дѣйствительною жизнью, признаютъ ея потребности и способствуютъ успѣху науки: *super digesta codicemque*, говоритъ Лейбницъ <sup>1</sup>, *habemus grandes commentarios veterum: Bartoli, Baldi, Jasonis, Decii, in quorum stercore multa jacent aurea sagaci ingenio eruenda*. Лишь къ концу 15-го вѣка пробудился (въ лицѣ т.-н. гуманистовъ) историческій смыслъ: стали изучать государственное устройство, отправленіе правосудія, древности римскія; къ тому же времени были открыты или опубликованы новые источники права: вестготскій Гай, *fragmenta Ulpiani, Paullus, codex Theodosianus*, отрывки Василикъ. Всѣми этими вспомогательными средствами воспользовалась по преимуществу французская школа, т.-е. французскіе юристы 16-го вѣка (въ особенности Яс. Сужасіусъ † 1590); они представили римское право въ его чистомъ видѣ; вслѣдствіе этого, глосса мало-по-малу была предана забвенію. По слѣдамъ французской школы пошли испанцы 16-го и 17-го вѣковъ и голландцы 17-го и 18-го вѣковъ.

II. Зачатки систематической обработки права мы встрѣчаемъ

<sup>1</sup> *Methodus jurisprudentiae* P. II. § 62.



уже у глоссаторовъ, которые составляютъ *summae*—краткіе обзоры содержания и руководящихъ началъ отдѣльныхъ частей Юстиніанова свода, располагая свое изложеніе по титуламъ; да-дѣе глоссаторы выставляютъ часто *brocarda*—общіе юридическіе принципы, которые были собираемы и изъясняемы. Наконецъ, какъ глоссаторы, такъ и ихъ преемники—комментаторы,—пишутъ сочиненія по спеціальнымъ отдѣламъ права; извѣстнѣйшимъ сборникомъ такихъ сочиненій является *tractatus tractatum* (Lugd., 1549). Въ школѣ французской мы находимъ уже систематиковъ (изъ коихъ имѣлъ огромное значеніе Hugo Donellus † 1591), которые написали большія сочиненія по римскому праву въ оригинальномъ систематическомъ порядкѣ. Обыкновенно же въ 17-мъ и 18-мъ вѣкѣ придерживались такъ наз. легальной системы, т.-е. излагали римское право въ порядкѣ титуловъ, находящихся въ Пандектахъ (лишь рѣдко въ порядкѣ титуловъ въ Институціяхъ), поэтому-то для лекцій и сочиненій по римскому праву установилось названіе „Пандекты“. Сочиненія этого рода обладаютъ весьма различнымъ достоинствомъ; нѣкоторыя изъ нихъ написаны въ духѣ сочиненій французской школы, нѣкоторыя же, впадая опять въ недостатки прежнихъ эпохъ, вполне лишены историческаго и критическаго смысла; тѣмъ не менѣе, имъ принадлежитъ та заслуга, что они записывали и удерживали въ памяти юристовъ тѣ туземные правовые обычаи, которые сохранились, несмотря на рецепцію римскаго права. Къ концу 18-го вѣка въ Германіи проложило себѣ путь основательное историческое изученіе, и съ Нуго ведетъ свое начало т. н. историческая школа, которая впослѣдствіи, въ лицѣ романиста Савиньи и германиста Эйхгорна, приобрѣла признанныхъ всѣми корифеевъ. Историческая школа является, впрочемъ, не только особымъ научнымъ методомъ, но и принципомъ мышленія и поведенія, ибо она требуетъ какъ отъ государственнаго мужа, такъ и отъ гражданина, чтобъ они слѣдовали пути постепенныхъ реформъ; она столь же осуждаетъ упорный консерватизмъ въ правѣ, какъ и радикальныя перемѣны. Со времени возникновенія исторической школы появляется богатая литература какъ историческая, такъ и систематическая, которая содержится какъ въ сочиненіяхъ, обнимающихъ всю область частнаго права, такъ и въ монографіяхъ по отдѣльнымъ вопросамъ. Монографіи мы будемъ указывать въ соотвѣствующую



шихъ мѣстахъ, теперь же исчислимъ самыя распространенныя сочиненія, обнимающія все частное право.

А. Болѣе пространныя сочиненія:

Christian Friedrich Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 34 тома, 1790—1830; продолжали трудъ Глюка Mühlenbruch, т. 35—43. 1832—1843; Fein, т. 44. 45. 1851—1853; Arndts, т. 46—48. 1868—1878; Leist, 5 томовъ, 1870—1879; Burckhardt, 3 тома, 1871—1881; Cзыларз, 1 т. 1887; Ubbelohde, 4 т. 1889—1893; Salkowski, 1 т. 1889. (Изложено въ легальномъ порядкѣ).

A. F. J. Thibaut: System des Pandektenrechts. 9. Ausgabe. Besorgt von Buchholtz. 1846.

Chr. Fr. Mühlenbruch; Doctrina Pandectarum. Ed. quarta 1838 г.

На нѣмецкомъ языкѣ: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 тома. Четвертое изданіе. 1844.

Joh. Ad. Seuffert: Praktisches Pandektenrecht. 3 тома. Четвертое изданіе. 1860—1872 г.

J. F. Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts. 1839 г. 1 т. (заключаетъ въ себѣ общую часть и владѣніе).

Friedrich Carl von Savigny: System des heutigen Römischen Rechts. 8 томовъ. 1840—1849 г. (общая часть) и das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. 2 тома, 1851, 1853 гг. (заключающее нѣкоторыя общія начала изъ области обязат. пр.).

Ed. Böcking: Pandekten des Römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. т. 1. 1853. 2-ое изд. и 2-го тома 1-й вып. 1855 г. (общая часть, владѣніе, собственность и сервитуты).

Carl Friedrich Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3 т. 3-е изд. 1869 г.

Alois Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 4 т. 2-е изд. (1873—1895); послѣдніе томы по смерти автора изданы Лотмаромъ.

Bernhard Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 т. 7-е изд. 1891 г.

Carl Georg v. Wächter: Pandekten. 2 т. 1880. 1881 гг.

Heinrich Dernburg: Pandekten. 3 т. 5-е изд. 1896. 1897 гг.

E. J. Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. До сихъ поръ 2 т. 1886—1890.

E. Hölder: Pandecten. До сихъ поръ 1 т. 1886—1891.



F. Regelsberger: Pandekten. Т. 1. 1893.

Заслуживаютъ также упоминанія два сочиненія, которыя основательно излагаютъ пандектное право въ связи съ партикулярнымъ правомъ:

Carl Georg v. Wächter: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2 т. 1842—1851 г. (исторія вюртембергскаго права и общая часть).

J. Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, тт. 1, 2, 4-е изд. 1876 г. (общая часть); т. 6, 3-е изд. 1879 (наслѣдственное право).

В. Менѣ пространныя:

Georg Friedrich Puchta: Pandekten. 1 т. 12-е изд., сдѣланное Ширмеромъ. 1877 г.

Ludwig Arndts Lehrbuch der Pandekten. 1 т. 14-е изд. Пфаффа и Гофмана. 1889 г.

Fg. Ludw. v. Keller: Pandekten. 1 т. второй оттискъ 1886 г.

O. Wendt: Lehrbuch der Pandekten. 1888.

С. Особенной формой отличаются слѣд. соч.:

K. A. v. Vangerow: Leitfaden für Pandektenvorlesungen. 3 т. 7-е изд. 1863—1869 г. подъ загл.: Lehrbuch der Pandekten (главнымъ образомъ подробное изложеніе контроверзъ).

Rud. v. Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. 3 т. 3-е изд. 1863. 1864 гг. (изложеніе посредствомъ отвѣтовъ на отдѣльные вопросы).

K. G. Bruns: Das heutige Römische Recht, въ v. Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft, 5-е изд., просмотрѣнное Эккомъ. 1890. Стр. 425—564 (краткій обзоръ съ замѣчаніями, касающимися законодательныхъ вопросовъ).

Детальные вопросы изъ области исторіи и догмы римскаго права главнымъ образомъ разрабатываются въ журналахъ, изъ которыхъ мы назовемъ важнѣйшіе:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft; издавали Savigny, Eichhorn и Göschen, послѣ смерти послѣдняго Klenze, а затѣмъ Rudorff. 15 т. 1815—1850.

Archiv für civilistische Praxis, изд. Gensler, Mittermaier, Schweitzer, теперъ Franklin, Mandry, Wendt, Bülow и Kohlaas; съ 1818 до сихъ поръ 85 т.



Zeitschrift für Civilrecht und Process, изд. сначала v. Linde, Marezoll v. Wening-Jungenheim, наконецъ, v. Linde и Schulte, 42 т. 1827—1865. (Giessener Zeitschrift).

Jahrbücher für Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts, изд. сначала Gerber и Jhering, теперь же Regelsberger и Ehrenberg; съ 1857 г. до сихъ поръ 35 т.

Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, изд. Bekker и Muther, затѣмъ также Stobbe. 6 т. 1857—1863.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, изд. Rudorff Bruns, Roth, Merkel и Böhlau, 1861—1878, 13 т.; теперь изд. Bekker, Pernice, Schröder, Brunner, и журн. распадается на два отдѣленія (романистическое и германистическое); первое заключаетъ до сихъ поръ 16 т.

Zeitschrift für das privatund öffentliche Recht der Gegenwart, изд. Grünhut; съ 1874 г. до сихъ поръ 23 т.

III. Зачатки литературы съ непосредственно практическимъ направленіемъ уже встрѣчаются въ извѣстной степени въ періодъ глоссы; въ своихъ ученіяхъ глоссаторы изъясняли отдѣльныя мѣста нагляднымъ способомъ, на придуманномъ примѣрѣ (казусѣ); отсюда произошли сборники казусовъ, составляемые преподавателями права; кромѣ того, глоссаторы устраивали бесѣды (quaestiones) и разборы дѣйствительныхъ и придуманныхъ юридическихъ случаевъ и сами составляли по этимъ вопросамъ цѣлыя книги. Также поступали и postglossatores. Consilia постглоссаторовъ были собираемы въ большіе сборники; то же дѣлали и съ мнѣніями и рѣшеніями нѣмецкихъ практиковъ 16—18-го стол., которые не подчинялись слѣпо римскому праву, но, часто примѣняя туземное обычное право въ той мѣрѣ, въ какой оно устояло при реценціи р. пр., выработали такъ наз. usus modernus Pandectarum. Въ послѣднее время тому же направленію слѣдуютъ сборники судебныхъ рѣшеній, изъ коихъ слѣдуетъ отмѣтить:

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland, изд. сначала J. Seuffert, затѣмъ A. F. W. Preusser, теперь Schütt. Съ 1874 г. до сихъ поръ вышло 50 т.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Съ 1880 до с. п. 34 т.

Въ послѣднее время было также составлено нѣсколько сборни-



ковъ казусовъ для употребленія при университетскомъ преподаваніи; между послѣдними заслуживаютъ вниманія:

R. Jhering: Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 7 изд. 1895.

W. Girtanner: Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. 4 изд. подъ редакцію Langebeck'a 1881.

E. Pagenstecher: Pandekten-Praktikum 1860.

(Анонимъ): Civilrechtsfälle für den akademischen Gebrauch. 1881.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Понятіе права и его виды.

#### Предварительное замѣчаніе.

Слово „право“ употребляется въ двойномъ смыслѣ: или въ смыслѣ *предписаній права*, т.-е. правилъ, которыя господствуютъ надъ правоотношеніями (такъ наз. *norma agendi*, право въ объективномъ смыслѣ), или въ смыслѣ *правомочія*, т.-е. господства, принадлежащаго опредѣленному лицу надъ опредѣленнымъ предметомъ для удовлетворенія интересовъ этого лица, на основаніи предписаній права (такъ наз. *jus agendi*, право въ субъективномъ смыслѣ). О правѣ въ субъективномъ смыслѣ мы будемъ говорить ниже въ § 16; теперь же займемся правомъ въ объективномъ смыслѣ. Источниками права, т.-е. *силами, творящими право въ объективномъ смыслѣ*, являются: народъ, верховная государственная власть и классъ юристовъ; поэтому различаютъ: обычное право (§ 4), законъ (§ 5) и практику (§ 7). Начала римскаго права, касающіяся источниковъ права, многіе считаютъ непримѣнимыми, потому что они якобы относятся къ государственному праву; но это можно сказать развѣ только о тѣхъ законахъ, которые находятся въ тѣсной зависимости отъ государственнаго устройства, а не объ обычномъ правѣ и практикѣ.



## Раздѣлъ первый.

## Право въ объективномъ смыслѣ или предписанія [нормы] права.

## I. ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

## А. § 4. Обычай народа.

t. Dig. I, 3: de legibus senatusque consultis et longa consuetudine.—t. C. VIII, 52: quae sit longa consuetudo. *Thibaut*, über die Nothwendigkeit eines allg. bürgerl. Rechts für Deutschland. 1814.—*Savigny*, vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. § 2. 1814.—*Puchta*, das Gewohnheitsrecht. 2 Theile. 1828. 1837.—*Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht. 1846.—*Meier*, die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861.—*Brinckmann*, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprocess. 1847.—*Jhering*, der Kampf ums Recht. стр. 7—20. 1872.—*F. Adickes*, zur Lehre v. d. Rechtsquellen. 1873.—*Schwannert*, Gesetz und Gewohnheit. 1873.—*Sturm*, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877.—*Schmidt*, zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. 1881.—*Esser*, die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes. 1889.—*Savigny*, §§ 7 ff. 18. 25. 27—30. Beilage 2.—*Vangerow*, §§ 14—17.—*Windscheid*, §§ 15—19.—*Brinz*, §§ 26. 27.—*Regelsberger*, §§ 19—22.

I. *Понятіе*. Обычнымъ правомъ называется норма права, постоянно соблюдаемая въ гражданскомъ оборотѣ и основанная на убѣжденіи народа.—Нормы права не являются чѣмъ-то произвольнымъ, выдуманымъ; напротивъ, будучи предназначены для регулированія разумныхъ отношеній людей другъ къ другу и къ вещамъ, онѣ даны сами собою; les lois (лучше le droit) sont les rapports nécessaires, que dérivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois (Montesquieu), т.-е. нормы права суть необходимыя отношенія, вытекающія изъ природы вещей<sup>1</sup>. Но эти нормы, вытекающія изъ природы людей и вещей, обнаруживаются не тотчасъ; онѣ должны еще быть открыты и какъ бы извлечены изъ лицъ и вещей. Это происходитъ путемъ гражданского оборота; вступая въ отношеніе оборота, лица соблюдаютъ тѣ нормы, которыя имъ кажутся разумными, соответствующими данному отношенію (что въ свою очередь зависитъ отъ склада ихъ ума, отъ ихъ возрѣній на отношеніе, отъ ихъ правового чувства). Будучи постоянно соблюдаемо въ одинаковыхъ случаяхъ одинаковымъ образомъ, данное правило становится убѣжденіемъ людей, господствующимъ правиломъ поведения, однимъ словомъ, нормою права, которая, будучи разрабо-

<sup>1</sup> cf. Cic. de inv. II, 53. 54.



тана обычаемъ, получаетъ наименование *inveterata consuetudo, longaeva consuetudo, jus moribus constitutum*, обычное право, обычай; употребляютъ иногда и название „народное право“, потому что оборотъ происходитъ между членами народа.—Изъ вышеизложеннаго видно, что обычное право основывается на сознаниі дѣйствующихъ людей; это то право, которое они признаютъ разумнымъ въ гражданскомъ оборотѣ; *его источникомъ слѣдовательно является народный разумъ*. Этотъ разумъ не зависитъ отъ государственнаго строя, поэтому обычное право развивается и въ не демократическихъ государствахъ. Эти положенія установлены историческою школою и являются теперь господствующимъ мнѣніемъ; но нельзя не упомянуть, что римскіе юристы мотивировали дѣйствіе обычнаго права иначе (ср. ниже прим. 9), а равно, что и романисты, предшествовавшіе исторической школѣ, держались иного взгляда (ср. ниже текстъ предъ прим. 10); въ новѣйшее время нѣкоторые романисты выставили утвержденіе, что основанія для обязательности обычнаго права вообще не существуетъ, что его дѣйствіе есть фактъ, не требующій оправданія: ср. опроверженіе ниже sub II. 2 въ концѣ.

## II. Условія. Условій обычнаго права—три:

### 1. *Продолжительное непрерывное соблюденіе извѣстнаго правила.*

а. Соблюденіе должно быть *продолжительное* <sup>2</sup> (*consuetudo inveterata, longaeva, diuturna*); для опредѣленія продолжительности времени невозможно установить никакого правила; если норма соблюдается съ особенною энергіей, то достаточно даже сравнительно короткаго промежутка времени. Каноническое право, впрочемъ, предписывало, что обычное право должно быть *legitime, canonice praescriptum*<sup>3</sup>; эти слова, повидимому (такъ какъ и глоссаторы держались этого мнѣнія), означаютъ, что соблюденіе должно происходить въ теченіе давностнаго срока, но это каноническое предписаніе не можетъ считаться разумнымъ, и уже потому не примѣнимо, что лишено всякой опредѣленности; въ самомъ дѣлѣ, тамъ вѣдь не сказано, какой давности мы должны держаться: трехлѣтней ли, десятилѣтней или же тридцатилѣтней.

### б. *Соблюденіе должно быть непрерывно* <sup>4</sup> (въ источникахъ: *con-*

<sup>2</sup> I. 32. § 1. I. 33. I. 35. D. h. t. 1, 3; I. 2. I. 3. C. h. t. 8, 52.—<sup>3</sup> c. 11c X. de consuet. 1, 4; c. 3. in VI. eod. 1, 4; c. 9. in VI. de off. ord. 1, 16; c. 50. X. de elect. 1, 4.—<sup>4</sup> I. 3. C. h. t. 8, 52; I. 3. pr. C. de priv. schol. 12, 30; cf. I. 34. D. de r. i. 50, 17.



suetudo tenaciter servata; у новыхъ юр.: actus continui, non interrupti); соблюденіе можетъ быть прервано или тѣмъ, что данное правило перестаютъ соблюдать, или тѣмъ, что соблюдается противоположное правило.

2. *Правовое убѣжденіе народа* (т. н. opinio iuris, necessitatis, obligationis), т.-е. мнѣніе тѣхъ людей, которые соблюдаютъ въ оборотѣ извѣстное правило, что это именно — юридически соответствующее правило. Правовое убѣжденіе не должно необходимо существовать у *всѣхъ* отдѣльныхъ людей; есть такія нормы, которыя по самому своему содержанію дѣйствуютъ лишь въ нѣкоторыхъ кругахъ общества (ремесленные, торговые обычаи), или примѣняются лишь въ нѣкоторыхъ областяхъ госуд. территоріи (мѣстное обычное право); но даже тамъ, гдѣ не существуетъ такихъ ограниченій, мѣра правоваго убѣжденія у отдѣльныхъ лицъ зависитъ всегда отъ степени ихъ развитія, занятій, образа жизни. — Правоваго убѣжденія не существуетъ, съ одной стороны, при обычномъ соблюденіи извѣстныхъ актовъ щедрости (обычай рождественскихъ подарковъ никогда не перейдетъ въ обычное право) и, съ другой стороны, при закоренѣлыхъ злоупотребленіяхъ: что противорѣчитъ началамъ нравственнаго или гражданскаго порядка, то не можетъ путемъ соблюденія сдѣлаться нормою права; напримѣръ: обычное примѣненіе такъ наз. береговаго права, обычное несоблюденіе законной мѣры процентовъ <sup>5</sup>, обычное невыскаиваніе съ виновнаго супруга штрафа за расторженіе брака, обычай, по которому мужъ, потерявъ собственное имущество, можетъ затѣмъ свободно распоряжаться имуществомъ своей жены и т. п. <sup>6</sup>. Закоренѣлыя злоупотребленія называются въ источникахъ consuetudines contra rationem, non rationabiles <sup>7</sup>, такъ что къ нимъ относятся слова источниковъ <sup>8</sup> (значеніе которыхъ очень спорно): quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet; это значить, что не можетъ приобрѣсть силы обычнаго права и такое злоупотребленіе, которое произошло не отъ нечестнаго образа мыслей, а вельдствіе простаго заблужденія. Нѣкоторые романисты это мѣсто неправильно объясняютъ такъ, что обычное право

<sup>5</sup> l. 1. pr. D. de us. 22, 1.—<sup>6</sup> c. 3. c. 10. X. de consuet. 1, 4; c. 26. i. f. X. de test. 2, 20.—<sup>7</sup> l. 2. C. h. t. 8, 52; Nov. 134. c. 1. i. f.; c. 11. X. de consuet. 1, 4; c. 1. in. VI. de const. 1, 2.—<sup>8</sup> l. 39. D. h. t. 1, 3.



можетъ возникнуть вслѣдствіе заблужденія (продолжительное ошибочное соблюденіе пріобрѣтаетъ собственный авторитетъ), но что тогда такое обычное право не подлежитъ примѣненію по аналогіи (ср. § 13 прим. 9).

Римскіе юристы невѣрно опредѣляли сущность правоваго убѣжденія, называя обычное право *tacita, civium conventio* и основывая его силу на законодательной власти римскаго народа<sup>9</sup>: устанавливая законы въ комиціяхъ прямо и непосредственно, римскій народъ равнымъ образомъ можетъ устанавливать нормы права и косвеннымъ путемъ, посредствомъ *facta concludentia* (§ 62). Если бы это разсужденіе было правильно, то дѣйствіе обычнаго права всегда бы предполагало конституцію съ народнымъ собраніемъ; но оно неосновательно: народъ въ комиціяхъ, то есть народъ въ политической организаціи, совсѣмъ не совпадаетъ съ тѣмъ народомъ, который въ оборотѣ творитъ нормы права; первый мы находимъ только въ республиканскомъ государственномъ строѣ древняго міра, послѣдній существуетъ во всѣ времена и у всѣхъ народовъ. — Означенная ошибка римскихъ юристовъ вызвала между романистами ложный взглядъ на обычное право, господствовавшій вплоть до нашего вѣка. Въ самомъ дѣлѣ, если бы обычное право имѣло силу потому, что въ республиканскомъ государствѣ народъ выступаетъ въ роли законодателя, то, строго говоря, обычное право оказалось бы молчаливымъ закономъ, и законъ былъ бы единственнымъ источникомъ права; значить, въ *монархическомъ* государствѣ обычное право нуждалось бы въ (прямомъ или молчаливомъ) одобреніи монарха, какъ представителя законодательной власти; поэтому до 19-го вѣка требовали отъ отдѣльныхъ актовъ соблюденія обычая нѣкоторой публичности въ томъ смыслѣ, чтобы они могли доходить до свѣдѣнія монарха и быть имъ одобрены или запрещены. Въ настоящее время это воззрѣніе почти всеми отвергнуто<sup>10</sup>, но осталось зато спорнымъ отношеніе правоваго убѣжденія къ актамъ соблюденія. По одному мнѣнію (т. н. спиритуалистической теоріи), правовое убѣжденіе существуетъ у соблюдающаго (или у народа) еще до акта соблюденія извѣстнаго правила; поэтому правовое убѣжденіе оказывается единственнымъ основаніемъ дѣйствія обычнаго пра-

<sup>9</sup> I. 32. § 1. I. 35. D. h. t. 1, 3; §§ 9. 11. I. de iure nat. 1, 2; cf. Gai 3, 82; Ulp. fr. § 4.—<sup>10</sup> cf. c. 1. in. VI. de const. 1, 2.



ва, а *соблюдение* имѣетъ лишь то значеніе, что оно является способомъ обнаруженія уже существующей нормы права. По другому мнѣнію (т. н. материалистической теоріи), до соблюденія правила еще не существуетъ никакого правового убѣжденія, а лишь неясно сознаваемое чувство сообразности этого правила; лишь вслѣдствіе соблюденія чувство превращается въ правовое убѣжденіе; иными словами, правовое убѣжденіе является лишь слѣдствіемъ соблюденія, такъ что *соблюдение* является не только способомъ обнаруженія, но вмѣстѣ съ тѣмъ и способомъ возникновенія *обычнаго права*. Кто внимательно прослѣдитъ исторію права, тотъ рѣшитъ этотъ споръ въ пользу второго мнѣнія; есть даже такія нормы, которыя сдѣлались предписаніями права единственно вслѣдствіе продолжительнаго соблюденія, — нормы, которыя совсѣмъ не имѣютъ въ основаніи никакого правового убѣжденія, а получили свое значеніе только вслѣдствіе привычки; таковы, напр., многія правила, опредѣляющія продолжительность сроковъ или форму юридической сдѣлки; правда, здѣсь дѣло идетъ, какъ видно изъ приведенныхъ примѣровъ, лишь о нѣсколькихъ детальнахъ нормахъ. Нѣкоторые новые юристы пошли дальше и выставили мнѣніе, что правовое убѣжденіе вообще не составляетъ условія *обычнаго права*, что оправданіе послѣдняго (основаніе его дѣйствія) заключается единственно въ соблюденіи, въ *обычаѣ*; *обычай* получаетъ такую власть въ народѣ, что всѣ ему подчинены. Это мнѣніе въ виду приведенныхъ выше, прим. 5 и сл., положеній слѣдуетъ отвергнуть; къ тому же оно лишаетъ институты *обычнаго права* (которыя имѣютъ существенное значеніе для нашего общественнаго строя) идеальнаго содержанія; оно превращаетъ ихъ во что-то чисто внѣшнее, признавая ихъ продуктами простой привычки.

3. По закону Константина <sup>11</sup>, *обычное право должно не противорѣчить существующему закону, а лишь пополнять пробѣлы законодательства*. Обыкновенно это выражаютъ слѣд. образомъ: *обычныя нормы допускаются не contra legem, а лишь praeter legem*. Этотъ принципъ, повидимому, противорѣчитъ тому высокому значенію, которое мы выше (sub I) приписали *обычному праву*; кромѣ того, нѣсколько мѣстъ въ источникахъ <sup>12</sup> приписываютъ

<sup>11</sup> 1. 2. C. h. t. 8, 52.—<sup>12</sup> § 11. I. de iure nat. 1, 2; § 7. I. de ini. 4, 4; 1. 1. § 1. D. de int. in iure 11, 1; 1. 27. § 4. D. ad. l. Aq. 9, 2; 1. un pr. C. de cas. toll. 6, 51; Nov. 89. c. 15.



обычному праву силу отмѣнять существующіе законы (путемъ *desuetudo*). Поэтому господствующее мнѣніе отвергаетъ это третье требованіе и, желая согласить притворѣчіе, относить законъ Константина то къ мѣстнымъ обычаямъ, которымъ не принадлежитъ сила отмѣнять общее право, то къ тѣмъ правовымъ обычаямъ, которые напередъ запрещены закономъ; но какъ этихъ, такъ и множества другихъ объясненій, существующихъ по данному вопросу, нельзя согласить со словами закона Константина. Истиннымъ значеніемъ этого закона является значеніе, указанное нами выше; а насколько оно оказывается разумнымъ, это можно видѣть изъ того обстоятельства, что новыя законодательства повторили его или въ томъ же, или даже въ еще болѣе рѣзкомъ видѣ, совсѣмъ отказавъ обычному праву въ своемъ признаніи. Дѣло въ томъ, что обычай является нормальнымъ источникомъ права лишь на извѣстныхъ ступеняхъ развитія народовъ; достигнувъ же высшихъ ступеней развитія, государство освобождается отъ обычнаго права вполнѣ или въ бѣльшей части. И въ самомъ дѣлѣ, если, съ одной стороны, матеріаль правъ развитъ до подробностей, такъ что почти для каждаго отношенія существовать готовая норма, и, съ другой стороны, государственная власть всегда чутко слѣдитъ за состояніемъ права, такъ что законодательная дѣятельность течетъ непрерывно,—въ такомъ случаѣ допустить силу обычнаго права противъ существующихъ законовъ значило бы то же, что добровольно вызывать препятствіе для достиженія цѣлей законодателя (§ 5 кон.). Таково было положеніе дѣлъ при Константинѣ, таковымъ оно является и въ наше время; при такихъ обстоятельствахъ образованіе обычнаго права только тогда можетъ быть оправдано, когда законодатель оставляетъ невыполненными пробѣлы въ законодательствѣ. — Итакъ, разнорѣчіе въ источникахъ должно быть рѣшено въ пользу закона Константина. Это положеніе идетъ въ разрѣзъ съ мнѣніями исторической школы; послѣдняя крайне преувеличиваетъ значеніе обычнаго права, считая его нормальнымъ источникомъ права для *всѣхъ* временъ и приписывая ему силу не только дополнять, но и отмѣнять законъ.

III. *Доказываніе*. Прежде существовало мнѣніе, что тотъ, кто ссылается на обычное право, долженъ его и доказывать; это мнѣніе противорѣчитъ источникамъ <sup>13</sup> и поэтому теперь всѣми

<sup>13</sup> 1. 3. § 6. D. de test. 22, 5; 1. 1. C. h. t. 8, 52.



отвергнуто; напротивъ, судья долженъ примѣнять обычное право такъ же, какъ и всякую другую норму (*iura novit curia*), а поэтому онъ долженъ по возможности стараться приобрѣсть знаніе обычнаго права самостоятельно. Но такъ какъ возникаетъ (особенно относительно мѣстнаго обычнаго права) то опасеніе, что усилія судьи могутъ остаться безуспѣшными, то послѣднему дозволяется обратиться за содѣйствіемъ къ той сторонѣ, которая на обычное право сослалась; но къ этому содѣйствію отнюдь не слѣдуетъ примѣнять началъ объ *onus probandi*, т.-е. объ обязанности представлять доказательства въ гражданскомъ процессѣ (§ 96 sub. II); здѣсь дѣло идетъ не объ юридическомъ доказываніи, а о доказываніи научномъ; поэтому особыя процессуальныя правила о срокахъ доставленія доказательствъ и средствахъ доказыванія сюда совсѣмъ не относятся. (Эти начала получили теперь признаніе въ имп. уст. граж. суд. § 265).—Средствомъ распознаванія обычнаго права служить собственный опытъ судьи, допрашиваніе свидѣтелей и свѣдущихъ людей <sup>14</sup>, заслуживающія довѣрія сообщенія въ ученыхъ или практическихъ сочиненіяхъ (сборникахъ права), признаніе въ судебномъ рѣшеніи <sup>15</sup>; и въ юридическихъ пословицахъ часто содержится обычное право.

## В. Законъ.

tt. D. I, 3. 4; C. I, 14—16. 19—23.

### 1) § 5. Понятіе и условія.

*Lhering, Schwanert, Adickes* и *Sturm* въ соч., прив. къ § 4.—*Savigny*, §§ 13. 17. 23 f.—*Vangerow*, §§ 12. 13.—*Windscheid*, § 14.—*Brinz*, § 26.—*Regelsberger*, §§ 18. 23. 24.

*Закономъ называется норма права, установленная надлежащимъ порядкомъ (согласно съ основными законами) и надлежащимъ образомъ опубликованная. Условія закона суть слѣд.:*

1. *Чтобы онъ былъ установленъ надлежащимъ порядкомъ.* Начала римскаго права о порядкѣ установленія законовъ составляютъ предметъ исторіи римскаго права; основные законы германскихъ государствъ о законодательной дѣятельности, которые предписываютъ совмѣстную дѣятельность монарха и народнаго представительства (сословія, сеймъ, палаты) и кромѣ того представляютъ законодательную власть въ

<sup>14</sup> cf. Nov. 106.—<sup>15</sup> l. 34. D. h. t. 1, 3.



извѣстныхъ границахъ и одному монарху (эта власть отчасти переносится также и на отдѣльныя правительственныя учрежденія; точно также и въ Римѣ законодательная власть принадлежала въ извѣстныхъ предѣлахъ претору и юристамъ императ. періода, получившимъ *jus respondendi*), излагаются въ общемъ и партикулярномъ госуд. правѣ; тамъ же рѣшается спорный вопросъ, имѣетъ ли право и обязанъ ли судья изслѣдовать правомѣрность (конституціонность, соучастіе народнаго представительства) происхожденія нормы, опубликованной государственной властью въ качествѣ закона.

2. *Чтобы онъ былъ надлежащимъ образомъ опубликованъ (обнародованъ)*. Порядокъ публикаціи опредѣляется нынѣ не римскимъ правомъ, а нынѣшнимъ общимъ и партикулярнымъ государственнымъ правомъ. Прежде возбуждалъ много споровъ и разногласій вопросъ, должно ли лицо, ссылающееся на законъ, доказывать его публикацію; въ настоящее время почти всѣ разрѣшаютъ его въ отрицательномъ смыслѣ: судья долженъ самостоятельно запасться знаніемъ права (*iura novit curia*); по имп. у. гражд. с. § 265 судья вмѣняется въ безусловную обязанность знать законы, дѣйствующіе въ томъ государствѣ, къ которому онъ самъ принадлежитъ (прусскій или баварскій судья безусловно долженъ знать Общее право, Прусское земское уложеніе и Code Napoléon, виртембергскій—только Общее право); что же касается законовъ, дѣйствующихъ въ другомъ государствѣ, то судья, если они ему неизвѣстны, можетъ потребовать содѣйствія стороны, сославшейся на таковыя; въ такомъ случаѣ примѣняютъ начала § 4 sub III.

Отношеніе закона къ обычному праву представляется въ слѣд. видѣ: обычай является обыкновенно въ первыя эпохи исторіи народа почти единственнымъ источникомъ права; въ позднѣйшія эпохи къ нему присоединяется государственная власть въ качествѣ второго источника права. Обычное право возникаетъ путемъ бессознательнаго постепеннаго развитія, законъ—путемъ сознательнаго установленія нормы въ опредѣленный моментъ времени. Обычное право является правомъ народнымъ, уже испытаннымъ въ гражданскомъ оборотѣ, законъ часто противорѣчитъ возрѣніямъ народа и оказывается неудачною попыткой. Но, съ другой стороны, обширные законодательные принципы вводятся обыкновенно въ народную жизнь лишь путемъ закона, а такъ какъ достиженіе цѣлей государства главнымъ образомъ зависитъ отъ хорошаго состоянія права, то въ благоустроенномъ государствѣ развитіе права рѣдко бываетъ предоставлено самому себѣ; напротивъ, государственная власть сама устанавливаетъ нормы права—издаетъ законы. При *быстромъ* развитіи новыхъ отношеній



законодательное регулирование ихъ становится тѣмъ болѣе необходимымъ, что развитие обычнаго права происходитъ слишкомъ медленно. Сюда присоединяется еще то обстоятельство, что въ болѣе цивилизованное время противоположность интересовъ и воззрѣній какъ между отдѣльными лицами, такъ и между классами народа становится до того рѣзкою, что образование и развитие новыхъ правовыхъ обычаевъ (по крайней мѣрѣ такихъ, которые бы обнимали *весь* народъ) можетъ совершиться развѣ только въ рѣдкихъ случаяхъ. Отсюда то явленіе, что въ позднѣйшіе періоды жизни народа обычное право почти совсѣмъ бываетъ вытѣснено закономъ и лишается силы отмѣнять законъ (выше стр. 19). Для современныхъ государствъ надо еще принять во вниманіе то обстоятельство, что всѣ они произошли изъ соединенія малыхъ территорій съ самостоятельнымъ мѣстнымъ правомъ, а *единство* права (общее право, § 14) можетъ быть достигнуто только законодательнымъ путемъ. Вслѣдствіе всего этого законъ въ наше время сталъ главнѣйшимъ источникомъ права (этого, впрочемъ, не признаетъ большинство сторонниковъ исторической школы, которая считаетъ законъ *всегда* лишь второстепеннымъ источникомъ права). Вслѣдствіе этого развитие права приобрѣло иной характеръ. Въ эпоху обычнаго права существуетъ непрерывная преемственность юридическихъ нормъ, одна развивается изъ другой, мертвая уступаетъ мѣсто живой; въ эпоху закона преемственность правовыхъ нормъ перестаетъ быть общимъ явленіемъ и дѣлается вопросомъ политики; законодатель долженъ обсудить, требуется ли необходимо отмѣна дѣйствующаго права или возможно дальнѣйшее его развитіе; по началамъ исторической школы въ сомнительныхъ случаяхъ правильнѣе предпочесть второй путь.

## 2) § 6. Толкованіе законовъ.

*Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1806.—*Lang*, Beiträge zur Hermeneutik des Römischen Rechts. 1857.—*F. C. Schmidt*, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher. 1855.—*Mommsen*'a предисловіе къ его изданію Дигестъ. 1870.—*Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandekten. 1887.—*Savigny*, §§ 32—41. 48. f.—*Vangerow*, §§ 22—25.—*Windscheid*, §§ 20—22. 25.—*Brinz*, §§ 7. 28—30.—*Regelsberger*, §§ 33—37.

Чтобы уразумѣть законъ въ его истинномъ и полномъ содержаніи, необходимо его истолковать—интерпретировать; послѣдняго слова, впрочемъ, лучше избѣгать, такъ какъ римскіе источники



разумѣютъ подъ нимъ не только толкованіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и дальнѣйшее развитіе мысли законодателя путемъ аналогіи (ср. закл. прим. этого §). Принципы толкованія законовъ составляютъ предметъ особаго ученія: юридической герменевтики.

I. Основою всякаго толкованія является толкуемый текстъ; дѣятельность, направленная на установленіе подлинности текста, называется критикою; въ частности, такъ какъ текстъ законовъ обыкновенно заключается въ рукописяхъ, то приходится изслѣдовать: а) въ какихъ рукописяхъ заключенъ законъ, б) дѣйствительно ли всѣ слова, заключенныя въ рукописяхъ исходятъ отъ законодателя, или, можетъ-быть, они потерпѣли извѣстныя добавленія, уменьшенія, измѣненія. Для успѣха критики надо стараться собрать по возможности всѣ рукописи, въ которыхъ передается данный законъ, опредѣлить время ихъ происхожденія и степень подлинности, сравнить ихъ тексты другъ съ другомъ и, наконецъ, избрать одинъ изъ этихъ текстовъ (избирательная критика), или въ случаѣ, если тексты оказываются бессмысленными или невѣроятными, установить новый текстъ путемъ предположеній (исправленіе текста предположительною критикою, *Conjecturalkritik*); *къ предположительной критикѣ всегда слѣдуетъ прибѣгать съ большою осмотрительностью и сдержанностью.*— Задача критики по отношенію къ законамъ новаго времени сводится къ ничтожнымъ размѣрамъ, потому что теперь мы получаемъ обыкновенно законы въ подлинной формѣ (собраніяхъ узаконеній); не то слѣдуетъ сказать о законахъ прежняго времени и въ частности о компиляціи Юстиніана; до насъ не дошелъ ни одинъ подлинный текстъ этого памятника; уже во времена глоссаторовъ обнаруживается стремленіе возстановить его текстъ по различнымъ рукописямъ (чтеніе дигестъ, установленное глоссаторами, называется *littera communis*, *littera Bononiensis*, *lectio vulgata*); позднѣйшіе юристы (особенно въ новѣйшее время Моммзень и Крюгеръ, ср. § 2 sub I) продолжали трудъ глоссаторовъ, но окончательнаго результата не достигли, да и едва ли когда-нибудь достигнуть.

II. Само толкованіе есть свободная умственная дѣятельность: судьи, который долженъ постановить рѣшеніе, адвоката, который произноситъ рѣчь въ судѣ, ученаго, который желаетъ способствовать развитію науки права, и даже частнаго лица, которое



хочетъ устроить свои жизненные отношенія сообразно съ законами. Иногда для свободной умственной дѣятельности нѣтъ мѣста; это бываетъ въ томъ случаѣ, если смыслъ закона опредѣленъ предписаніемъ права; дѣло въ томъ, что а) самъ законодатель можетъ въ позднѣйшемъ законѣ (т. н. declaratoria) опредѣлить смыслъ прежняго закона, т. н. аутентическое толкованіе <sup>1</sup>; это дѣлается обыкновенно въ тѣхъ случаяхъ, если плохая редакція даннаго закона возбуждаетъ между юристами много спорныхъ вопросовъ; б) кромѣ того, обычное право можетъ придать закону извѣстный смыслъ (т. н. узуальное толкованіе, Usualinterpretation <sup>2</sup>). Какъ аутентическое, такъ и обычное (узуальное) толкованіе (вмѣстѣ называемыя легальнымъ толкованіемъ) представляютъ собственно не толкованіе, а предписанія права. Отсюда вытекаетъ, что имъ слѣдуетъ всегда повиноваться, хотя бы установленный ими смыслъ закона и не былъ вѣрный.

Толкованіемъ въ собственномъ смыслѣ является только такое, которое основывается на свободной умственной дѣятельности (т. н. доктринальное толкованіе); къ нему относятся слѣдующія правила:

1. *Цель* толкованія состоитъ въ уясненіи принципа, ratio (слѣдовательно, и истиннаго и полнаго содержанія) закона и въ развитіи дѣйствительной воли законодателя во всѣхъ ея слѣдствіяхъ. Это равно относится и къ ясному <sup>3</sup> и къ неясному закону, будетъ ли онъ хорошо выраженъ или его редакція страдаетъ недостатками; ибо принципъ и полное содержаніе даже яснаго и хорошо выраженаго закона могутъ быть уяснены лишь дѣятельностью мысли. Толкуя законъ, слѣдуетъ принимать во вниманіе, что: а) если законъ запрещаетъ цѣль, то тѣмъ самымъ запрещаются и средства <sup>4</sup>; б) кому законъ предоставляетъ извѣстное право, тому также принадлежитъ притязаніе на средства для осуществленія этого права <sup>5</sup>; в) если законъ устанавливаетъ правило лишь до извѣстныхъ предѣловъ, то за этими предѣлами дѣйствуетъ противоположное правило (argumentum a contrario <sup>6</sup>); д) in majore minus <sup>7</sup>.—

<sup>1</sup> l. 12. § 1. C. de leg. 1, 14.—<sup>2</sup> l. 37. 1. 38 De leg. 1, 3.—<sup>3</sup> l. 1. § 11. D. de insp. ventre 25, 4.—<sup>4</sup> l. 16. D. de spons. 23, 1.—<sup>5</sup> l. 2. D. de iurisd. 2, 1; cf. l. 3. § 3. de s. p. r. 8, 3; l. 11. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>6</sup> l. 22. D. de leg. 1, 3; l. 1. pr. D. de off. eius cui mand. 1, 21; l. 18. D. de test. 22, 5.—<sup>7</sup> l. 1. § 4. D. de superf. 43. 18; l. 20. §§ 5. 6. D. qui test. fac. 28, 1; l. 21. l. 110. pr. D. de r. i. 50, 17.



Въ случаѣ темноты и неправильности редакціи закона толкованіе становится затруднительнѣе. Причиною темноты закона по большей части является употребленіе многозначащихъ словъ или возможность различныхъ конструкцій: задачей толкованія является здѣсь отысканіе дѣйствительнаго значенія слова или правильной конструкціи (т. н. *interpretatio declarativa*). Неправильность редакціи состоитъ въ томъ, что по недосмотру употреблены слова, которыя не передаютъ дѣйствительно мысли, а содержатъ либо больше, либо меньше того, что хотѣлъ выразить законодатель: задачей толкованія является исправленіе словъ закона путемъ ограничительнаго <sup>8</sup> или распространительнаго толкованія <sup>9</sup> (т. н. *interpretatio restrictiva* и *extensiva*).

2. Средствами толкованія служатъ: 1) слова закона <sup>10</sup> (т. н. грамматическое толкованіе), 2) элементы, изъ которыхъ произошла воля законодателя <sup>11</sup> (т. н. логическое толкованіе); такими элементами являются: свойства тѣхъ жизненныхъ отношеній, къ которымъ относится законъ, и ихъ потребности въ законодательномъ отношеніи, а слѣд., внутренняя сообразность того или иного толкованія <sup>12</sup> (поэтому толкованіе подчасъ представляетъ втолковываніе); поводъ закона (*occasio legis*) <sup>13</sup>; связь какъ отдѣльныхъ частей закона между собою, такъ и цѣлаго закона съ другими какъ отмѣненными (въ особенности съ тѣми, которые должны быть исправлены этимъ новымъ закономъ), такъ и дѣйствующими <sup>14</sup>; характеръ законодателя и его времени, а равно и другія мысли, выраженныя законодателемъ по предмету даннаго закона; наконецъ, цѣль, къ которой стремится законодатель, издавая законъ. Эта цѣль (*ratio legis*) имѣетъ особенно важное значеніе, такъ что законодатель часто упоминаетъ о ней (какъ и о поводѣ закона) въ самомъ же законѣ <sup>14а</sup>; въ такомъ случаѣ слова закона дѣлятся на *verba dispositiva* s. *decisiva* (собственно законъ) и на *verba enunciativa* s. *relativa* (побочныя сообщенія).—Впрочемъ, грамма-

<sup>8</sup> Напр., l. 3. pr. D. de tut. 26, 1; l. 11. D. de in i. voc. 2, 4; l. 8. § 6. D. de transact. 2, 15; l. 11. §§ 1—3. D. de his qui not. inf. 3, 2; l. 15. D. de i. patr. 37, 14; l. 2. § 1. D. de cust. et exh. 48, 3.—<sup>9</sup> Напр., l. 13. § 2. D. de exc. 27, 1; l. 27. § 13. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. D. de l. Pomp. 48, 9.—<sup>10</sup> l. 25. § 1. D. de leg. 3. (32).—<sup>11</sup> l. 17. D. h. t. 1, 3; l. 6. § 1. D. de v. s. 50, 16; l. 19. D. ad exh. 10, 4.—<sup>12</sup> l. 19. D. h. t. 1, 3; l. 67. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> l. 1. pr. D. ad. sc. Mac. 14, 6.—<sup>14</sup> l. 24. l. 26—28. D. h. t. 1, 3.—<sup>14а</sup>. Ср., наприм., l. 5. C. de bon. quae. lib. 6, 61.



тическое и логическое толкование служатъ для одной и той же цѣли: изъясненія и развитія смысла закона; грамматическое толкование вовсе не противоположно логическому; нельзя, напр., утверждать, что грамматическому толкованію принадлежитъ главное значеніе, а логическому—лишь вспомогательное, такъ что къ послѣднему слѣдуетъ обращаться только въ тѣхъ случаяхъ, если грамматическое толкование не дало опредѣленнаго результата. Напротивъ, оба способа толкованія находятся между собою въ тѣснѣйшей связи; если же они не приводятъ къ одному и тому же выводу, то предпочтеніе должно оказывать логическому толкованію, которое есть критерій для грамматическаго <sup>15</sup>.

3. Для толкованія Юстиніанова свода вслѣдствіе его своеобразнаго состава (онъ составленъ главнымъ образомъ изъ отрывковъ сочиненій юристовъ и судебныхъ рѣшеній императоровъ) необходимо принять во вниманіе еще слѣд. факты:

а. Нѣкоторыя отдѣльныя слова въ Дигестахъ и Кодексѣ исходятъ не отъ авторовъ фрагмента, а отъ компиляторовъ, которые измѣнили первоначальный текстъ (напр., *traditio* вмѣсто *mancipatio*, *hypotheca* вм. *fiducia*); такія слова называются *emblemata Tribonianі*, интерполяціями. Право совершать такія измѣненія далъ компиляторамъ Юстиніанъ съ тою цѣлю, чтобы изреченія болѣе древняго права сдѣлать пригодными для вставленія въ компиляцію <sup>16</sup>.

б. Нѣкоторыя слова и предложенія получаютъ въ Дигестахъ и Кодексѣ иное значеніе, нежели то, которое имъ придавали ихъ авторы: напр., говоря: *cessio servitutis* — классическіе юристы разумѣли *in jure cessio*, Юстиніанъ же—неформальное установленіе сервитута <sup>17</sup>; нѣкоторыя изреченія, которыя первоначально касались вещнаго права, пріобрѣтеннаго неформальнымъ способомъ, въ сводѣ Юстиніана относятся къ добросовѣстному владѣнію этимъ правомъ <sup>18</sup>. Въ такихъ случаяхъ говорятъ о *duplex interpretatio*.

с. Для мѣстъ Институцій, Дигестъ и Кодекса имѣетъ также

<sup>15</sup> l. 13. § 2. D. de exc. 27, 1.—<sup>16</sup> l. 1. § 7. l. 2. § 10. C. de vet. i. enucl. 1, 17; Const. haec quae nec. § 2; Const. summa § 3; Const. cordi § 3.—<sup>17</sup> l. 20. § 1. l. 39. D. de s. p. u. 8, 2; l. 3. § 3. l. 10. l. 11. l. 14. D. de s. p. r. 8, 3; l. 15. l. 18. D. comm. pr. 8, 4.—<sup>18</sup> l. 11. § 1. D. de publ. 6, 2; l. 5. pr. l. 18. § 15. D. damn. inf. 39, 2.



значеніе и титулъ, въ который они вставлены: по титулу можно иногда узнать смыслъ сомнительнаго мѣста; но не слѣдуетъ забывать, что многія мѣста по недосмотру вставлены въ неподходящій титулъ (*leges fugitivae*).<sup>19</sup>

d. Для мѣстъ въ Дигестахъ имѣетъ значеніе и заглавіе, т.-е. надпись, которую авторъ помѣстилъ при фрагментѣ, а равно и книга, изъ которой они взяты: по книгѣ и по точкѣ зрѣнія автора можно иногда заключать о смыслѣ даннаго мѣста; ср. примѣръ въ § 74.

e. Очень много мѣстъ въ Кодексѣ суть императорскіе рескрипты, или примѣненія нормъ права къ конкретнымъ случаямъ (ср. § 15). Рескрипты часто растянуты и содержатъ въ себѣ неважныя побочныя обстоятельства, а часто, напротивъ, уже слишкомъ урѣзаны компиляторами; поэтому *argumentum a contrario* можно къ нимъ примѣнять лишь съ большою осмотрительностью, часто даже лучше будетъ держаться принципа: *unius positio non est alterius exclusio*.

Классическіе юристы подъ *interpretatio* разумѣли не только толкованіе, но и дальнѣйшее развитіе права путемъ аналогіи<sup>20</sup>; мало того, они часто даже исправляли содержаніе закона по началамъ общей справедливости, и такимъ образомъ выступали (очевидно, опираясь на *jus respondendi*, которое принадлежало почти каждому изъ нихъ) даже въ роли законодателя<sup>21</sup>; эта функція послѣ паденія классической юриспруденціи была объявлена закономъ Константина<sup>22</sup> исключительнымъ правомъ императора; Юстиніанъ<sup>23</sup> издалъ такой же законъ относительно толкованія неясныхъ законовъ, запретивъ кромѣ того писать комментаріи и приказавъ судьямъ обращаться въ сомнительныхъ случаяхъ за разрѣшеніемъ къ императору. Законъ Юстиніана уже теперь не дѣйствуетъ, потому что германское государственное право запрещаетъ судѣ обращаться за разрѣшеніемъ сомнительныхъ юридическихъ вопросовъ къ государственной власти.

<sup>19</sup> cf. l. 6. D. de transact. 2, 15; l. 1. § 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3.—  
<sup>20</sup> l. 2. §§ 5. 12. D. de or. iur. 1, 2; l. 11. l. 13. D. de leg. 1, 3.—<sup>21</sup> Напр.,  
 l. 40. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 2. § 4. D. ad. set. Vell. 16, 1; l. 1. pr. l. 4.  
 D. si quadr. 9, 1; l. 20. D. de re iud. 42, 1; l. 2 § 5. D. aq. pluv. 39, 3.—  
<sup>22</sup> l. 1. C. de leg. 1, 14.—<sup>23</sup> l. 12. § 1. C. de leg. 1, 14; l. 2. § 21 C. de  
 vet. i. enucl. 1. 17.



### С. § 7. Практика и научное право.

*Puchta, Beseler, Meier, Brinckmann* въ соч., привед. къ § 4.—*Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, стр. 81 и слѣд. 1883. — *Savigny*, §§ 4. 19 26. и слѣд.—*Vangerow*, §§ 18. 25.—*Windscheid*, §§ 23. 24.—*Brinz*, §§ 19. 32.—*Regelsberger*, §§ 38. 25.

Классъ юристовъ вліяетъ на состояніе права въ трехъ отношеніяхъ:

1. Первая задача юриста — изъ отдѣльныхъ нормъ права вывести общій принципъ, на которомъ онѣ основаны (*ratio iuris*), и, обратно, изъ этого принципа путемъ умозаключеній вывести положенія права, которыя становятся рядомъ съ уже существующими (ср. § 6).

2. Вторая задача юристовъ — пополнять въ духѣ дѣйствующаго права существующіе въ законодательствѣ пробѣлы, т.-е. распространять на непредусмотрѣнные правомъ случаи тѣ нормы, которыя дѣйствуютъ для случаевъ сходныхъ<sup>1</sup>; отсюда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Отношеніе найденной описаннымъ путемъ нормы къ существующему праву называется аналогіею: аналогіею права, если появляется новый, до сихъ поръ неизвѣстный, институтъ, аналогіею закона, если въ извѣстномъ уже институтѣ возникаетъ какое-либо новое юридическое положеніе. Юстиніанъ постановилъ, что, въ случаѣ пробѣловъ и недостатка законовъ, судья долженъ обращаться за рѣшеніемъ дѣла къ императору<sup>2</sup>; это постановленіе теперь не имѣетъ силы, такъ какъ подобное рѣшеніе было бы кабинетною юстиціею, которая запрещена германскимъ госуд. правомъ. — Для исключительныхъ нормъ (*ius singulare*) аналогія не допускается (§ 13 sub II).

Дѣятельность, обозначенная sub 1. и 2., составляетъ задачу какъ юристовъ-теоретиковъ, такъ и практиковъ; и тѣ, и другіе должны рѣшать эту задачу путемъ точныхъ умозаключеній; поэтому найденнымъ такимъ путемъ нормамъ многіе даютъ наименованіе „научнаго права“; это — тѣмъ болѣе заслуженное имя, что означеннымъ нормамъ не придается иного значенія, нежели то, которое имъ принадлежитъ по внутренней ихъ основательности, по научному содержанію ихъ аргументаціи. Самыя важныя

<sup>1</sup> 1. 10—13. 1. 27. 1. 32. pr. D. de leg. 1, 3.—<sup>2</sup> 1. 2. § 18. C. de vet. iure enucl. 1, 17.



проявленія научнаго права — *praeiudicia* и *communis doctorum opinio*.

а. Подъ преюдиціей разумѣютъ (это слово имѣетъ и другое значеніе, ср. § 80) мотивированное научно-правовыми основаніями судебное рѣшеніе прежняго случая, тождественнаго или сходнаго съ тѣмъ случаемъ, который представленъ на рѣшеніе судьи теперь. Судья не обязанъ соображаться съ преюдиціей и не долженъ слѣпо ей повиноваться даже въ томъ случаѣ, если она уже много разъ повторялась въ процессахъ <sup>3</sup> (ибо сила преюдициі основана единственно на внутренней основательности), но, съ другой стороны, осторожный судья въ затруднительномъ случаѣ едва ли оставитъ безъ вниманія существующія преюдициі.

б. Подъ *communis doctorum opinio* разумѣютъ мнѣнія, принятыя всѣми учеными юристами; и послѣднія судья обязанъ отвергнуть, если убѣжденъ въ ихъ несостоятельности.

Въ прежнее время какъ преюдиціямъ, такъ и общему мнѣнію юристовъ приписывали въ большихъ или меньшихъ размѣрахъ обязательную силу, т.-е. значеніе источниковъ права. Это мнѣніе теперь всѣми отвергнуто; въ настоящее время за ними признаютъ лишь большой авторитетъ.

3 *Практика. Практикою называется право, установленное путемъ судебныхъ рѣшеній.* Имѣя постоянно дѣло съ правомъ, юристъ обладаетъ особеннымъ развитіемъ правосознанія; вслѣдствіе этого у юриста формируются часто новыя убѣжденія какъ о содержаніи дѣйствующаго закона („узואальное толкованіе“ <sup>4</sup>, ср. § 6), такъ и о цѣлесообразности новой нормы. Отправляя правосудіе, судья можетъ добиться признанія для такихъ убѣжденій; то же подчасъ удается адвокатамъ, къ которымъ обращаются за совѣтомъ въ вопросахъ права, судамъ шеффеновъ и т. п. Такъ всегда бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, если дѣятельность законодательства приостанавливается совсѣмъ или въ извѣстномъ отдѣлѣ права, такъ что законы отстаютъ отъ потребностей жизни и современныхъ воззрѣній. Если признаніе извѣстной нормы путемъ судебныхъ рѣшеній сдѣлалось постояннымъ и непрерывнымъ, то возникаетъ т. н. право юристовъ (*практика, судебный обычай, rerum perpetuo similiter iudicatarum aucto-*

<sup>3</sup> 1. 13. C. de sent. et. int. 7, 45.—<sup>4</sup> 1. 23. 1. 37. 1. 38. D. de leg. 1, 3.



toritas, такъ наз. *usus fori*); праву юристовъ принадлежитъ та- же сила, что и обычному праву народа <sup>5</sup>; мало-по-малу оно и становится обычнымъ правомъ народа, потому что каждый чело- вѣкъ, вступая въ отношеніе, нормированное практикою, въ своемъ же интересѣ будетъ считаться съ послѣднею; но пока этого не произошло, за правомъ юристовъ нельзя еще признать (какъ многіе хотятъ) значенія обычного права (юристовъ), ибо обычное право народа возникаетъ путемъ *соблюденія* нормы права въ гражданскомъ оборотѣ, право же юристовъ—путемъ *установленія* нормы въ судебныхъ рѣшеніяхъ; обычное право народа образуется *незамѣтно и безсознательно*, право же юристовъ путемъ *прямого и нарочнаго* установленія въ рѣшеніяхъ. Уже въ римскомъ правѣ мы находимъ одинъ институтъ (*portio legitima*), который ведетъ свое происхожденіе единственно отъ практики суда центумвировъ (§ 415); такихъ нормъ образовалось бы и болѣе, если бы рим- ляне имѣли нѣсколько *постоянныхъ* судовъ. Въ Германіи, гдѣ съ давнихъ поръ существуютъ постоянные суды и гдѣ дѣятель- ность законодательства до 18-го столѣтія была весьма незна- чительна, практика судовъ (не отдѣльныхъ судовъ, а ихъ совокупности) служила живымъ источникомъ правовыхъ нормъ; рецепція римскаго права въ Германіи тоже была проведена глав- нымъ образомъ практикою судовъ (§ 1). — Ученые спорятъ, на какомъ основаніи практикѣ принадлежитъ значеніе источника права; одни объясняютъ это явленіе тѣмъ, что классъ юристовъ является представителемъ народа, а его правовыя убѣжденія представляютъ убѣжденія народа (такъ какъ юристы происхо- дятъ изъ народа и находятся съ нимъ въ постоянной связи); другіе указываютъ на то, что въ тѣхъ областяхъ, гдѣ народъ не допускается къ самостоятельному участию въ отправленіи право- судія (черезъ присяжныхъ, шеффеновъ), тамъ юристы обладаютъ неограниченною властью, пользуясь которою, они приводятъ въ дѣйствіе свои мнѣнія, не считаясь вовсе съ мнѣніями и воззрѣ- ніями народа. Первое мнѣніе противорѣчитъ признаннымъ фак- тамъ, въ особенности проведенной юристами рецепціи римскаго права въ Германіи; послѣднее мнѣніе оказывается правильнымъ: фактическая власть юристовъ беретъ верхъ на практикѣ, хотя бы

<sup>5</sup> l. 38. D. de leg. 1. 3.



и противорѣчила народнымъ воззрѣніямъ; поэтому приверженцы этого мнѣнія называютъ практику „правомъ юристовъ“, другіе же подъ правомъ юристовъ разумѣютъ вообще всѣ продукты ихъ дѣятельности, въ томъ числѣ и научное право. —Новыя законодательства не признаютъ за практикою значенія источника права; и въ самомъ дѣлѣ, въ настоящее время законодательная дѣятельность, находясь въ постоянномъ движеніи, проникаетъ повсюду, гдѣ только обнаруживается потребность; при такомъ положеніи дѣла установленіе *новыхъ* нормъ права въ судебныхъ приговорахъ не явилось ли бы просто-напросто нарушеніемъ *дѣйствующихъ* законовъ тѣми, кто признанъ быть ихъ блюстителемъ.

## II. § 8. Проблѣы и противорѣчія въ правѣ.

*Savigny*, §§ 42—46.—*Windscheid* §§ 23. 26.

1. Проблѣы въ правѣ слѣдуетъ пополнять аналогичнымъ при-  
мѣненіемъ наличныхъ нормъ, установленныхъ для сходныхъ слу-  
чаевъ и отношеній (§ 7).

2. Противорѣчія въ правѣ слѣдуетъ рѣшать по принципу, по которому одна противорѣчащая норма отмѣняетъ другую, —значи-  
ть, надо поступать такъ, какъ если бы вовсе не существовало  
ни той, ни другой <sup>1</sup>. Но нельзя забывать и того, что утвержде-  
ніе наличности противорѣчія, являясь тяжелымъ упрекомъ про-  
тивъ автора правоположеній, можетъ быть оправдано лишь въ  
томъ случаѣ, если исчерпаны всѣ средства выясненія <sup>2</sup>; поэтому,  
прежде всего надо разсмотрѣть, можетъ быть одна норма точнѣе  
опредѣляетъ другую, ограничиваетъ, прибавляетъ къ ней исклю-  
ченіе (систематическое согласованіе противорѣчивыхъ нормъ) <sup>3</sup>;  
далѣе, надо изслѣдовать, не содержится ли въ одной нормѣ просто  
историческій матеріалъ, а лишь въ другой заключено дѣйствующее  
законоположеніе (историческое примиреніе противорѣчивыхъ  
нормъ) <sup>4</sup>.—Что касается свода Юстиніана, то слѣдуетъ помнить,  
что Новеллы были изданы послѣ Институцій, Дигестъ и Кодекса,  
слѣдовательно, имъ принадлежитъ перевѣсъ надъ послѣдними;

<sup>1</sup> cf. *Gai.* 1, 7; § 8. *I. de iure nat.* 1, 2.—<sup>2</sup> *I. 2. § 15. C. de vet. i. enucl.* 1, 17.—<sup>3</sup> ср., напр., съ одной стороны *I. 3. 1. 4. § 2. D. pro suo* 41, 10; съ другой стороны *I. 27. D. de usurp.* 41, 3; § 11. *I. de usuc.* 2, 6; наконецъ, *I. 11. D. pro emt.* 41, 4; *I. 4. D. pro leg.* 41, 8; *I. 5. § 1. D. pro suo* 41, 10.  
<sup>4</sup> Ср., напр., *I. 34 pr. D. mand.* 17, 1 съ одной стороны и *I. 15. D. de r. c.* 12, 1 съ другой стороны; cf. *const. imperatoriam majestatem* § 5.



нѣкоторые юристы хотѣли было и Кодексу, какъ позднѣйшему по времени (§ 2 sub I), придать такую же силу по отношенію къ Институціямъ и Дигестамъ; но господствующее мнѣніе съ полнымъ основаніемъ приписываетъ одинаковую силу всѣмъ тремъ частямъ кодификаціи; намѣреніемъ Юстиніана было издать одинъ большой сводъ законовъ, а если моментъ публикаціи былъ не одинъ и тотъ же для всѣхъ частей, то это — дѣло чисто случайное з.

### III. ДѢЙСТВІЕ НОРМЪ ПРАВА ПО ОТНОШЕНІЮ КО ВРЕМЕНИ И КЪ ЛИЦАМЪ.

#### A. § 9. По отношенію ко времени.

v. *Scheurl*, Beiträge. Bd. 1. Nr. 6. 1853.—*Lassalle*, das System der erworbenen Rechte. Bd. 1. 1461.—*R. Schmidt*, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Стр. 101—148. 1863.—*Savigny*, § 383 и сл.—*Vangerow*, § 26.—*Windscheid*, §§ 31—33.—*Brinz*, §§ 21. 33.—*Regelsberger*, §§ 47. 48.

I. Дѣйствіе нормы начинается по общему правилу съ момента ея возникновенія <sup>1</sup>; но для основательнаго ознакомленія съ новымъ закономъ въ немъ самомъ часто опредѣляется, что началомъ дѣйствія будетъ такой-то позднѣйшій моментъ времени <sup>2</sup>.—Нормамъ права не принадлежитъ по общему правилу обратное дѣйствіе з; но часто самъ законодатель присваиваетъ закону обратную силу <sup>4</sup>; послѣдняя молчаливо приписывается аутентическому толкованію в (declaratoria, § 6); но это не относится ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, которые уже рѣшены судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, или мировую сдѣлкою <sup>6</sup>, а равно и къ тѣмъ случаямъ, которые ждутъ рѣшенія въ апелляціонной инстанціи <sup>7</sup>, такъ какъ задача высшей инстанціи—провѣрить, соотвѣтствовало ли рѣшеніе низшей инстанціи тому праву, которое дѣйствовало во время произнесенія приговора.—

II. Нормы права дѣйствуютъ по общему правилу до тѣхъ

<sup>1</sup> I. 2. §§ 12. 23. I. 3. § 15. C. de vet. iure enucl. 1, 17.

<sup>2</sup> Nov. 66. c. 1. pr.—<sup>3</sup> Nov. 58; Nov. 66. c. 1 pr.; Nov. 116. c. 1.—<sup>4</sup> I. 7. C. de leg. 1, 14; I. 65. i. f. C. de dec. 10, 31; c. 13. X. de constit. 1, 2.—<sup>5</sup> I. 21. C. ad set. Vell. 4, 29; I. 3. C. de pact. pign. 8, 34; I. 27. C. de fide instr. 4, 21.—<sup>6</sup> Nov. 19. pr. c. 1; Nov. 143 кон.—<sup>7</sup> I. 21. C. ad set. Vell. 4, 29; I. 15. § 5. C. de leg. her. 6, 58; I. un. in. f. C. de contr. iud. 1, 53; I. 17. C. de fid. instr. 4, 21.—<sup>8</sup> Nov. 115. c. 1.



поръ, пока ихъ не отмѣнитъ новое правоположеніе: *ius posterius derogat priori*<sup>8</sup>. вмѣстѣ съ самою нормою отмѣняются и всѣ положенія, вытекающія изъ нея; исключенія изъ нормы признаются отмѣненными лишь въ томъ случаѣ, если на то была направлена воля автора новаго правоположенія<sup>9</sup>. Позднѣйшая общая норма отмѣняетъ прежнюю мѣстную только въ томъ случаѣ, если была выражена таковая воля<sup>10</sup>. Временные законы (*leges transitoriae*), т.-е. такіе законы, о которыхъ прямо выражено, что они издаются лишь на извѣстное время или для извѣстныхъ обстоятельствъ, лишаются силы послѣ истеченія установленнаго времени или перемѣны обстоятельствъ; прежніе юристы требовали примѣненія этого принципа и къ законамъ непременнымъ въ томъ случаѣ, если перестаетъ существовать ихъ цѣль: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*; но это мнѣніе теперь отвергнуто всѣми.

### В. § 10. По отношенію къ лицамъ.

*Wächter*, der entschuldbare Rechtsirrtum. 1871.—*Savigny*, Beilage 8. Nr. 8. 30—33.—*Vangerow*, § 83 пр. 1.—*Windscheid*, § 79.—*Brinz*, § 319.—*Bekker*, § 84.—*Regelsberger*, § 128.

Нормы права обыкновенно примѣняются одинаково ко всѣмъ лицамъ или къ цѣлому классу лицъ (§ 13); поэтому нарушеніе нормъ, совершенное намѣренно или по заблужденію, для всѣхъ влечетъ за собою извѣстную невыгоду<sup>1</sup>.

I. Намѣренное несоблюденіе нормъ права было, повидимому, дозволено римскому императору; въ источникахъ часто повторяется положеніе: *princeps legibus solutus est*; но вѣрнѣе смотрѣть на это положеніе, какъ на теорему римскаго государственнаго права, такъ какъ обыкновенно рядомъ сообщается, что императоръ добровольно подчиняется законамъ<sup>2</sup>; во всякомъ случаѣ теперь этотъ вопросъ рѣшается по началамъ германскаго государственнаго права.

II. Что нарушеніе права<sup>3</sup> по заблужденію влечетъ за собою

<sup>8</sup> l. 4. de const. princ. 1, 4; l. 80. D. de r. i. 50, 17.—<sup>9</sup> l. 41 D. de poen. 48, 19.—<sup>10</sup> l. 3. § 5. de sep. viol. 47, 12; c. 1. in. VI. de const. 1, 2.

<sup>1</sup> l. 12. C. de iur. ign. 1, 10; l. 9. C. de leg. 1, 14; l. 48 пр. D. de fid. 46, 1.—<sup>2</sup> l. 31. D. de leg. 1, 3; l. 23. D. de leg. 3. (32); l. 3. C. de test. 6, 23; l. 4. C. de leg. 1, 14; § 8. i. f. l. qu. m. test. inf. 2, 17; cf. l. 26. C. de don; i. v. et u. 5, 16.—<sup>3</sup> t. D. 22, 6; t. C. 1, 18; de iuris et facti ignorantia.



невыгоды, это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: заблужденіе въ правѣ (*error s. ignorantia iuris*) есть заблужденіе неизвинительное (*error iuris nocet*). Но (въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ считается извинительнымъ заблужденіе въ фактѣ, § 51) прощается и заблужденіе въ правѣ:

1. Тому лицу, которое и само по уважительнымъ причинамъ не могло знать какой-либо нормы, и не могло обратиться за справками къ свѣдущему человѣку<sup>4</sup>; это можетъ произойти лишь въ исключительныхъ случаяхъ, напр., по отношенію къ мѣстному обычному праву, къ иностранному праву, по отношенію къ спорнымъ правоположеніямъ.

2. Извѣстнымъ лицамъ, вслѣдствіе ихъ неопытности или привилегированнаго положенія: минорамъ, женщинамъ, необразованнымъ людямъ (*rustici*), солдатамъ. Но не ко всѣмъ этимъ лицамъ означенное начало примѣняется въ равной мѣрѣ. Самое обширное примѣненіе оно находитъ по отношенію къ *minores*, которымъ заблужденіе въ правѣ прощается какъ для избѣжанія положительнаго вреда, такъ и для пріобрѣтенія прибыли<sup>5</sup> (*de damno vitando et de lucro captando*); затѣмъ, по отношенію къ женщинамъ, которымъ заблужденіе въ правѣ прощается только для предотвращенія положительнаго вреда, и то не безъ исключеній (исковая давность<sup>7</sup>); наконецъ, по отношенію къ необразованнымъ и солдатамъ<sup>9</sup> — только въ немногихъ случаяхъ, о которыхъ мы упомянемъ въ соответственныхъ институтахъ.

Въ двухъ фрагментахъ<sup>10</sup> Палиніана выставлено общее положеніе, что заблужденіе въ правѣ прощается *каждому*, если только дѣло идетъ о предотвращеніи положительнаго вреда, и не прощается, если дѣло идетъ о пріобрѣтеніи прибыли. Эти фрагменты находятся съ вышеизложенными правилами въ явномъ противорѣчій, примирить котораго еще не удалось, несмотря на множество усилій.

<sup>4</sup> 1. 9. § 3. D. h. t. 22, 6; 1. 10. D. de b. p. 37, 1; 1. 2. § 5. D. quis ordo 38, 15; c. 1. in VI. de const. 1, 2.—<sup>5</sup> 1. 9. pr. D. h. t. 22, 6; 1. 11. C. h. t. 1, 18.—<sup>6</sup> 1. 8. l. 9. pr. D. h. t. 22, 6; 1. 3. l. 11. l. 13. C. h. t. 1, 18.—<sup>7</sup> 1. 3. C. de praescr. XXX ann. 7, 39.—<sup>8</sup> 1. 8. C. qui adm. 6, 9; 1. 1. § 5. D. de el. 2, 13; 1. 2. § 1. D. si quis in ius 2, 5.—<sup>9</sup> 1. 9. § 1. D. h. t. 22, 6; 1. 1. C. de rest. mil. 2, 51; 1. 22. pr. § 15. C. de iure del. 6, 30; 1. 5. C. de his qui sibi adscr. 9, 23; § 5. l. de her. qual. 2, 19.—<sup>10</sup> 1. 7. l. 8. D. h. t. 22, 6.



## IV. ПОДРАЗДѢЛЕНІЯ НОРМЪ ПРАВА.

## A. § 11. По ихъ формѣ.

(Ius scriptum—non scriptum).

*Vangerow*, § 12.

По формѣ нормы права раздѣляются на *ius scriptum* и *non scriptum*, писанное право и неписанное<sup>1</sup>. Законы обыкновенно представляютъ писанное право; поэтому многіе отождествляютъ законы съ писаннымъ правомъ, обычное право съ неписаннымъ; это невѣрно, потому что и обычное право часто записывается. Писанное право обладаетъ важнымъ преимуществомъ—достоверностью и определенностью, неписанное способствуетъ произволу и ошибкамъ судьи; отсюда понятно, почему народы (какъ это показываетъ исторія права) всегда проявляютъ большое желаніе имѣть писанное право.

## B. § 12. По ихъ отношенію къ правоотношеніямъ.

(Такъ наз. *ius cogens*—*dispositivum*).

*F. Endemann*, über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze. 1887.—*Savigny*, § 16.—*Windscheid*, § 30.—*Brinz*, § 20.—*Regelsberger*, § 32.

Нормы права, смотря по ихъ отношенію къ находящимся подъ ихъ господствомъ правоотношеніямъ, подраздѣляются на принудительное право (абсолютное право, т. н. *ius cogens*, причисляемое въ источникахъ къ *ius publicum*) и дополнительное, посредствующее право, уступчивое, т. н. *ius dispositivum*<sup>1</sup>.—Принудительное право примѣняется безусловно, исключая всякій частный произволъ: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>2</sup>; его раздѣляютъ на повелительное и запретительное право (т. н. *ius praeseptivum*—*prohibitivum*), смотря по тому, формулировано ли оно положительно или же отрицательно (напр., нормамъ, предписывающимъ соблюденіе извѣстной формы, надо повиноваться<sup>2a</sup>—безнравственные договоры ничтожны<sup>2b</sup>). Дополнительное право оставляетъ большой просторъ усмотрѣнію частныхъ лицъ и примѣняется лишь тогда, когда правоотношеніе не регулировано

<sup>1</sup> §§ 3. 9. 10. J. le iure nat. 1, 2; l. 6. § 1. D. de iust. 1, 1; l. 36. D. de leg. 1, 3.

<sup>2</sup> l. 7. D. de leg. 1, 3.—<sup>2a</sup> l. 38. D. de pact. 2, 14.—<sup>2b</sup> l. 27. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2b</sup> l. 26 l. 27 pr. D. de v. o. 45, 1.



по усмотрѣнію частной воли (напр., кому договоръ доставляетъ выгоду, тотъ отвѣчаетъ за *culpa levis*, но въ договорѣ можетъ быть постановлена отвѣтственность только за грубую вину; правила наслѣдованія по закону примѣняются лишь въ томъ случаѣ, если нѣтъ завѣщанія). Если при заключеніи сдѣлки не соблюдена принудительная норма, то такая сдѣлка обыкновенно признается ничтожною<sup>3</sup>, а норма въ такомъ случаѣ называется *lex perfecta* (напр., по *lex Falcidia*, отказъ признается ничтожнымъ въ той мѣрѣ, поскольку онъ превышаетъ три четверти всего наслѣдства<sup>3a</sup>); иногда, кромѣ ничтожности сдѣлки, имѣетъ еще мѣсто и наложеніе наказанія на лицо, нарушившее норму; такая норма называется (у новыхъ юр.) *lex plus quam perfecta* (напр., дареніе между людьми, живущими въ кровосмѣсительной связи, признается ничтожнымъ, а подаренное идетъ въ казну<sup>4</sup>); иногда сдѣлка не лишается силы, но на лицо, нарушившее предписаніе права, налагается наказаніе; такая норма называется *lex minus quam perfecta*<sup>5</sup> (напр., въ случаѣ преждевременнаго вступленія вдовы во вторичный бракъ, послѣдній по р. пр. признается дѣйствительнымъ, но *vinuba* подвергается штрафу, § 351). Въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ и такія нормы, которыя, запрещая что-либо, не признаютъ нарушенія запрета ничтожнымъ и не облагаютъ его наказаніемъ; онѣ называются *leges imperfectae*<sup>6</sup> (напр., *lex Cincia*, § 69<sup>7</sup>).

### С. § 13. По ихъ харантеру.

(*Ius commune* [нормальное, общее право] и *ius singulare* [исключительное, особенное право]. Справедливость. Привилегія въ обширномъ смыслѣ).

*Regelsberger*, Streifzüge im Gebiet des Civilrechts. S. 3—17. 1892 (das *ius singulare* und analoge Anwendung). — *Savigny*, §§ 15. 16.—*Vangerow*, § 30.—*Windscheid*, §§ 28. 29.—*Brinz*, § 25.—*Regelsberger*, § 31.

I. *Понятіе*. По характеру нормы права подраздѣляются на *ius commune*<sup>1</sup> (нормальное, общее право) и на *ius singulare*<sup>2</sup>

<sup>3</sup> l. 5. C. de leg. 1, 14; cf. l. 6. C. de pact. 2, 3.—<sup>3a</sup> l. 73. § 5. D. ad l. Falc. 35, 2. — <sup>4</sup> l. 2. l. 4. C. de inc. nupt. 5, 5.—<sup>5</sup> Ulp. fr. § 2.—<sup>6</sup> Ulp. fr. § 1. cf. XXII, 34. eod.—<sup>7</sup> l. 11. pr. D. de div. 24, 2; l. un. § 1. D. unde vir et uxor 38. 11.

<sup>1</sup> l. 12. D. de min. 4, 4; l. 7. D. de iniusto 28, 3; l. 15. D. de vulg. subst. 28, 6; l. 3. l. 21. D. de test. mil. 29, 1; l. 37. D. de i. f. 49, 14.—<sup>2</sup> l. 16. D. de leg. 1, 3; l. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5; l. 23. § 1. l. 44. § 1. D. de a. p. 41, 2; l. 44. § 3. D. de usurp. 41, 3; l. 15. D. de r. c. 12, 1.



(исключительное право). Тѣ нормы, которыя относятся къ *ius commune*, заключаютъ въ себѣ послѣдовательное развитіе господствующихъ основныхъ принциповъ права (*stricta ratio, ratio disputandi, stricta iuris ratio*<sup>3</sup>); нормы же *iuris singularis* являются изъятіями, исключеніями по отношенію къ *ius commune*<sup>4</sup>. Причины установленія такихъ изъятій могутъ быть различныя. Иногда этого требуетъ нравственность (*boni mores*); ибо право, будучи отдѣлено отъ морали, тѣмъ не менѣе не должно покровительствовать безнравственности и поэтому не можетъ, напри- мѣръ, допускать договоровъ и условій съ безнравственнымъ содержаніемъ (§§ 58. 208). Иногда — общественное благо (*publica utilitas, bonum publicum*<sup>5</sup>), ибо частныя отношенія должны уступать требованіямъ общаго блага. Иногда — особенныя свойства нѣкоторыхъ лицъ, вещей, отношеній (*minores, женщины, дотальные земельные участки, проценты*), подведеніе которыхъ подъ общее правило явилось бы пренебреженіемъ этихъ особенностей, важныхъ по своему значенію. Нормы, которыя устанавливаются съ принятіемъ во вниманіе такихъ особенныхъ обстоятельствъ, образуютъ справедливое право, называемое въ источникахъ *bonum et aequum*<sup>6</sup>, такъ какъ эти правоположенія устанавливаютъ надлежащій порядокъ и внутреннее равенство всѣхъ находящихся подъ господствомъ права лицъ, вещей и отношеній. Итакъ, право и справедливость вовсе не противоположны другъ другу; напротивъ, справедливость есть высочайшая цѣль права, — такъ что наука права названа въ источникахъ *ars boni et aequi*<sup>7</sup>; если пренебрежена эта цѣль, то нормы права оказываются вредными: *summum ius summa iniuria*<sup>8</sup>. Чѣмъ древнѣе нормы, тѣмъ болѣе имъ присущи свойства *stricti iuris* (такъ какъ требуется много времени для того, чтобы познать справедливое и сообразовать съ нимъ право); исторія римскаго права представляетъ въ значительной мѣрѣ картину постоянного развитія отъ *ius strictum* къ *ius aequum et bonum*; мало того, въ нѣкоторыхъ институтахъ спра-

<sup>3</sup> l. 43. D. de rel. 11, 7; l. 51. § 2. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; § 10. l. mand. 3, 26. — <sup>4</sup> l. 14—16. D. de leg. 1, 3; l. 141. pr. D. de r. i. 50, 17. — <sup>5</sup> l. 51. § 2. i. f. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 43. D. de rel. 11, 7; l. i. D. de usurp. 41, 3. — <sup>6</sup> l. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3; l. 14. § 6. D. de rel. 11, 7; l. 65. l. 66. D. de c. i. 12, 6; l. 2. § 8. D. si quis caut. 2, 11. — <sup>7</sup> l. 1. pr. § 1. D. de iust. 1, 1; cf. l. 90. D. de r. i. 50, 17; l. 8. C. de iud. 3, 1. — <sup>8</sup> Cic. de off. 1, 10.



ведливость постепенно такъ проникла въ нормы права, что даже утерялось сознание ихъ первоначальнаго характера, какъ *ius singulare*, и ихъ стали причислять къ *ius commune* (напр., *bonae fidei possessio*, § 155); иначе говоря, содержаніе *iuris aequi* не есть нѣчто постоянное, но мѣняется вмѣстѣ съ развитіемъ права; впрочемъ, развитіе права никогда не доведетъ до полнаго исчезновенія *iuris stricti*.

II. *Общая начала относительно ius singulare.* Сингулярное право не можетъ быть распространяемо (путемъ аналогіи) на сродные случаи<sup>9</sup> (§ 7 sub 2); это есть указаніе для судьи, чтобы онъ не расширялъ круга изъятій изъ юридической послѣдовательности, а не для законодателя; поэтому его не придерживались классическіе римскіе юристы, которые, пользуясь *ius respondendi*, осуществляли правомочія законодателя: они увеличили, напр., число случаевъ примѣненія *act. Velleianum*, *benef. competentiae* и т. п.<sup>10</sup>. *Ius singulare* создаетъ иногда извѣстныя преимущества для нѣкоторыхъ классовъ лицъ или для нѣкоторыхъ отношеній; эти преимущества называются *beneficia iuris s. legis*, *privilegia*, привилегія въ обширномъ смыслѣ. *Privilegia* раздѣляются на *priv. personae*, если преимущество связано съ личностью привилегированнаго<sup>11</sup> (таковы *privilegium exigendi* опекаемаго, большая часть случаевъ *beneficium competentiae*<sup>12</sup>), и на *priv. causae*, если преимущество принадлежитъ всякому лицу, которое вступаетъ въ данное правоотношеніе, въ томъ числѣ и наслѣднику и поручителю привилегированнаго (таково право сослаться на *act. Macedonianum* или *Velleianum*<sup>13</sup>). Къ привилегіямъ въ обширномъ смыслѣ примѣняются слѣд. правила:

1. Привилегія не навязывается никому противъ его желанія; всякому привилегированному лицу дозволяется избрать *ius commune* или *singulare*: *beneficium invito non datur*<sup>14</sup>.

2. Привилегированное лицо лишается своего преимущества, если оказывается недостойнымъ его; напимѣръ, если *minor* завѣдомо выдаетъ себя за полнолѣтняго, то лишается права на реституцію.

<sup>9</sup> l. 14. D. de leg. 1, 3; 1 162. D. de r. i. 50, 17; cf. l. 23. § 3. D. de fid. lib. 40, 5.—<sup>10</sup> l. 2. § 4. D. ad act. Vell. 16, 1; l. 20. D. de re iud. 42, 1; l. 2. § 5. D. de aq. pluv. 39, 3.—<sup>11</sup> l. 196. D. de r. i. 50, 17.—<sup>12</sup> l. 42. D. de adm. 26, 7; l. 24. l. 45. D. de re iud. 42, 1; l. 7 pr. D. de exc. 44, 1.—<sup>13</sup> l. 6. D. de in. int. rest. 4, 1; l. 13. pr. l. 18. § 5. D. de min. 4, 4; l. 7. pr. D. ad act. Mac. 14, 6; cf. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1.—<sup>14</sup> l. 69. D. r. i. 50, 17; l. 41. D. de min. 4, 4.—<sup>15</sup> l. 3. pr. l. 19. D. ad act. Mac. 14, 6; l. 12. l. 17. § 1. D. ad act. Vell. 16, 1; l. 10. § 1. D. de fid. 46, 1.—<sup>16</sup> l. 11. § 7. l. 12. D. de min. 4, 4.—<sup>17</sup> l. 11. § 6. l. 34. pr. D. de min. 4, 4.



Есть и такія сингулярныя нормы, которыя причиняютъ извѣстную невыгоду лицамъ, подпадающимъ подъ нихъ (таковы нормы объ еретикахъ, евреяхъ); новые юристы называютъ ихъ *priv. odiosa*, въ противоположность къ *priv. favorabilia*.

#### Д. По области примѣненія.

##### 1) § 14. Относительно мѣста.

(Общее и мѣстное, партикулярное право).

*Savigny*, § 22.—*Vangerow*, § 11.—*Brinz*, § 22. — *Baron*, § 4.—*Regelsberger*, § 29.

По области примѣненія относительно мѣста въ настоящее время раздѣляютъ нормы на общее и мѣстное право, т.-н. *ius universale* и *particulare*. Общее право дѣйствуетъ на всей государственной территоріи, мѣстное—на части ея (провинціальное, статутное право). Общимъ правомъ въ Германіи до конца прошлаго вѣка служило *das Gemeine Recht* (Общее право, § 1 sub I); мѣстными же правами являлись права отдѣльныхъ территорій. Впослѣдствіи во многихъ территоріяхъ была совершена кодификація; тамъ кодифицированное право является общимъ, но рядомъ съ нимъ продолжаютъ часто оставаться въ силѣ прежнія провинціальныя и статутныя права.—Существуетъ правило, что мѣстному праву отдается предпочтеніе предъ общимъ; отсюда нѣмецкая юридическая поговорка: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeines Recht*; изъ этого правила есть два изъятія: во-первыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ общему праву принадлежитъ характеръ принудительнаго права (§ 12), во-вторыхъ, тамъ, гдѣ дѣло идетъ о законахъ новой Германской имперіи (§ 2 кон.).—Съ вышеизложеннымъ дѣленіемъ нормъ нельзя смѣшивать римскаго дѣленія на *ius civile* (*quod quisque populus sibi ipse constituit*) и *ius gentium* (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*<sup>1</sup>). *Ius gentium* является общимъ для всѣхъ народовъ (значить, дѣйствуетъ въ различныхъ государствахъ), *ius civile* составляетъ особенное право римскаго народа, право, проникнутое воззрѣніями римскаго народа. Различіе *ius civile* и *gentium* теперь не имѣетъ значенія, такъ какъ въ правѣ Юстиніана сохранилось уже очень мало институтовъ національнаго римскаго права (какъ, напр., приобрѣтеніе по давности, свобода завѣщанія).

<sup>1</sup> §§ 1. 2. 11. I. de iure nat. 1, 2; 1. 1. § 4. l. 9. D. de iust. 1, 1.



## 2) § 15. Относительно предметовъ.

(Т. н. *ius generale*—*speciale*. Привилегія въ тѣсномъ смыслѣ).

*Vangerow*, §§ 114—116.—*Windscheid*, §§ 135—136. — *Brinz*, §§ 96—72.—*Bekker*, § 27.—*Regelsberger*, § 30.

По предметной области примѣненія нормы раздѣляются на *leges generales* и *constitutiones personales* s. *leges speciales*<sup>1</sup>, нынѣ — *ius generale* и *speciale*. *Ius generale* устанавливаетъ норму права; каковъ характеръ нормы (§ 13), это безразлично; и *privilegia* въ широкомъ смыслѣ принадлежатъ тоже къ *ius generale*. *Ius speciale* устанавливаетъ опредѣленное юридическое отношеніе; на этомъ основаніи новое государственное право не признаетъ за *ius speciale* свойствъ закона и предоставляетъ изданіе спеціальныхъ положеній (если они не касаются государственнаго имущества) монарху или правительственному учрежденію безъ участія народнаго представительства.—Въ императорскій періодъ *constitutiones personales* издавались преимущественно въ дѣлахъ судебныхъ: своимъ постановленіемъ императоръ или разрѣшалъ спорный юридическій случай (*decretum*), или же устанавливалъ по просьбѣ одной изъ сторонъ или судьи тѣ начала, по которымъ должно было рѣшать спорный случай (*rescriptum*, *epistola*); *constitutiones personales* этого рода (теперь имъ даютъ названіе, заимствованное изъ каноническаго права, *rescripta iustitiae*) въ настоящее время не могутъ быть издаваемы вслѣдствіе измѣненія госуд. устройства. Существуютъ еще *constitutiones personales* иного рода, которыя сохранили практическое значеніе; онѣ получили заимствованное изъ каноническаго права названіе—*rescripta gratiae*; еще чаще ихъ называютъ привилегіями въ тѣсномъ смыслѣ; этихъ привилегій не слѣдуетъ смѣшивать съ тѣми привилегіями въ обширномъ смыслѣ, о которыхъ мы говорили выше (§ 13): послѣднія устанавливаютъ какое-либо предписаніе права, первыя же даютъ опредѣленное право въ субъективномъ смыслѣ. Права, предоставляемые привилегіями въ тѣсномъ смыслѣ, могутъ принадлежать къ различнымъ областямъ права: болѣе ранняя дѣеспособность (*venia aetatis*, § 21), право собственности (напр., награжденіе заслуженнаго государственнаго дѣятеля), оказаніе

<sup>1</sup> 1. 1. § 2. D. de const. princ. 1, 4; § 6. I. de iure nat. 1, 2; 1. 2. C. de leg. 1, 14; 1. 24. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 38. pr. D. qu. ex c. mai. 4, 6; 1. 17. § 5. D. ad mun. 50, 1; 1. 6. D. de inc. 10, 40.—2. 1. § 31. sqq. D. d. aq. quot. 43, 20.



снисхожденія должнику (*moratorium*, § 228), предоставленіе ка-кого-либо семейственнаго права (путемъ *arrogatio*, *legitimatio*, §§ 362. 364) и т. д. Предоставленное право можетъ быть связано съ личностью привилегированнаго различнымъ образомъ; смотря по связи, привилегіи въ тѣсномъ смыслѣ раздѣляются на *priv. personae*, *rei*, *causae*. *Priv. personae* дается непосредственно лицу— пожизненно или съ правомъ передать по наслѣдству, или съ правомъ передать между живыми<sup>3</sup>. *Priv. rei* связывается съ опредѣленной вещью (напр., освобожденіе имѣнія отъ податей<sup>4</sup>) и переносится на другихъ лицъ вмѣстѣ съ правомъ собственности. *Priv. causae* связывается съ опредѣленнымъ правоотношеніемъ и, слѣдовательно, принадлежитъ каждому лицу, которое вступаетъ въ правоотношеніе (напр., привилегія акціонеровъ государственнаго банка).—Къ привилегіямъ въ тѣсномъ смыслѣ примѣняются слѣд. правила:

1. Привилегія возникаетъ на основаніи *constitutio personalis*, а также въ силу незапамятной давности<sup>5</sup> (§ 72).

2. Привилегія прекращается отреченіемъ<sup>6</sup>, истеченіемъ времени, если привилегія дана на время; смертью лица, давшаго привилегію, если послѣдняя предоставлена *ad suae voluntatis beneplacitum*<sup>6a</sup>; не-наслѣдственная личная привилегія прекращается смертью привилегированнаго лица, вещная привилегія—гибелью вещи. Привилегія можетъ прекратиться на основаніи отмѣняющей *constitutio personalis*—или вслѣдствіе злоупотребленія<sup>7</sup>, или вслѣдствіе несовмѣстимости ея съ общимъ благомъ (въ послѣднемъ случаѣ за вознагражденіе). Что же касается прекращенія привилегіи вслѣдствіе неполюзованія (т. н. погасительной давности), то источники опредѣляютъ<sup>8</sup>, что ярмарочная привилегія прекращается вслѣдствіе десятилѣтняго неосуществленія, привилегія свободы отъ десятины— вслѣдствіе неосуществленія въ теченіе 30 или 40 лѣтъ; прежніе ученые юристы распространяли первую норму на всѣ положительныя, вторую— на всѣ отрицательныя привилегіи; по теперешнему общему мнѣнію нѣтъ особой погасительной давности

<sup>3</sup> l. 1. § 2. D. de const. princ. 1. 4; l. 1. § 43. D. de aq. quot. 43, 20; l. 1. § 1. D. de iure imm. 50, 6.—<sup>4</sup> l. 1 § 43. D. de aq. quot. 43, 20; l. 3 § 1. D. de cens. 50, 15.—<sup>5</sup> c. 26. X. de v. s. 5, 40; c. 1. in. VI. de praescr. 2, 13; R. A. v. 1548. § 56; R. A. v. 1576. § 105.—<sup>6</sup> c. 6. c. 15. X. de priv. 5, 33.—<sup>6a</sup> c. 5. X. de priv. 5, 33.—<sup>7</sup> l. 3. C. de aquaed. 11, 42; c. 11. c. 24. pr. X. de priv. 5, 33.—<sup>8</sup> l. 1. D. de nund. 50, 11; c. 6. c. 15. X. de priv. 5, 33.



для привилегій, но относительно давности примѣняются тѣ же начала, какъ если бы предоставленное привилегіей право возникло не путемъ привилегіи.

3. Искъ, посредствомъ котораго привилегія въ случаѣ нарушенія осуществляется судебнымъ порядкомъ, зависитъ отъ того, какое право предоставлено привилегіей.

## Раздѣлъ второй.

### § 16. Право въ субъективномъ смыслѣ, или правомочіе, и его виды.

*Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. 1886. — *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878. — *Bierling*, Kritik der juristischen Grundbegriffe. Bd. 1883. — *Savigny*, §§ 52—59. — *Vangerow*, § 113. — *Windscheid*, §§ 13. 38—42. — *Brinz*, §§ 17. 64—67. 123. — *Bekker*, §§ 17—20. 25. — *Regelsberger*, §§ 14. 49—52.

**I. Понятіе.** *Право въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. ius agendi, частное право, правомочіе) есть господство, принадлежащее определенному лицу (или совокупности лицъ) надъ определеннымъ предметомъ для цѣли удовлетворенія ихъ интересовъ* (ср. ниже sub II B) *на основаніи предписаній права.* Противъ этого опредѣленія возражаютъ нѣкоторые юристы новѣйшаго времени, утверждая, что есть права и безъ субъекта, т.-е. права, которыя не принадлежатъ никакому лицу; ср. объ этомъ ниже § 29.

**II. Виды.** Дѣленіе правъ въ субъективномъ смыслѣ на виды вытекаетъ изъ *свойствъ объекта и цѣли правъ.* *Объектомъ права можетъ быть:*

**A. Собственная личность всякаго челоѵка;** всякому живому челоѵку прирождены извѣстныя блага: жизнь, тѣлесная цѣлость, свобода, честь — и ему принадлежитъ право на ихъ ненарушимость; нарушенія этихъ благъ разсматриваются главнымъ образомъ въ уголовномъ правѣ, но отчасти также и въ гражданскомъ (§§ 313. 321. 327 sub II).

**B. Все то, что не есть личность управомоченнаго,** значить, все прочее въ природѣ въ той мѣрѣ, въ какой оно можетъ подлежать господству. Предметы природы суть или тѣлесныя вещи или люди. Тѣлесныя вещи лишены воли, а по большей части также и жизни; наравнѣ съ тѣлесными вещами римское право ставитъ рабовъ. Люди одарены волею или ставятся наравнѣ съ одарен-



ными волею. — Съ этимъ различіемъ между объектами частныхъ правъ необходимо комбинировать другое различіе, заимствованное изъ *цѣли* частныхъ правъ. Дѣло въ томъ, что частныя права имѣють цѣлью удовлетвореніе какого-либо интереса лица управомоченнаго; частныя права безъ интереса не имѣють для лица никакого значенія; итакъ, интересъ (заинтересованность) есть существенное условіе частныхъ правъ, и гдѣ нѣтъ интереса, тамъ невозможно и существованіе частнаго права (слѣдствія этого положенія см. въ §§ 156. 185. 208. 272). Интересы бываютъ двухъ родовъ; такъ какъ человѣку отъ природы присущи два стремленія: инстинктъ самосохраненія и инстинктъ размноженія (вѣрнѣе: инстинктъ самосохраненія и развитія — и образованія семьи), то заинтересованность человѣка въ частныхъ правахъ состоитъ отчасти въ томъ, что послѣднія даютъ ему средства для удовлетворенія инстинкта самосохраненія, отчасти же въ томъ, что они создаютъ институты, которые способствуютъ возникновенію семей и рожденію новыхъ поколѣній. Права съ интересами перваго рода называются имущественными правами; ибо средства, служащія для удовлетворенія инстинкта самосохраненія *обыкновенно* могутъ подлежать денежной оцѣнкѣ, слѣдовательно, обладаютъ имущественною цѣнностью; права съ интересами второго рода называются семейственными правами. Впрочемъ слѣдуетъ сдѣлать оговорку, что, съ одной стороны, средства для удовлетворенія инстинкта самосохраненія *иногда* не подлежатъ денежной оцѣнкѣ, а удовлетворяютъ только нравственный, интеллектуальный интересъ (т.-е. законную склонность, см. § 103 пр. 3. § 156 пр. 11. § 208 sub. II. 3), и что, съ другой стороны, и съ правами семейственными часто могутъ быть связаны имущественныя права. — Итакъ различаютъ:

1. *Имущественныя права*, распадающіяся на вещныя и обязательственныя (т. н. личные) права.

а. *Объектомъ вещныхъ правъ* является тѣлесная вещь. Вещныхъ правъ есть нѣсколько видовъ: право собственности и вещныя права на чужую вещь (т. н. *iura in re aliena*); право собственности даетъ по общему началу полное и исключительное господство, вещныя права на чужую вещь (сервитуты, эмфитевзисъ, суперфицій, закладное право) даютъ лишь болѣе или менѣе ограниченную власть надъ вещью.



в. *Объектомъ обязательственныхъ правъ* служить другое лицо; господство, которое они даютъ управомоченному лицу (вѣрителю) надъ другимъ лицомъ (должникомъ), состоитъ въ томъ, что первое можетъ *требовать* отъ второго совершенія какого-либо дѣйствія или упущенія (поэтому ихъ называютъ требованіями, правами требованія). Такъ какъ дѣйствія и упущенія бываютъ въ высшей степени разнообразны, то такими же являются и требованія.

2. *Семейственныя права*, распадающіяся на права супруговъ, отеческую власть, права между родителями и дѣтьми, права опекуна. Имущественныя права, связанные съ семейственными, образуютъ имущественное семейственное право, прикладное семейственное право.

Къ исчисленнымъ выше правамъ слѣдуетъ еще присоединить слѣдующія:

3. *Наслѣдственное право. Объектомъ наследственного права служитъ имущество, оставшееся послѣ чьей-либо смерти*, т.-е. имущество, которое принадлежитъ кому-либо въ моментъ его смерти. Совокупность имущественныхъ правъ лица вмѣстѣ съ его долгами составляютъ одно цѣлое (*universitas*, § 37 кон.), называемое имуществомъ въ юридическомъ смыслѣ (*familia, bona*); для наличности такого имущества безразлично, есть ли перевѣсъ на сторонѣ актива или на сторонѣ пассива<sup>1</sup>. Имущество человѣка не дѣлается вслѣдствіе его смерти безхозяйнымъ, оно лишь мѣняетъ хозяина, т.-е. въ силу нормъ права передается определеннымъ лицамъ; послѣднія вслѣдствіе смерти прежняго хозяина имущества получаютъ наследственное право. Наслѣдственное право является сильнымъ укрѣпленіемъ имущественныхъ правъ; переживая отдѣльныхъ людей, эти права доставляютъ средства для удовлетворенія интересовъ послѣдующихъ поколѣній; поэтому наследственное право слѣдуетъ отнести къ имущественнымъ правамъ.

4. *Право владѣнія. Владѣніе, фактическое господство лица надъ тѣлесною вещью*, хотя и не есть право (§ 112), тѣмъ не менѣе есть правоотношеніе, т.-е. отношеніе, опредѣляемое правомъ, а именно: съ владѣніемъ связаны извѣстныя правовыя послѣд-

<sup>1</sup> I. 39. § 1. I. 49. I. 208. D. de v. s. 50, 16; I. 3. pr. D. de b. p. 37, 1.



ствія, и изъ владѣнія слѣдуютъ опредѣленные правомочія, образующія т. н. право владѣнія (*ius possessionis*).

Такимъ образомъ, результатъ предыдущаго изложенія представляется въ слѣд. видѣ: права въ субъективномъ смыслѣ распадутся: на права на собственную личность, имущественныя права (вещныя и обязательственныя права), семейственныя права, наследственное право, право владѣнія. Правамъ на собственную личность обыкновенно не посвящаютъ особаго отдѣла, такъ какъ они не требуютъ особаго изложенія; изложеніе права владѣнія обыкновенно предпосылается изложенію другихъ правъ по дидактическимъ соображеніямъ. Итакъ, въ изложеніе правъ въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. особенную часть системы) войдутъ:

владѣніе: Вторая книга;

вещныя права: Третья книга;

обязательства: Четвертая книга;

семейственныя права: Пятая книга;

наследственное право: Шестая книга.

Имъ предпосылается изложеніе тѣхъ началъ, которые относятся ко *всѣмъ* или почти ко *всѣмъ* правамъ въ субъективномъ смыслѣ (такъ наз. общая часть системы): Первая книга.



## КНИГА ПЕРВАЯ.

### Общее учение о правахъ въ субъективномъ смыслѣ.

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

##### Лица.

##### Раздѣлъ первый.

##### § 17. Понятіе и виды лицъ.

*Savigny*, § 60. — *Windscheid*, § 49. — *Brinz*, § 51. — *Baron*, § 6. — *Bekker*, § 44. — *Regelsberger*, § 56.

Юридическое понятіе личности совпадаетъ съ понятіемъ правоспособности; *поэтому, лицомъ называется правоспособное существо, субъектъ правъ, носитель правоотношеній.* Такъ какъ все право существуетъ ради людей<sup>1</sup>, то первоначально всякій человѣкъ и только человѣкъ есть лицо. Но римское право измѣнило это начало; оно отчасти ограничило его, отчасти распространило: ограничило, не признавъ личности за рабами<sup>2</sup>, распространило, придавъ свойства лица извѣстнымъ цѣлямъ (§ 29 sq.). Итакъ, лица раздѣляются на физическія и юридическія.

##### Раздѣлъ второй.

##### Физическое лицо.

t. D. 1, 5: de statu hominum. t. I. 3: de iure personarum.

##### I. § 18. Начало физическаго лица.

*Wächter*, de partu vivo non vitali. 1833—1866. — *Blumenstock*, въ *Eulenburgsche Realencyclopädie der gesammten Heilkunde*. Bd. 8. стр. 114—116. 1881. — *Savigny*, §§ 61. 62. Beilage Nr. 3. — *Vangerow*, § 22. — *Windscheid*, § 52. — *Brinz*, § 50. — *Baron*, § 10. — *Bekker*, § 45. — *Regelsberger*, § 58.

Физическое лицо начало существовать, если человѣческое

<sup>1</sup> I. 2. D. de statu hom. 1, 5; § 12. I. de iure nat. 1, 2.—<sup>2</sup> I. 22. I. 32. D. de r. i. 50, 17.



существо 1) вполне<sup>1</sup> отдѣлилось отъ тѣла матери<sup>2</sup> и притомъ отдѣлилось 2) живымъ<sup>3</sup>, обладая 3) человѣческимъ образомъ<sup>4</sup> и 4) достаточнымъ развитіемъ.

ad 1. Дитя въ утробѣ матери (*nasciturus, venter, partus nondum editus*) не есть лицо, а только часть материнскаго тѣла<sup>5</sup>, но къ нему примѣняется юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius agitur*<sup>6</sup>, т.-е. для дитяти въ утробѣ матери сохраняются всѣ права, долженствующія ему принадлежать на случай его рожденія (права состоянія и наслѣдованія<sup>7</sup>); оно приобретаетъ ихъ въ моментъ рожденія; для охраненія этихъ правъ для него можетъ быть назначенъ *curator ventris*<sup>8</sup>; поэтому *nasciturus* бываетъ также предметомъ особаго попеченія<sup>9</sup>, которое, напримѣръ, можетъ заключаться въ томъ, что беременной имъ матери даются *alimenta* изъ наслѣдственной массы, охраняемой для него на случай рожденія (§ 423 кон.).—Способъ отдѣленія дитяти отъ тѣла матери юридически безразличенъ<sup>10</sup>.

ad 2. Чѣмъ обнаруживается жизнь дитяти, это безразлично, а именно Юстиніанъ отвергъ<sup>11</sup> то воззрѣніе, по которому достаточнымъ способомъ обнаруженія жизни считался только крикъ младенца.—Большая или меньшая продолжительность жизни для понятія лица не имѣетъ значенія<sup>12</sup>.

ad 3. Простыя отступленія отъ обыкновеннаго строенія человѣческаго тѣла (ненормальное количество членовъ, сращеніе двухъ людей) не служатъ основаніемъ для непризнанія за родившимся личности<sup>13</sup>; но гдѣ конецъ человѣческаго вида и начало чудовищности (*prodigium, monstrum, portentum*),—этого общемою формулою опредѣлить невозможно; прежніе юристы считали рѣшающимъ признакомъ нормальное образованіе головы<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> I. 3. C. de post. her. inst. 6, 29.—<sup>2</sup> I. 12. pr. D. de lib. 28, 2; I. 1. § 9. D. unde cogn. 38, 8.—<sup>3</sup> I. 3. C. de post. 6, 29; I. 129. D. de v. s. 50, 16.—<sup>4</sup> I. 3. C. de post. her. inst. 6, 29.—<sup>5</sup> I. 1. § 1. D. de insp. ventre 25, 4; I. 9. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2.—<sup>6</sup> I. 7. 1. 26. D. h. t. 1, 5; I. 3. D. si pars her. 5, 4; I. 30. § 1. D. de a. h. 29, 2; I. 231. D. de v. s. 50, 16; I. 48. § 5. D. de furt. 47, 2; cf. I. 18. D. quando dies 36, 2.—<sup>7</sup> I. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5; I. 129. D. de v. s. 50, 16.—<sup>8</sup> I. 20. pr. D. de tut. et cur. 26, 5; t. D. 37, 9: de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.—<sup>9</sup> I. 2. D. de mort. inf. 11, 8; I. 18. D. h. t. 1, 5; I. 3. D. de poen. 48, 19.—<sup>10</sup> I. 12. pr. D. de lib. 28, 2; I. 6. pr. D. de inoff. test. 5, 2; I. 1. § 5. D. ad set. Tert. 38, 17.—<sup>11</sup> I. 3. C. de post. 6, 29.—<sup>12</sup> I. 2. I. 3. C. de post. 6, 29.—<sup>13</sup> I. 14. D. h. t. 1, 5; I. 12. § 1. D. de lib. 28, 2; I. 38. D. de v. s. 50, 16.—<sup>14</sup> Arg. l. 44 pr. D. de rel. 11, 7.



ad 4. Достаточно-ли развито дитя (*partus perfectus, partus*) или оно выкидышъ, это должны установить эксперты. Выкидышъ, *хотя бы и родился живымъ*, не есть лицо<sup>15</sup>; напротивъ, если дитя обладаетъ достаточноымъ развитіемъ, то оно считается лицомъ, хотя бы и не было вполне выношено<sup>16</sup>; нынѣ всѣми отвергнуто распространенное прежде воззрѣніе, что дитя только въ томъ случаѣ можетъ быть признано лицомъ, если обладаетъ жизнеспособностью (*vitalitas*), а жизнеспособностью оно обладаетъ только тогда, если было выношено 181 день, т.-е. рождено не раньше 182-го дня послѣ зачатія<sup>17</sup>.

## II. § 19. Конецъ физическаго лица. Его доказываніе.

*Savigny, § 63.—Vangerow, § 33.—Windscheid, 53.*

Физическое лицо кончается со смертью. Часто доказывать смерть физическаго лица бываетъ очень затруднительно; это дало поводъ установить относительно этого вопроса нѣсколько положительныхъ нормъ.

1. *Признаніе смерти.* Практика послѣднихъ столѣтій, согласно съ 10-мъ стихомъ 90-го псалма («семьдесятъ лѣтъ жизнь наша дится»), установила слѣдующую норму права юристовъ: если кто находится въ безвѣстномъ отсутствіи (т.-е. въ его послѣднее извѣстное мѣстожителство въ продолженіе долгаго времени не доходить никакихъ извѣстій о его жизни), и со дня его рожденія прошло 70 лѣтъ, то смерть его предполагается (презюмируется); тогда, по требованію его родственниковъ, супруга или *curatoris absentis*, совершается официальный вызовъ безвѣстно-отсутствующаго, чтобы онъ, хотя и въ невѣроятномъ, но все-таки возможномъ случаѣ своей жизни, подаль о себѣ вѣсть; если вызовъ оказался безуспѣшнымъ, и то лицо, по требованію котораго онъ былъ учиненъ, совершило присягу, что, несмотря на всѣ усилія съ его стороны, оно о жизни отсутствующаго никакихъ извѣстій не получало (*Diligenzeit*), то безвѣстно-отсутствующій путемъ судебного рѣшенія объявляется умершимъ; имущество его становится наслѣдствомъ, жена—вдовою, подвластныя дѣти освобождаются отъ отеческой власти. За день смерти теперь, безспорно, принимается день исполненія семидесятилѣтняго возраста, значить, семьдесятъ первый день рожденія; прежніе юристы за день смерти принимали день начала безвѣстнаго отсутствія или день произнесенія судебного приговора.—Если безвѣстно-

<sup>15</sup> 1. 2. C. de post. 6, 29; § 1. I. de exh. lib. 2, 13; Pauli sent. rec. IV, 9. § 6. 17.—<sup>16</sup> 1. 2. C. 6, 29.—<sup>17</sup> Оно опирается на 1. 12. D. de st. hom. 1, 5 и 1. 3. § 12. D. de suis 38, 16 (но эти мѣста касаются презумпціи, упомянутой въ § 23 пр. 18: *pater est quem nuptiae demonstrant*), далѣе на Paul. sent. rec. IV, 9. § 5 (но здѣсь идетъ рѣчь о *ius liberorum* женщинъ).



отсутствующему уже во время исчезновенія было семьдесят лѣтъ, то многіе предполагаютъ въ этомъ случаѣ наступленіе его смерти по истеченіи пяти лѣтъ отсутствія; но относительно этого не установилось опредѣленной судебной практики вѣдѣствіе рѣдкости такихъ случаевъ.

2. *Предположеніе жизни.* Обратная сторона предположенія смерти есть предположеніе жизни. Одно и то же лицо не можетъ считаться умершимъ на 70-мъ году для однихъ отношеній (а именно, когда дѣло идетъ о наследованіи послѣ него; выше sub 1), и умершимъ раньше этого времени для другихъ отношеній (а именно, если для безвѣстно-отсутствующаго открываются наследства, отказы; если онъ имѣетъ право на пожизненную ренту, пенсію); правильнѣе предполагать безъ дальнѣйшихъ доказательствъ, что до исполненія семидесятилѣтняго возраста безвѣстно-отсутствующій еще живетъ и можетъ совершить эти пріобрѣтенія; но относительно этого ни теорія, ни практика не составили себѣ твердаго мнѣнія.

3. *Ученіе о commorientes.* Если отъ того обстоятельства, что одно лицо умерло *раньше* другого, находятся въ зависимости извѣстныя права, то лицо, претендующее на эти права, должно доказать, чья смерть предшествовала<sup>1</sup>. Слѣдовательно, если погибло *вмѣстѣ* нѣсколько лицъ и не доказано, что одно умерло раньше другого, то по необходимости остается принять, что они умерли одновременно<sup>2</sup>; но если они находились другъ съ другомъ въ отношеніи восходящихъ къ нисходящимъ, то предполагается, что совершеннолѣтній нисходящій умеръ послѣ своего *восходящаго*, а несовершеннолѣтній *раньше* его<sup>3</sup>.

Изъ упомянутыхъ положительныхъ нормъ только ученіе о commorientes принадлежитъ римскому праву; новое развитіе права восполнило пробѣлы римскаго права, которые особенно были чувствительны въ случаяхъ войны и кораблекрушеній, но только отчасти и недостаточнымъ образомъ; поэтому для рѣшенія этого вопроса было издано много партикулярныхъ законовъ.

### III. РАЗЛИЧІЯ ФИЗИЧЕСКИХЪ ЛИЦЪ, ИМѢЮЩІЯ ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНІЕ.

#### 1) § 20. Польша.

*Vangerow*, § 36. — *Windscheid*, § 54. — *Baron*, § 50. — *Bekker*, § 48. — *Regelsberger*, § 62.

Римское право признаетъ существованіе только двухъ половъ: мужскаго и женскаго; обладающихъ несовершенною половую ор-

<sup>1</sup> I. 9. § 3. I. 16—1. 18. D. de reb. dub. 34, 5; I. 32. § 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; I. 34. D. ad. set. Treb. 36, 1; I. 26. D. de m. c. d. 39, 6.

<sup>2</sup> См. мѣста предыд. пр.—<sup>3</sup> I. 9. §§ 1. 4. I. 22. I. 23. D. de reb. dub. 34, 5; I. 26. pr. D. de pact. dot. 23, 4; два исключенія см. въ I. 17. § 7. D. ad set. Treb. 36, 1; I. 9. § 2. D. de reb. dub. 34, 5.



ганизаціей (hermaphroditae) римское право причисляетъ къ тому полу, къ которому они болѣе всего приближаются<sup>1</sup>. Различіе людей по полу въ частномъ правѣ большого значенія не имѣетъ. Лица мужескаго и женскаго пола вообще въ правѣ частномъ не различаются (иначе въ правѣ публичномъ<sup>2</sup>, откуда проистекаетъ неспособность женщинъ къ опекунской должности, § 374), и поэтому въ нормахъ, гдѣ употребляется родъ мужескій, обыкновенно подразумѣвается и женскій: *verbum hoc „si quis“ tam masculos, quam feminas complectitur*<sup>3</sup>. Однако, римское право принимаетъ во вниманіе, съ одной стороны, болѣе раннее развитіе женскаго пола (считаетъ ихъ совершеннолѣтними съ достиженіемъ 12-ти лѣтъ, § 21), а съ другой стороны—его меньшую самостоятельность, такъ что женщины относительно незнанія права и *intercessio* обсуждаются иначе, нежели мужчины (§§ 10. 255 sq.); въ прежнее время женщины вслѣдствіе этого находились даже въ пожизненной опекѣ<sup>4</sup> (§ 369).

## 2) § 21. Возрастъ.

*Savigny*, §§ 108. — 111. — *Vangerow*, § 37. — *Windscheid*, § 54. — *Brinz*, § 55. — *Baron*, § 51. — *Bekker*, § 49. — *Regelsberger*, § 63.

Возрастъ оказываетъ вліяніе преимущественно на дѣеспособность людей (§ 49). Способность имѣть волю развивается лишь постепенно и у различныхъ людей различно; но право не въ состояніи принимать во вниманіе безчисленныя различія въ развитіи отдѣльныхъ лицъ; оно можетъ только установить рядъ ступеней человѣческаго возраста, которыя бы по возможности подходили къ дѣйствительнымъ періодамъ развитія средняго человѣка. Римское право устанавливаетъ двѣ такія ступени, изъ которыхъ затѣмъ каждая еще распадается на двѣ:

I. Возрастъ несовершеннолѣтія, *impuberes* или *pupilli*; сюда относятся: 1) *infantes, qui dari non possunt*, дѣти, т. е. лица, не достигшія семи лѣтъ<sup>1</sup>: они вполнѣ недѣеспособны<sup>2</sup>; 2) *qui dari possunt*,

<sup>1</sup> l. 10. D. de stat. hom. 1, 5; l. 15. § 1. D. de test. 22, 5; l. 6. § 2. D. de lib. 28, 2.—<sup>2</sup> l. 2. D. de r. i. 50, 17; l. 9. D. de stat. hom. 1, 5.—<sup>3</sup> l. 1. D. de v. s. 50, 16; l. 195. pr. eod.; l. 45. pr. D. de leg. 2 (31).—<sup>4</sup> Gai. 1, 144.

<sup>1</sup> l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7; l. 18. pr. § 4. C. de iure del. 6, 30; l. 14. D. de spons. 23, 1.—<sup>2</sup> Gai. 3, 107. 109; § 9. sq. l. de inut. st. 3, 19; l. 209. D. de v. s. 50, 16; l. 14. D. de spons. 23, 1; l. 1. § 2. D. de adm. 26, 7; ср. однако два исключенія въ § 115 пр. 5. 6. и въ § 419 пр. 2.



такъ наз. *infantia maiores*, т.-е. мальчики до 14-ти лѣтъ (по мнѣнію Прокуліанцевъ, подтвержденному Юстиніаномъ<sup>3)</sup>, дѣвочки до 12-ти лѣтъ<sup>4</sup>: они дѣеспособны для приобрѣтенія, но недѣеспособны для вступленія въ обязательства, совершенія отчужденія<sup>5</sup> и завѣщанія<sup>5а</sup>.

II. Возрастъ совершеннолѣтія, *puberes*, отъ 14-ти или 12-ти лѣтъ<sup>6</sup>. Совершеннолѣтніе мужчины были въ древнее время вполне дѣеспособны, женщины же только отчасти: онѣ самостоятелно не могли обязываться, совершать манципации и составлять завѣщаніе. Но въ послѣдствіи совершеннолѣтніе, еще не достигшіе 25-ти лѣтъ (*minores viginti quinque annis*, *minores*, неполнолѣтніе) получили извѣстныя преимущества, напр., прощеніе заблужденія въ правѣ и *restitutio in integrum* (§§ 10. 102), а тѣхъ, которые не находились подъ отеческою властью, мало-по-малу подвергли опеку (*cura*, попечительству), такъ что теперь (безъ различія пола) слѣдуетъ различать:

1. *puberes minores*<sup>7</sup>, неполнолѣтнихъ, которые, если не состоятъ подъ отеческою властью, то находятся въ томъ же положеніи, что и такъ наз. *infantia maiores*, но имѣютъ предъ послѣдними то преимущество, что признаются способными составлять завѣщанія и присягать. По особымъ основаніямъ мужчины отъ 20-ти лѣтъ и женщины отъ 18-ти могутъ быть объявлены полнолѣтними рескриптомъ монарха (*veniam aetatis impetrare*<sup>8</sup>).

2. *puberes maiores*, лицъ *legitimae aetatis*<sup>11</sup>, полнолѣтнихъ; послѣдніе по общему правилу (§ 22) вполне дѣеспособны.

По германскому имперскому закону 17-го февраля 1875 г. возрастъ полнолѣтія (*Grossjährigkeit*) начинается съ достиженіемъ 21-го года.

### 3) § 22. Болѣзнь.

*Savigny*, § 112.—*Windscheid*, § 54.—*Brinz*, § 56.—*Baron*, § 52.—*Bekker*, § 50.—*Regelsberger*, § 64.

Уклоненіе отъ нормальныхъ органическихъ отпращиваній (болѣзнь въ обширномъ смыслѣ слова) оказываетъ вліяніе на дѣе-

<sup>3</sup> I. 3. C. quando tut. esse des. 5, 60; Gai. 1, 196; Ulp. fr. 11, 28.—<sup>4</sup> pr. I. qu. m. tut. fin. 1, 22.—<sup>5</sup> pr. I. de auct. 1, 21; l. 9. pr. D. eod. 26, 8; l. 28. pr. D. de pact. 2, 14; l. 10. D. de iur. et fact. ign. 22, 6; l. 189. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5а</sup> l. 5. D. qui test. 28, 1; § 1. I. quib. non est perm. 2, 12.—<sup>6</sup> Ср. мѣста въ пр. 3. 4.—<sup>7</sup> l. 1. §§ 2. 3. D. de min. 4, 4.—<sup>8</sup> t. C. 2, 45; qui veniam aetatis impetraverunt.—<sup>9</sup> I. 3. C. h. t. 2, 45.—<sup>10</sup> l. 4. C. h. t. 2, 45.—<sup>11</sup> l. 5. D. quando dies leg. 6, 53.—<sup>12</sup> § 18. I. de obl. ex del. 4, 1; l. 4. § 26. D. de doli exc. 44, 4; l. 111. pr. D. de r. i. 50, 17; l. 13. § 1. l. 14. D. de dolo 4, 3; l. 23. D. de furt. 47, 2; l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 3. § 1. de ini. 47, 10; Ср. однако Имп. угол. ул. §§ 55—57.—<sup>13</sup> l. 14. § 1. D. de al. leg. 34, 1.—<sup>14</sup> l. 40. § 1. D. de adopt. 1, 7; § 4. I. eod. 1, 11.—<sup>15</sup> l. 2. pr. de exc. 27, 1; § 13. I. eod. 1, 25; cf. l. 2. § 2. D. de vac. 50, 5.—<sup>16</sup> l. 15. § 2. D. de adopt. 1, 7.



способность (§ 49). Болѣзнь можетъ быть тѣлесная или душевная.

1. Тѣлесная болѣзнь состоитъ въ неправильномъ образованіи или недостаткѣ органовъ (*vitium: нѣмота, глухота, слѣпота, castratio*), или въ нарушеніи правильной дѣятельности органовъ (*morbis* въ тѣсномъ смыслѣ<sup>1</sup>, куда также относится неспособность къ дѣторожденію, *spadones*<sup>2</sup>). Вліяніе болѣзни на дѣеспособность различно: нѣмые и глухіе не могутъ совершать сдѣлокъ, для которыхъ требуется говорить и слышать<sup>3</sup>, *castrati* не могутъ вступать въ бракъ и усыновлять<sup>4</sup> и т. д.

2. Душевною болѣзнию страдаютъ *furiosi, dementes, amentes*; болѣзнь можетъ сопровождаться бурными припадками (*furiosi, бѣшеные, безумные*) или нѣтъ (*amentes, dementes, тупоумные, помѣшанные*<sup>5</sup>). Душевнобольные вполне недѣеспособны<sup>6</sup>, но ихъ дѣеспособность возстанавливается въ свѣтлые промежутки (*lucida intervalla*<sup>7</sup>). Къ душевнобольнымъ приравняются лица, въ высокой степени слабоумныя (*mente capti, fatui*<sup>8</sup>), просто же ограниченные люди (*stulti, simplices* и т. п.) вполне дѣеспособны и не могутъ претендовать на возмѣщеніе ущерба, понесеннаго по собственной глупости; отсюда юр. поговорка: *stultis non succurritur*<sup>9a</sup>.

Всякая тѣлесная или душевная болѣзнь, столь тяжелая, что мѣшаетъ больному совершать обязательныя для него дѣйствія, носитъ наименованіе *morbis santicus*<sup>9</sup>.

#### 4) § 23. Родство.

*Fuchs*, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft. 1880.—*Vangevow*, §§ 35. 43—45.—*Windscheid*, §§ 56<sup>a</sup>. 56<sup>b</sup>.—*Brinz*, §§ 36—43.—*Baron*, §§ 45—48.—*Bekker*, §§ 56—58.—*Regelsberger*, §§ 70—73.

Родство бываетъ двойное: естественное и чисто юридическое.

<sup>1</sup> l. 101. § 2 D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 128. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> Gai. 3, 105; Ulp. fr. 20, 7. 13; § 7. I. de inut. stip. 3, 19.—<sup>4</sup> l. 39. § 1. D. de i. dot. 23, 3; l. 6. pr. § 1. D. de lib. 28, 2; l. 2. § 1. l. 40. D. de adopt. 1, 7.—<sup>5</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; l. 25. C. de nupt. 5, 4; l. 28. C. de ep. aud. 1, 4.—<sup>6</sup> l. 5. l. 40. D. de r. i. 50, 17; § 8. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. D. de off. praes. 1, 8; l. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>7</sup> l. 6. C. de cur. fur. 5, 70; l. 9. C. qui test. 6, 22; l. 14. D. de off. pr. 1, 18; l. 2. C. de contr. emt. 4, 38.—<sup>8</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; l. 2. D. de postul. 3, 1; l. 21. D. de reb. auct. iud. 42, 5. <sup>9a</sup> l. 9. § 5. D. de iur. et. fact. ign. 22, 6.—<sup>9</sup> l. 65. § 1. D. de aed. ed. 21, 1; l. 60. D. de re iud. 42, 1; l. 46. D. de iud. 5, 1; l. 113. D. de v. s. 50, 16.



I. Родство естественное (*naturalis cognatio* или просто *cognatio*) существуетъ между людьми, связанными общностью крови<sup>1</sup>; оно вытекаетъ изъ половой связи, которая заключается въ оплодотвореніи со стороны мужчины и въ зачатіи (*conceptio*) со стороны женщины и которая имѣетъ слѣдствіемъ рожденіе. Половая связь можетъ обладать различнымъ характеромъ и сопровождаться различными послѣдствіями; поэтому различаютъ:

1. Брачную половую связь. Римское право различаетъ: а) законный бракъ (*matrimonium iustum s. legitimum, iustae nuptiae*<sup>2</sup>), для котораго требовалось существованіе *connubium* у обоихъ супруговъ. Законный бракъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ отеческую власть надъ происшедшими отъ него дѣтьми (*fili legitimi*); б) натуральный бракъ (*matrimonium non legitimum*) безъ условій и послѣдствій законнаго брака<sup>3</sup>. Это различіе еще существуетъ въ правѣ Юстиніана<sup>4</sup>, но нынѣшнимъ международнымъ правомъ оно устранено: всякій дѣйствительный бракъ теперь считается бракомъ законнымъ.—Подраздѣленіе брака законнаго на строгій (съ властью, *manus*, мужа надъ женою) и свободный (безъ *manus*<sup>5</sup>) уже не существуетъ и въ правѣ Юстиніана. — Отношеніе одного изъ супруговъ къ родственникамъ другого называется свойствомъ (*affinitas*<sup>6</sup>); оно существуетъ только до тѣхъ поръ, пока не прекратится бракъ<sup>7</sup>. Супруги и обрученные по терминологіи источниковъ римскаго права также находились другъ съ другомъ въ отношеніи *affinitas*<sup>8</sup>.

2. Половая связь вслѣдствіе конкубината<sup>9</sup>,—постоянное сожительство мужчины съ женщиною, но безъ *affectio maritalis* со стороны мужчины и безъ *dignitas uxoris* со стороны женщины<sup>10</sup>, то есть связь съ условіемъ, что жена и дѣти (*liberi naturales*) не войдутъ въ *familia* мужа; по римскому праву такая связь считалась дозволенною, но нынѣшнее право ея не допускаетъ и поэтому приравниваетъ ее къ *stuprum* (ниже sub 4).

3. Половая связь раба съ свободою женщиною или свободной

<sup>1</sup> l. 1. § 1. D. unde cogn. 38, 8; l. 4. § 2. D. de grad. 38 10.—<sup>2</sup> Ulp. fr. 5, 1—9; l. 13. § 1. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5; pr. l. de patr. pot. 1, 9.—<sup>3</sup> l. 37. § 2. D. ad. mun. 50, 1.—<sup>4</sup> l. 5. § 1. D. de bon. damn. 48, 20; l. 24. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 1. C. de rep. 5, 17.—<sup>5</sup> Gai. 1, 108 sqq.—<sup>6</sup> l. 4. § 3. D. de grad. 38, 10.—<sup>7</sup> §§ 6. 7. l. de. nupt. 1, 10.—<sup>8</sup> l. 8. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 38. § 1. D. de usur. 22, 1; l. 84. D. de i. l. 23, 3; l. 15. C. de her. inst. 6, 24.—<sup>9</sup> t. D. 25, 7; t. C. 5, 26; de concubinis.—<sup>10</sup> l. 31. pr. D. de don. 39, 5; l. 3. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 49. § 4. D. de leg. 3 (32).



женщины съ рабомъ (*contubernium*), юридическое значеніе которой заключалось у Римлянъ только въ томъ, что дѣти другъ съ другомъ и съ родителями находились въ *cognatio servilis* и поэтому не могли вступать между собою въ бракъ и послѣ отпущенія на волю <sup>11</sup>.

4. Временная половая связь мужчины съ (свободною) незамужней женщиной (*stuprum* <sup>12</sup>); дѣти называются *spurii, vulgo concepti, vulgo quaesiti*.

5. Связь мужчины съ чужою женой (*adulterium*, прелюбодѣяніе <sup>12a</sup>); связь мужа съ незамужней женщиной по римскому праву не считается прелюбодѣяніемъ; напротивъ, по каноническому <sup>13</sup> и нынѣшнему <sup>13a</sup> праву такая связь есть тоже прелюбодѣяніе. Дѣти, происходящія отъ такой связи, причисляются въ источникахъ къ числу *spurii*, теперь ихъ называютъ *adulterini*.

6. Половая связь между родственниками и свойственниками въ прямой линіи есть *incestus iure gentium* (*incestae ac nefariae nuptiae, damnatus coitus*); связь въ запрещенныхъ степеняхъ бокового родства называется *incestus iure civili* <sup>14</sup>; дѣти, рождающіяся отъ такой связи, причисляются въ источникахъ къ *spurii* <sup>14a</sup>, теперь ихъ называютъ *incestuosi*.

Родство дѣтей съ родителями опредѣляется тѣмъ началомъ, что относительно матери и материнской семьи родъ половой связи безразличенъ; прижито ли дитя въ бракъ или внѣ брака, оно всегда находится съ ними въ родствѣ <sup>15</sup>; напротивъ, по отношенію къ отцу и его семьѣ основаніемъ родства можетъ быть только рожденіе въ бракъ, къ которому еще приравнивается *legitimatio* (§ 362); по праву каноническому недѣйствительность брака вообще не вредитъ дѣтямъ, происшедшимъ отъ него, если только недѣйствительность была неизвѣстна обоимъ родителямъ или, по крайней мѣрѣ, одной сторонѣ (такъ наз. бракъ путативный <sup>16</sup>). Итакъ, дѣти, рожденные внѣ брака, не имѣютъ ни отца, ни родственниковъ съ отцовской стороны <sup>17</sup>; однако *liberi naturales* (выше sub 2), по рим-

<sup>11</sup> l. 8. l. 14. §§ 2. 3. l. 56. D. de r. n. 23, 2.—<sup>12</sup> § 4. I. de iud. publ. 4, 18; l. 34. D. ad l. Iul. de adult. 48, 5. —<sup>12a</sup> Coll. l. Mos. 4, 2 sqq.—<sup>13</sup> c. 23. C. 32. qu. 5; c. 4. C. 32. qu. 4.—<sup>13a</sup> Германское уголовное уложеніе 1871 г. § 172.—<sup>14</sup> § 1. I. de nupt. 1, 10; l. 1. § 3. D. de concub. 25, 7; l. 68. D. de r. n. 23, 2; l. 5. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 45. C. de ep. 1, 3; Nov. 74. c. 6.—<sup>14a</sup> Gai. l. 64; Ulp. 5, 7.—<sup>15</sup> l. 4. § 3. l. 5. D. de in ius voc. 2, 4; l. 4. D. unde cogn. 38, 8.—<sup>16</sup> c. 2. c. 8. c. 14. c. 15. X. qui fil. leg. 4, 17. —<sup>17</sup> § 12. I. de nupt. 1, 10; l. 23. de stat. hom. 1, 5.



скому праву, а теперь по суд. практикѣ и другія дѣти, рожденныя внѣ брака, обладаютъ извѣстными правами по отношенію къ своему отцу (правомъ на *alimenta* и правомъ на чрезвычайное наслѣдованіе по закону, §§ 328. 409). — Доказательство отцовства бываетъ, впрочемъ, очень затруднительно (кромѣ случаевъ признанія самимъ отцомъ); но существуетъ презумпція, что мужъ есть отецъ дитяти, если оно рождено женою не раньше 182-го дня послѣ заключенія брака и не позже 300-го послѣ его прекращенія: *pater is est, quem nuptiae demonstrant*<sup>18</sup>; противъ этого предположенія допускается доказательство противнаго: что мужъ *не могъ быть отцомъ*, напр., что онъ во время зачатія (между 182-мъ и 300-мъ днемъ до рожденія) находился въ отсутствіи или былъ *impotens*<sup>19</sup>; но недостаточно доказать, что жена во время зачатія находилась въ связи съ постороннимъ мужчиной<sup>20</sup>. Если дѣти хотятъ доказать не признающему ихъ отцу свое рожденіе отъ него (внѣ брака), то по суд. практикѣ достаточно доказать, что онъ имѣлъ связь съ ихъ матерью во время зачатія. — Близость родства между двумя лицами опредѣляется въ римскомъ правѣ по юридической поговоркѣ (составленной новыми юр.): *tot sunt gradus, quot sunt generationes*, т.-е. два лица находятся другъ съ другомъ въ родствѣ той степени, которая равна числу рожденій, установившихъ между ними родственную связь<sup>21</sup>. Каноническое право различаетъ здѣсь прямую линію отъ боковой; по прямой линіи оно считаетъ такъ же, какъ и римское право, а по боковой—принимаетъ во вниманіе только рожденія по линіи болѣе длинной<sup>22</sup>. Въ нынѣшнемъ правѣ принятъ римскій счетъ степеней.—Есть нѣсколько видовъ родства:

а. Родство по восходящей и нисходящей линіи (*linea superior, ascendens*, восходящіе; *linea inferior, descendens*, нисходящіе), т.-е. между тѣми лицами, изъ которыхъ одно происходитъ отъ другого, противоплагается родству по боковой линіи, т.-е. между тѣми лицами, которыя происходятъ отъ одного третьяго лица (*linea transversa, obliqua*, боковые родственники<sup>23</sup>). Боковые родственники могутъ быть полнородные (такіе братья и сестры называются *germani, consanguinei*<sup>24</sup>, у новыхъ просто *germani*) или неполно-

<sup>18</sup> l. 5. D. de in ius voc. 2, 4; l. 12. D. de stat. hom. 1, 5; l. 3. §§ 11. 12. D. de suis 38, 16.—<sup>19</sup> l. 6. D. de his qui sui 1, 6.—<sup>20</sup> l. 29. § 1. D. de prob. 22, 3; l. 11. § 9. D. ad l. Iul. de ad. 48, 5.—<sup>21</sup> § 7. I. de grad. 3, 6; l. 10. §§ 9. 10. D. eod. 38, 10.—<sup>22</sup> c. 2. C. 25. qu. 22; c. 9. X. de consang. 1, 14.—<sup>23</sup> l. 1. pr. l. 9. D. de grad. 38, 10; pr. l. eod. 3, 6.—<sup>24</sup> § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2.—<sup>25</sup> § 5. I. de nupt. 1, 10.



родные (имѣющие общаго отца называются *consanguinei*, общую мать—*uterini*).

в. Родство простое и сложное; послѣднее имѣетъ мѣсто, напримеръ, если два брата женятся на двухъ сестрахъ,—между дѣтьми отъ этихъ браковъ.

II. Родство чисто юридическое (*agnatio*) относится къ лицамъ, соединеннымъ общею отеческою властью (а въ прежнемъ правѣ и мужнею, *manus*)<sup>26</sup>; оно основывается на единствѣ дома (*familia*, гражданская семья); домовладыка вмѣстѣ съ лицами, подчиненными его власти, составляетъ семью въ тѣсномъ смыслѣ (*familia propter iure*); послѣ выбитія домовладыки (наприм., вслѣдствіе смерти) прежніе домочадцы вмѣстѣ съ рожденными послѣ (*posthumi*) образуютъ семью въ обширномъ смыслѣ слова (*familia communi iure*, *fam. agnatorum*)<sup>27</sup>. — Агнатское родство можетъ быть связано съ когнатскимъ (наприм., между дѣтьми, рожденными въ законномъ бракѣ, и между легитимированными), но таковой связи можетъ и не быть (наприм., *agnatio*—между *agrogator* и *agrogatus*, § 365, *cognatio*—между отцомъ и эманципированнымъ сыномъ, § 367)<sup>28</sup>. — Изъ этого видна неправильность легальнаго опредѣленія: *sunt agnati, qui per virilis sexus personas cognatione iuncti sunt, quasi a patre cognati*<sup>29</sup>; можно только признать, что это опредѣленіе обнимаетъ большинство случаевъ агнатства.

Два описанные вида родства получили равное значеніе только въ правѣ Юстиніана; а именно, только со времени Юстиніана съ ними связаны равныя наследственные права и равная обязанность быть опекуномъ. По древнему *ius civile* простая *cognatio* не влекла за собою никакихъ юридическихъ послѣдствій; послѣднія были связаны съ *cognatio* только законами позднѣйшей республики, преторскими эдиктами и законами императорскаго періода, и въ особенности законами Юстиніана (*Nov. 115* и *118*). Вскорѣ когнаты получили даже такія права, которыя до этого времени не принадлежали агнатамъ (наприм., были изъяты изъ дѣйствія *lex Cincia* и *lex Furia testamentaria*, §§ 69. 446); эти права тѣмъ

<sup>26</sup> 1. 4. § 2. D. de grad. 38, 10. — <sup>27</sup> 1. 195. § 2. D. de v. s. 50, 16. — <sup>28</sup> 1. 4. § 2. D. de grad. 38, 10; 1. 23. D. de adopt. 1, 7. — <sup>29</sup> 1. 7. D. de leg. tut. 26, 4; § 1. I. de leg. agn. tut. 1, 15; § 1. I. de leg. agn. succ. 3, 2; cf. Ulp. 11, 4; 1. 10, § 2. D. de grad. 38, 10.



САМЫМЪ БЫЛИ ОТНЕСЕНЫ И КЪ АГНАТАМЪ, ПО НАЧАЛУ: cognationem facit etiam adoptio; qui est agnatus, et cognatus est <sup>30</sup>.

## 5) § 24. Принадлежность къ городской общинѣ и мѣстожителство.

t. D. L., 1: ad municipalem et de incolis. — t. C. X. 39: de municipibus et originariis. — t. C. X. 40: de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et his qui studiorum causa in aliena civitate degunt. — *Kuhn*, die städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs. 2 Bde. 1864 — 1865. — *Marquardt*, Röm. Staatsverwaltung I 1—18. 2-е изд. 1881. — *Savigny*, §§ 350 и слѣд. — *Vangerow*, § 41. — *Windscheid*, § 36. — *Bekker*, §§ 52. 54. — *Regelsberger*, §§ 67. 74.

I. Римское право. Италия распадалась на извѣстное число городскихъ округовъ (civitates, respublicae), т.-е. городовъ, съ которыми окружающая мѣстность находилась въ политической связи; въ эпоху классическихъ юристовъ то же обыкновенно бывало и въ провинціяхъ, такъ что всѣ люди, принадлежавшіе къ государству, были въ то же время обыкновенно и членами какой-либо городской общины.

1. Принадлежность къ городской общинѣ основывалась:

a. на origo (domus, родина), т.-е. на правъ гражданства въ городской общинѣ. Последнее приобрѣтается рожденіемъ въ бракѣ отъ гражданина или рожденіемъ внѣ брака отъ гражданки (origo, nativitas <sup>1</sup>), adopціей членомъ общины <sup>2</sup>, принятіемъ въ число членовъ (allectio <sup>3</sup>), отпущеніемъ раба гражданиномъ (manumissio <sup>4</sup>). Возможно было также имѣть право гражданства въ нѣсколькихъ городахъ, или не имѣть его ни въ одномъ, наприм. libertus dediticus <sup>5</sup>.

b. на domicilium; мѣстожителство есть мѣсто, которое кто-либо избираетъ центромъ своей дѣятельности и своихъ отношеній, хотя и не пребывая въ немъ постоянно <sup>6</sup>. Принадлежащіе къ городу по мѣстожителству называются incolae <sup>7</sup>. Выборъ мѣстожителства обыкновенно зависитъ отъ усмотрѣнія лица (такъ наз. domicilium voluntarium <sup>8</sup>) <sup>9</sup>. Но иногда мѣстожителство бываетъ опредѣлено нормою права (такъ наз. domicilium necessa-

<sup>30</sup> l. 1. § 4. D. unde cogn. 38, 8; l. 23. D. de ad. 1. 7; l. 10. § 4. D. de grand. 38, 10.

<sup>1</sup> l. 1. pr. § 2. l. 6. § 1. l. 9. D. h. t. 50, 1; l. 3. C. h. t. 10, 39. — <sup>2</sup> l. 15. § 3. l. 16. l. 17. §. 9. D. h. t. 50, 1. — <sup>3</sup> l. 7. C. h. t. 10, 40. — <sup>4</sup> l. 6. § 3, l. 7. l. 22. pr. l. 27. pr. l. 37. § 1. D. h. t. 50, 1; l. 3. § 8. D. de mun. 50, 4. — <sup>5</sup> Ulp. fr. 20, 14. — <sup>6</sup> l. 203. D. de v. s. 50, 16; l. 7. C. h. t. 10, 40. — <sup>7</sup> l. 5. l. 20. D. h. t. 50, 1; l. 239. § 2. D. de v. s. 50, 16. — <sup>8</sup> l. 20. D. h. t. 50, 1. — <sup>9</sup> l. 71. § 2. D. de cond. et dem. 35, 1.



gium), какъ-то: мѣстожителство солдатъ, чиновниковъ, женъ, подвластныхъ дѣтей<sup>10</sup>. Прекращеніе мѣстожителства можетъ зависѣть или отъ свободной воли<sup>11</sup>, или отъ нормы права. Можно имѣть нѣсколько мѣстожителствъ<sup>12</sup>, или совсѣмъ его не имѣть<sup>13</sup> (бродяги).

2. Принадлежность къ городской общинѣ влекла за собою:

а. обязанность нести городскія повинности (munera<sup>14</sup>), какъ munera personalia, при которыхъ преобладаетъ личный трудъ, такъ и munera patrimonii, соединенныя съ издержками; впрочемъ, было много поводовъ къ освобожденію (vacatio, excusatio, immunitas)<sup>15</sup>;

б. обязанность повиноваться городской власти, и въ частности— подсудность<sup>16</sup> (forum originis и domicilii, изъ которыхъ гораздо употребительнѣе было послѣднее<sup>17</sup>);

в. подчиненіе праву, дѣйствующему въ городѣ, такъ что принадлежавшій къ городской общинѣ судился по праву послѣдней<sup>18</sup> (lex originis, lex domicilii).

**II. Ныѣшнее право.** Подраздѣленія на городскіе округа въ Германіи не существуетъ, потому что городъ и деревня образуютъ теперь самостоятельныя корпораціи. Кромѣ того, и ученіе о правѣ гражданства подверглось переменамъ. Зато продолжаетъ существовать ученіе о мѣстожителствѣ, съ тою, однако, разницею, что подъ нимъ разумѣется принадлежность къ опредѣленному мѣсту (а не городскому округу); оно и теперь имѣетъ важное значеніе въ вопросѣ о несеніи нѣкоторыхъ повинностей, о подсудности, объ обсужденіи правоотношеній нѣкоторыхъ лицъ. Изложеніе всего этого относится къ другимъ юридическимъ наукамъ.

#### IV. § 25 Правоспособность физическаго лица.

(Ученіе о caput и capitis deminutio).

Cohn, Beitr. zur Bearb. des Röm. R. Heft. 2. S. 41—400. 1879.—H. Krüger, Gesch. der capitis deminutio. Bd. 1. 1887.—Savigny, §§ 63—75. Beilage Nr. 6.—Vangerow, § 34.—Brinz, §§ 52—54. 58.—Baron, §§ 7—9. 11.—Bekker, § 53.

**A. Римское право.** Люди занимаютъ извѣстное положеніе, ко-

<sup>10</sup> I. 3. I. 4. I. 6. § 1. I. 17. § 11. I. 22. § 1. I. 23. § 1. I. 38. § 3. D. h. t. 50, 1; I. 5. D. de r. n. 23, 2; I. 65. D. de iud. 5, 1.—<sup>11</sup> I. 20. D. h. t. 50, 1.—<sup>12</sup> I. 5. I. 6. § 2. I. 27. § 2. D. h. t. 50, 1.—<sup>13</sup> I. 27. § 2. D. h. t. 50, 1.—<sup>14</sup> I. 239. § 3. D. de v. s. 50, 16; I. 6. §§ 3—5. I. 18. § 18—28. I. 14. § 1. D. de mun. 50, 4; I. 22. § 2. I. 29. D. h. t. 50, 1; I. 1. C. h. t. 10, 39; I. 4. I. 6. C. h. t. 10, 40.—<sup>15</sup> tt. D. 50, 5: de vacatione et excusatione munerum; 50, 6: de iure immunitatis. tt. C. 10, 44—64.—<sup>16</sup> I. 29. D. h. t. 50, 1.—<sup>17</sup> I. 19. § 4. D. de iud. 5, 1; I. 29. § 4. D. de inoff. 5, 2; I. 1. I. 2. D. de reb. auct. iud. 42, 5; I. 2. C. de iurisd. 3, 10; I. 1. C. ubi de her. 3, 20; I. 4. C. ubi causa 3, 22.—<sup>18</sup> Gai. 3, 120.



торое для нихъ предназначено правовымъ порядкомъ<sup>1</sup> (status<sup>2</sup>), именно поэтому они и суть лица<sup>3</sup>; только рабы не суть лица и не имѣютъ status<sup>4</sup>. Status отдѣльныхъ людей можетъ быть различнаго содержанія; послѣднее зависитъ отъ націи, къ которой лицо принадлежитъ; status Римлянина состоитъ въ томъ, что за нимъ признается *полная* правоспособность (caput). *Итакъ, caput есть полная правоспособность, принадлежащая римскому гражданину*; она распадается на три составныя части<sup>5</sup>: свободу, право гражданства и принадлежность къ одной изъ гражданскихъ семей, которыя выполняютъ цѣлое государство (§ 23 sub II), въ качествѣ ли ея главы (paterfamilias, materfam., homo sui iuris), или въ качествѣ члена (filius-, filiafamilias, neposfamilias и т. д., homo alieni iuris, подвластное дитя). Какъ свободный, Римлянинъ не имѣетъ никакихъ преимуществъ предъ гражданами другихъ государствъ. Какъ римскій гражданинъ, онъ обладаетъ публичными правами въ римскомъ государствѣ (ius honorum et suffragii) и способностью къ частнымъ правамъ iuris civilis (ius commercii et connubii), напр., къ праву собственности квинтиской, къ iustae purtiae. Какъ глава семьи, онъ хозяинъ имущества не только того, которое приобрѣлъ онъ самъ, но и того, которое приобрѣли члены его семьи (что въ императорскій періодъ подверглось значительнымъ ограниченіямъ, § 354); послѣ его смерти, если онъ не оставилъ завѣщанія, имущество ipso iure переходитъ къ тѣмъ членамъ семьи, которые непосредственно находятся подъ его властью (§ 407), такъ что каждый изъ нихъ становится главою болѣе тѣсной семьи, а всѣ вмѣстѣ образуютъ семью болѣе обширную (fam. agnatorum).—Итакъ, Римлянинъ, обладая тремя составными частями правоспособности, имѣетъ caput; status Римлянина состоитъ въ обладаніи caput; теряя или измѣняя одну изъ составныхъ частей caput, онъ испытываетъ capitis deminutio (diminutio, minutio<sup>6</sup>); capitis deminutio называется maxima, если онъ теряетъ свободу (а слѣдовательно также и право гражданства и familia),—media, если онъ теряетъ право гражданства (а слѣдовательно и familia),—minima, если онъ выбываетъ изъ опредѣленной гражданской

<sup>1</sup> l. 2. D. de st. hom. 1, 5.—<sup>2</sup> t. D. 1, 5; de statu hominum.—<sup>3</sup> Впрочемъ, слово status употребляется часто въ различныхъ нетехническихъ значеніяхъ, ср. l. 2. D. ubi pup. 27, 2; l. 32. § 1. D. de pec. 15, 1; l. 5. §§ 1, 2. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>4</sup> l. 3. § 1. l. 4. D. de cap. min. 4, 5.—<sup>5</sup> l. 11. D. de cap. min. 4, 5.—<sup>6</sup> t. D. 4, 5; de capite minutis; t. l. 1, 16; de capitis deminutione.



семьи, къ которой онъ прежде принадлежалъ<sup>7</sup>. *Cap. dem. maxima* и *media* называются также вмѣстѣ *maior, magna*.

I. *C. d. maxima*. Обстоятельства, влекущія за собою *c. d. maxima* въ разные періоды были не одни и тѣ же; въ правѣ Юстиніана:—военный плѣнъ, приговореніе къ смертной казни и (до Юстиніана) къ ссылкѣ въ рудники (*servitus roeanae*), неблагодарность вольноотпущеннаго по отношенію къ патрону (*revocatio in servitutum propter ingratitudinem*), согласіе достигшаго 20-ти лѣтъ свободнаго человѣка на продажу своей личности, съ цѣлью обмана<sup>8</sup>. Ея дѣйствіе на имущество *capite minutus*—слѣдующее: весь активъ (кромѣ чисто личнаго, который уничтожается) переходитъ къ господину раба (что не относится къ военному плѣну), или при *serv. roeanae* къ казнѣ, тоже и весь пассивъ, по крайней мѣрѣ въ объемѣ актива (это только по праву позднѣйшаго періода, а по *ius civile* пассивъ уничтожался<sup>9</sup>); имущество военно-плѣннаго отдавалось въ управленіе куратору (§ 308)<sup>10</sup>, пока не наступила его смерть или возвращеніе изъ плѣна, въ какомъ случаѣ оно вручалось возвратившемуся или его наслѣдникамъ; въ [случаѣ возвращенія предполагалось, что онъ никогда не былъ въ плѣну (*ius postliminii*)<sup>11</sup>], въ случаѣ его смерти въ плѣну предполагалось, что онъ не потерпѣлъ *cap. deminutio maxima*, а умеръ въ самый моментъ плѣненія ( *fictio legis Corneliae*)<sup>12</sup>. — *C. d. maximam* невозможна: всякій человѣкъ обладаетъ нынѣ свободою, какъ благомъ, не подлежащимъ потерѣ.

II. *C. d. media*. Обстоятельства, которыя вызываютъ *c. d. media*, суть слѣдующія: изгнаніе (въ формѣ *aqua et igni interdictio* и въ формѣ *deportatio*) и выселеніе<sup>13</sup>. Въ первомъ случаѣ весь активъ (кромѣ чисто личнаго, который уничтожается) переходитъ къ государству, которое подвергаетъ конфискаціи имущество преступника, долги по *ius civile* прекращались, по праву же позднѣйшаго періода государство отвѣчаетъ по нимъ въ размѣрѣ актива<sup>14</sup>. Во второмъ случаѣ, а равно и въ случаѣ оста-

<sup>7</sup> I. 11. D. h. t. 4, 5; pr. I. h. t. 1, 16; Gai. 1, 159 sqq.; Ulp. fr. 11, 10.—<sup>8</sup> I. 5. § 1. D. de st. hom. 1, 5; § 3. I. de iure pers. 1, 3; § 1. I. de cap. dem. 1, 16.—

<sup>9</sup> I. 2. pr. 1. 7. § 2. D. h. t. 4, 5; I. 4. l. 10. pr. § 1. D. de bon. damn. 48, 20.—<sup>10</sup> I. 15. pr. D. ex qu. c. mai. 4, 6; I. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; I. 6. § 2. D. qu. ex. c. in. poss. 42, 4.—<sup>11</sup> § 5. I. qu. m. ius pot. 1, 12; I. 5. § 1. D. de capt. 49, 15.—<sup>12</sup> I. 1. § 1. l. 18. pr. D. ad. l. Falc. 35, 2; I. 15. pr. D. de usurp. 41, 3; I. 12. D. qui test. fac. 28, 1.—<sup>13</sup> § 2. I. h. t. 1, 16; Gai. 3, 56.—

<sup>14</sup> I. 4. l. 10. pr. D. de bon. damn. 48, 20; I. 6. § 1. D. de usur. 22, 1; I. 1. § 4. D. quando de pec. 15, 2; I. 5. C. de bon. proscr. 9, 49.



вленія изгнаннику имущества въ видѣ помилованія<sup>15</sup>, въ правахъ *capite minuti* происходитъ только та перемѣна, что они лишаются цивильнаго характера, наприм., что квинтская собственность превращается въ собственность *ex iure gentium*, законный бракъ— въ натуральный; долги, по *ius civile*, прекращались, по праву позднѣйшаго періода, вѣрители могли обратиться къ оставшемуся имуществу эмигранта или къ самому помилованному<sup>15а</sup>. — Такъ какъ изгнаніе и конфискація чужды нынѣшнему германскому уголовному праву, и иностранцы по нынѣшнему международному праву стоятъ въ правѣ частномъ наравнѣ съ туземцами, то и право гражданства нынѣ не оказываетъ никакого вліянія на частныя права, и *s. d. media* въ частномъ правѣ не имѣетъ никакихъ послѣдствій.

III. *S. d. minima*. Обстоятельства, которыя влекутъ за собою *s. d. minima*, по праву Юстиніана суть: а) во-первыхъ, такія, вслѣдствіе которыхъ Римлянинъ, свободный отъ отеческой власти, становится подвластнымъ<sup>16</sup> (*arrogatio, legitimatio*); б) во-вторыхъ, такія, вслѣдствіе которыхъ подвластный Римлянинъ переходитъ на основаніи юридическаго акта подъ власть другого<sup>17</sup> (*adoptio plena*, дѣти аррогированнаго и т. д.); в) въ-третьихъ, такія, вслѣдствіе которыхъ подвластный Римлянинъ освобождается отъ власти<sup>18</sup> (*emancipatio*).—Послѣдствія *s. d. minima* для имущества *capite minutus* были въ *ius civile* очень важны:

1. *Capite minutus* мѣняетъ по общему правилу свою прежнюю гражданскую семью на новую (*familia mutatur*<sup>19</sup>), поэтому онъ теряетъ право наслѣдованія въ первой; эта потеря наслѣдственнаго права постигаетъ по праву Юстиніана только того, кто былъ связанъ съ семьєю только агнатски (по усыновленію) и вышелъ изъ семьи по *emancipatio* или по новому усыновленію (§ 367).

2. Въ исчисленныхъ выше *sub a.* случаяхъ аррогации и легитимации активъ *capite minuti* (кромѣ чисто личныхъ правъ, о которыхъ ниже *sub 4*) переходитъ къ его домовладыкѣ<sup>20</sup>; и это

<sup>15</sup> l. 21. D. de v. s. 50, 16; l. 14. § 3. D. de int. et rel. 48, 22.—<sup>15а</sup> l. 2. pr. l. 7. § 3. D. h. t. 4, 5; l. 47. pr. D. de fid. 46, 1; l. 19. D. de d. r. 45, 2; l. 14. § 2. D. de interd. et rel. 48, 22; Cic. pro Quinct. c. 19, 28.—

<sup>16</sup> § 3. l. h. t. 1, 16; l. 2. § 2. D. h. t. 4, 5.—<sup>17</sup> l. 3. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; l. 10. C. de ad. 8, 47.—<sup>18</sup> § 3. l. h. t. 1, 16; l. 3. § 1. D. h. t. 4, 5.—<sup>19</sup> l. 3. pr. l. 7. pr. l. 11. D. h. t. 4, 5; cf. § 3. l. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13.—<sup>20</sup> Gai. 3, 83; § 1. l. de acq. per arr. 3, 10.



правило уже не существуетъ въ правѣ Юстиніана: домовладыка приобрѣтаетъ на имущество *capite minuti* только узуфруктъ <sup>21</sup>.

3. *Capite minutus* освобождается отъ своихъ долговъ, кромѣ долговъ изъ проступковъ <sup>22</sup>; но долги продолжаютъ существовать въ видѣ натуральныхъ обязательствъ <sup>23</sup>, а по праву преторскому противъ *capite minutus* можно даже предъявить искъ, какъ если бы *capitis minutio* не имѣла совсѣмъ мѣста (вѣрители возстановляются *in integrum* <sup>24</sup>, § 104); вмѣстѣ съ тѣмъ новый владыка *capite minuti* отвѣчаетъ по преторскому праву въ размѣрѣ приобрѣтеннаго имъ актива <sup>25</sup>.

4. *Societas*, въ которой состоялъ *capite minutus*, прекращается; личные сервитуты: узуфруктъ и *usus* тоже прекращаются; и то и другое правило отмѣнено отчасти еще до Юстиніана, отчасти имъ самимъ <sup>26</sup>.

Такимъ образомъ, послѣдствія *c. d. minima* въ правѣ Юстиніана незначительны, но все-таки они вполне не исчезли (1. 2).

**В. Нынѣшнее право.** Ученіе о *caput* имѣетъ и теперь значеніе, но съ тѣмъ важнымъ различіемъ, что полная правоспособность (*caput*) принадлежитъ теперь всякому человѣку безъ исключенія и далѣе съ тѣмъ измѣненіемъ, что полная правоспособность обнимаетъ теперь принадлежность не только къ семьѣ *гражданской*, но и къ семьѣ *натуральной*. Ученіе же о *capitis deminutio* имѣетъ теперь значеніе только въ тѣхъ немногихъ отношеніяхъ, въ которыхъ *cap. dem. minima* имѣетъ значеніе въ правѣ Юстиніана (выше III. 1. 2).

## § 26. Отступающія мнѣнія.

Начала, изложенныя въ § 25 sub A., вообще пользуются признаніемъ; но спорны понятія *status* и *c. d. minima*.

1. *Отступающія мнѣнія о status*. Преніе юристы подъ *status* разумѣли всѣ личныя свойства, которыя опредѣляютъ право- и дѣеспособность человѣка; они различали *status naturales* и *civiles*; къ первымъ они причисляли *st. humanitatis* (человѣческаго образа), *nativitatis* (отдѣленія отъ тѣла матери), *sexus, aetatis, integritatis*; ко вторымъ—*st. libertatis, ingenuitatis, libertinitatis*,

<sup>21</sup> § 2. I. de acq. per arr. 3, 10.—<sup>22</sup> Gai. 3, 84; 4, 38; 1. 2. § 3. D. h. t. 4, 5.—<sup>23</sup> 1. 2. § 2. D. h. t. 4, 5.—<sup>24</sup> 1. 2. § 1. D. h. t. 4, 5.—<sup>25</sup> Gai. 3, 84; § 3. I. de acq. per arr. 3, 10.—<sup>26</sup> Gai. 3, 153; 1. 58. § 2. 1. 65. § 11. D. pro soc. 17, 2; Gai. 3, 83; 1. 1. pr. D. qu. m. usufr. 7, 4; 1. 23. de usufr. 33, 2; § 1. I. de acq. per arr. 3, 10.



civitatis, existimationis (чести), ordinis (сословія), familiae. Теперь всѣ согласны, что эта теорія не выдерживаетъ критики и противорѣчитъ источникамъ. Господствующее въ настоящее время мнѣніе опредѣляетъ status вообще какъ положеніе человѣка, которое предназначено ему правовымъ порядкомъ (таково и наше опредѣленіе въ § 25), но на ряду съ *общимъ status* господствующее мнѣніе принимаетъ еще три *особенные status*, которые составляютъ три ступени правоспособности: *st. libertatis*, по которому всѣ люди распадаются на свободныхъ и рабовъ, *st. civitatis*, по которому люди распадаются на гражданъ и перегриновъ, и *st. familiae*, по которому люди распадаются на главъ семейства и подвластныхъ дѣтей; эти три ступени правоспособности оно выводитъ изъ трехъ общественныхъ союзовъ: свободныхъ людей, римскихъ гражданъ и семьи агнатовъ; если кто оставляетъ одинъ изъ этихъ союзовъ, то онъ терпитъ *capitis deminutio*.—Другое мнѣніе на ряду съ *общимъ status* опредѣляетъ всѣ отношенія человѣка въ области права государственнаго и семейственнаго, какъ особенные статусы; таковы: свобода и право гражданства (*status* въ области права государственнаго), бракъ, отеческая власть, родство, *manus, servitus, патронатъ, mancipium tutela, cura* (*status* въ сферѣ права частнаго).—Оба мнѣнія противорѣчатъ источникамъ, въ которыхъ нигдѣ и рѣчи нѣтъ о *status libertatis* и т. п.

2. *Отступающія мнѣнія о capitis deminutio minima*. Она имѣетъ мѣсто, по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, не при всякомъ выбытіи Римлянина изъ своей прежней гражданской семьи, а только въ томъ случаѣ, если выбывающій терпитъ при этомъ известное умаленіе личности. По этому мнѣнію, *arrogatus* самъ терпѣлъ бы *c. d. minima*, но его подвластныя дѣти ей бы не подвергались (что находится въ прямомъ противорѣчій съ источниками<sup>1</sup>). Далѣе, *emancipatus* и *adoptatus* терпитъ *c. d. minima* только потому, что онъ, согласно древней формѣ эманципации и adopции, подвергался продажѣ; поэтому съ исчезновеніемъ этой формы (§§ 364. 366) *c. d. minima* въ этихъ случаяхъ не должна бы имѣть мѣста; однако она имѣла мѣсто въ этихъ случаяхъ какъ въ правѣ юстиніановомъ, такъ и классическомъ правѣ<sup>2</sup>. Кромѣ того, *c. d. minima*

<sup>1</sup> 1. 3. pr. D. de c. m. 4, 5.—<sup>2</sup> 1. 3. § 1. 1. 8. 1. 9. D. de c. m. 4, 5; § 3. I. eod. 1, 16.—<sup>3</sup> 1. 3. pr. 1. 7. pr. 1. 11. D. de c. m. 4, 5; cf. § 3. I. eod. 1, 16; Ulp. fr. 11, 13.



прямо опредѣляется во многихъ мѣстахъ источниковъ какъ *familiae mutatio*; о мнимомъ условіи умаленія, деградаци и помину тамъ нѣтъ.

## V. § 27. Вліаніе чести на правоспособность.

(Ученіе объ умаленіяхъ чести).

*Marezoll*, über die bürgerliche Ehre. 1824.— *Mandry* der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. § 8. 3. Aufl. 1885.— *Ihering*, Zweck im Recht. II, 496 ff. 1883.— *Savigny*, §§ 76—93. Beilage 7.— *Vangerow*, §§ 46—52.— *Windscheid*, § 56.— *Brinz*, § 54.— *Baron*, § 12.— *Bekker*, § 54.— *Regelsberger*, § 66.

Правоспособность физическаго лица зависитъ въ извѣстной мѣрѣ отъ чести. Честь возникаетъ изъ соотвѣтствія образа мыслей и поведенія лица съ его нравственнымъ долгомъ (не имѣютъ чести рабы, такъ какъ они не признаются за лица<sup>1)</sup> и заключается въ признаніи и уваженіи со стороны ближнихъ. Это признаніе доставляетъ лицу извѣстное достоинство (оскорбленіе котораго карается, какъ *iniuria*), отсюда легальное опредѣленіе<sup>2</sup>: *existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. Это опредѣленіе также высказываетъ, что честь можетъ подлежать потерѣ или умаленію.

A. *Потеря чести* (*existimatio consumitur*). Она наступаетъ при всякой *capitis deminutio maxima*, а также при той *s. d. media*, которая вызвана преступленіемъ<sup>3</sup>. Это опредѣленіе римскаго права въ настоящее время не имѣетъ значенія.

B. *Умаленіе чести* (*existimatio minuitur*). Въ правѣ Юстиніана есть нѣсколько видовъ его:

I. *Intestabilitas*. Нѣкоторые уголовные законы республиканскаго періода объявили преступниковъ неспособными какъ выступать при юридической сдѣлкѣ въ качествѣ свидѣтелей, такъ и просить себѣ кого-либо въ свидѣтели; въ частности, они были неспособны сами составлять завѣщаніе и быть свидѣтелями при составленіи его другими<sup>4</sup>. Въ правѣ Юстиніана существуютъ только незначительные остатки этого наказанія, бывшаго въ ходу въ древнемъ правѣ: это—*intestabilitas* вслѣдствіе наказанія за пасквиль<sup>5</sup>. Нынѣшнему уголовному праву чужды и этотъ случай.

<sup>1</sup> § 3. I. de iniuriis 4, 4; 1. 15. § 34. D. de ini. 47, 10.—<sup>2</sup> 1. 5. § 1. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>3</sup> 1. 5. § 3, D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>4</sup> 1. 18. § 1. I. 26. D. qui test. fac. poss. 28, 1; Theoph. къ § 6. I. de test. ord. 2, 10.—<sup>5</sup> 1. 21. pr. D. de test. 22, 5; 1. 5. § 9. D. de ini. 47, 10.



## II. *Infamia*<sup>6</sup>, у новыхъ—*infamia iuris*, безчестіе.

1. *Возникновеніе*. Преторскій эдиктъ<sup>7</sup> (опираясь на древнее обычное право и законы) и другіе источники права императорскаго періода устанавливаютъ безчестіе въ случаѣ:

а. позорной отставки солдата<sup>8</sup>.

б. осужденія въ *iudicium publicum*<sup>9</sup>, т.-е. за преступленія, разслѣдованіе по которымъ установлено комиціальными законами при Суллѣ, Помпеевѣ, Цезарѣ, Октавіанѣ (*leges iudiciorum publicorum*)<sup>10</sup>.

в. осужденія за извѣстныя *delicta privata*<sup>12</sup>, а равно и въ случаѣ мировой сдѣлки такого преступника съ потерпѣвшимъ. Сюда относятся слѣд. *delicta privata*: *furtum*, *rapina*, *iniuria*, *dolus*, *sepulcri violatio*.

д. осужденія по извѣстнымъ обязательствамъ (такъ наз. *contractus famosi*): вслѣдствіе *actio directa tutelae*, *mandati*, *pro socio*, *depositi*<sup>14</sup>, прежде также *fiduciae*.

е. отрѣшенія опекуна отъ должности за *dolus*<sup>16</sup>.

ф. нарушенія нѣкоторыхъ брачныхъ законовъ, какъ-то: преждевременный бракъ (что отмѣнено каноническимъ правомъ, § 351), двоебрачіе<sup>17</sup>, двойное обрученіе<sup>18</sup>.

г. безнравственныхъ промысловъ: проституціи женщинъ (*coproge quaestum facere*)<sup>21</sup>, *mulebria patri* со стороны мужчины<sup>22</sup>, промысла сводничества<sup>23</sup>.

h. извѣстныхъ предосудительныхъ промысловъ: актеровъ и бойцовъ со звѣрями<sup>24</sup>, и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ<sup>25-35</sup>.

і. Каноническое право<sup>35</sup> прибавило еще сюда кровосмѣшеніе, а постановленія императоровъ Фридриха I и II<sup>36</sup> — оскорбленіе, ограбленіе, а равно и порчу и грабежъ земледѣльческихъ орудій; имперскіе законы<sup>37</sup> прибавили преступленіе по должности судей, нотаріусовъ, которые при-

<sup>6</sup> t. D. 3, 2: de his qui notantur infamia; tt. C, 2, 11: ex quibus causis infamia irrogatur; 10, 57: de infamibus.—<sup>7</sup> l. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>8</sup> l. 1. pr. 1. 2. pr. §§ 1—4. D. h. t. 3, 2.—<sup>9</sup> l. 7. D. de publ. iud. 48, 1; l. 56. D. pro soc. 17, 2.—<sup>10</sup> l. 1. D. de publ. iud. 48, 1.—<sup>11</sup> l. 5. § 1. C. ad. l. Iul. maiest. 9, 8.—<sup>12</sup> l. 1. l. 4. § 5. D. h. t. 3, 2; l. 1. § 4. D. de d. m. 4, 3; l. 5. l. 8. C. h. t. 2, 11; l. 1. D. de sep. viol. 47, 12.—<sup>13</sup> l. 7. D. de publ. iud. 48, 1; l. 12. C. h. t. 2, 11.—<sup>14</sup> l. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>15</sup> l. 11. C. h. t. 2, 11; l. 8. C. qui bon. ced. poss. 7, 11.—<sup>16</sup> l. 3. § 18. D. de susp. tut. 26, 10.—<sup>17</sup> l. 18. C. ad. l. Iul. de ad. 9, 9; l. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>18</sup> l. 1. D. h. t. 3, 2.—<sup>19</sup> l. 66. pr. D. de r. n. 23, 2; l. 7. C. de int. matr. 5, 6.—<sup>20</sup> l. 43. §§ 12. 13. D. de r. n. 23, 2.—<sup>21</sup> l. 24. D. h. t. 3, 2; l. 43. pr. §§ 1—5. D. de r. n. 23, 2.—<sup>22</sup> l. 1. § 6. D. de post. 3, 1.—<sup>23</sup> l. 1. l. 4. §§ 2. 3. D. h. t. 3, 2.—<sup>24</sup> l. 1. l. 2. § 5. l. 3. l. 4. pr. § 1. D. h. t. 3, 2; l. 1. § 6. D. de post. 3, 1; l. 21. C. h. t. 2, 11.—<sup>25</sup> l. 20. C. h. t. 2, 11.—<sup>26</sup> l. 41. C. de transact. 2, 4.—<sup>27</sup> l. 6. § 3. D. de decur. 50, 2. l. 1. C. ut infra cert. t. 9, 44; l. 2. C. ad. l. sch. Turp. 9, 45.—<sup>28</sup> l. 3. C. de req. reis 9, 40.—<sup>29</sup> l. 2. C. de poen. iud. 7, 49; l. 1. C. cust. reor. 9, 4; l. 8. § 2. C. ad. l. Iul. mai. 9, 8.—<sup>30</sup> l. 6. § 1. C. de post. 2, 6.—<sup>31</sup> l. 19. C. de app. 7, 62.—<sup>32</sup> l. 3. C. ut lite pend. 1, 21; l. 5. § 2. C. ad. l. Iul. mai. 9, 8.—<sup>33</sup> l. 2. C. de leg. 1. 14.—<sup>34</sup> l. 18. § 7; l. 2. pr. D. de i. f. 49, 14.—<sup>35</sup> c. 4. C. 3. qu. 4; c. 2. C. 35. qu. 2 et 3.—<sup>36</sup> Auth. habitata къ l. 5. C. ne fil. pro patre 4, 13; Auth. agricultores къ l. 8. C. quae res. pign. 8, 16.—<sup>37</sup> R. A. v. 1531. § 80; R. P. O. v. 1577. Tit. 23. § 2; R. A. v. 1670. § 10.



нимають цессию, совершенную евреемъ въ пользу христіанина (§ 252), и злостное банкротство; по Каролинѣ<sup>38</sup> безчестіе налагается на клятво-преступника.

Случаи а—е названы новыми юристами *infamia mediata*, потому что они предполагають судебный приговоръ, прочіе случаи—*infamia immediata*.

2. *Прекращеніе*. *Infamia* по общему правилу пожизненна, слѣдовательно не прекращается ни истеченіемъ срока наказанія, ни простымъ помилованіемъ<sup>39</sup>. Снимается она въ каждомъ случаѣ особымъ актомъ реституціи (*famae restitutio*); всѣ виды безчестія прекращаются обратнымъ предоставленіемъ отъ государя чести, а *infamia mediata*—уничтоженіемъ акта, повлекшаго за собою безчестіе<sup>40</sup>.

3. *Послѣдствія*. *Infamis* теряетъ публичныя права гражданина (*ius honorum et suffragii*)<sup>42</sup>, по нотаріальному уставу 1512-го г.<sup>43</sup> онъ не можетъ быть нотаріусомъ, по германскому обычному праву онъ не допускается также къ участію въ цехахъ и биржѣ.—*Infamis* теряетъ по преторскому эдикту<sup>44</sup> право ходатайствовать въ судѣ (*postulare*) за кого-либо другого, кромѣ близкихъ лицъ; поэтому онъ неспособенъ ни вести процессъ въ качествѣ представителя другого<sup>45</sup>, ни вчинить *actio popularis*<sup>46</sup>; онъ также не можетъ пользоваться представительствомъ другихъ въ своемъ процессѣ<sup>47</sup>.—Если кто назначить своимъ наслѣдникомъ безчестное лицо, и своимъ братьямъ и сестрамъ не оставить *portio legitima*, то они могутъ опорочить завѣщаніе (посредствомъ *querela inofficiosi testamenti*<sup>48</sup>, § 415).—Юстиніанъ объявилъ только людей несомнѣнно доброй славы способными къ свидѣтельству<sup>49</sup>, и слѣдовательно отказалъ *infames* въ правѣ быть свидѣтелями.—

4. *Нынѣшнее* право. Вплоть до нашего вѣка *infamia* признавалась за дѣйствующее юридическое понятіе (какъ это часто упоминается въ каноническомъ правѣ<sup>50</sup> и въ германскихъ имперскихъ законахъ<sup>51</sup>); только на практикѣ она была очень ограничена; такъ наз. *inf. immediata* на практикѣ совсѣмъ перестала существовать, а изъ области примѣненія *inf. me-*

<sup>38</sup> Art. 107.—<sup>39</sup> l. 3. C. de gen. abol. 9, 43.—<sup>40</sup> l. 1. § 10. D. de post. 3, 1.—<sup>41</sup> l. 13. § 7. D. h. 3, 2; l. 10. § 2. D. de poen. 48, 19; l. 4. C. h. t. 2, 12.—<sup>42</sup> l. 2. l. 12 C. de dign. 12, 1.—<sup>43</sup> Tit. 1. § 2.—<sup>44</sup> l. 1. §§ 5. 7. 8. D. de post. 3, 1; §§ 11 l. de exc. 4. 13; c. 1. c. 2. C. 3. qu. 7.—<sup>45</sup> Paul. sent. rec. I, 2, §§ 1. 3; Vat. fr. 322—324; l. 1. §§ 5—11. l. 2. l. 3. pr. l. 9. D. de post. 3. 1.—<sup>46</sup> l. 4. D. de pop. act. 47, 23.—<sup>47</sup> § 11. l. de exc. 4, 13.—<sup>48</sup> l. 27. C. de inoff. test. 3, 28.—<sup>49</sup> Nov. 90. c. 1; cf. l. 14. l. 15. pr. l. 21. pr. D. de test. 22, 5; l. 20. § 5. D. qui test. 28, 1; l. 18. C. de testibus 4, 20.—<sup>50</sup> Ср. цитату въ пр. 35.—<sup>51</sup> Ср. цитату въ пр. 36—38 и 43.



diata были изъяты случаи осужденія по частному иску (выше 1. d), такъ что infamia осталась только какъ послѣдствіе осужденія за выше перечисленные преступленія. Но въ нашемъ столѣтіи многіе писатели не признаютъ infamia даже въ этомъ ограниченномъ примѣненіи, потому что нѣкоторыя послѣдствія ея (неспособность къ почестямъ, должностямъ и т. п., къ postulatio) касаются институтовъ публичнаго права и поэтому отъ нормъ римскаго права зависѣть не могутъ, во-вторыхъ, другія послѣдствія (опороченіе завѣщанія, неспособность быть свидѣтелемъ) касаются не только infames, какъ таковыхъ, но и *всѣхъ* людей съ дурною славою. Опять измѣнилось положеніе этого спорнаго вопроса съ изданіемъ уголовного уложенія для Германской имперіи въ 1871 г.; въ §§ 31 и сл. въ немъ установлены новыя наказанія, касающіяся чести, которыя уничтожаютъ вполне или ограничиваютъ *публичныя* права наказаннаго, но на права частныя по общему правилу не оказываютъ никакого вліянія. Отсюда слѣдуетъ несомнѣнно, что римскія нормы объ infamia вполне устранены.

III. Такъ наз. *infamia facti*. Рядомъ съ infamia бываютъ извѣстные случаи, когда нравственное сужденіе людей (общественное мнѣніе)<sup>52</sup> не признаетъ за кѣмъ-либо полной чести; причиною этого можетъ быть или дурной поступокъ даннаго лица (въ частности преступленіе, оставшееся безнаказаннымъ по случайнымъ причинамъ<sup>53</sup>), или предосудительный образъ жизни (напр. расточительность)<sup>54</sup>. Такое умаленіе чести источники<sup>55</sup> именуютъ turpitude, facti infamia, новые юристы называютъ его inf. facti. Римское право приравнивало этихъ лицъ къ infames относительно неспособности къ должностямъ, почестямъ и относительно оспариваемости завѣщанія, въ которомъ они предпочтены братьямъ и сестрамъ наследователя<sup>56</sup>; кромѣ того, судья обязанъ устранять безнравственныхъ тамъ, гдѣ имѣетъ значеніе нравственная оцѣнка лица<sup>57</sup> (напр. при допущеніи къ свидѣтельству, назначеніи опекуна).—Наравнѣ съ turpes Римляне<sup>58</sup> ставятъ людей, занимающихся презираемымъ ремесломъ: шпионовъ таможенной полиціи (stationarii), погребальныхъ служителей (libitinarii) и т. п.; они называются viles, abiectae personae; на нихъ лежитъ

<sup>52</sup> 1. 42. D. de v. s. 50, 16.—<sup>53</sup> 1. 2. pr. D. de obseq. 37, 15; 1. 8. 1. 9. D. de acc. 48, 2; 1. 24. C. ad. 1. Iul. de ad. 9, 9; 1. 17. 1. 19. C. ex. qu. c. inf. 2, 11.—<sup>54</sup> 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.—<sup>55</sup> 1. 2. C. de dign. 12, 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28.—<sup>56</sup> 1. 2. D. de senat. 1, 9; 1. 2. C. de dign. 12, 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28.—<sup>57</sup> 1. 3. pr. D. de test. 22, 5; 1. 17. § 1. D. de test. tut. 26, 2; 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3; 1. 3. § 4. D. de exh. lib. 43, 30.—<sup>58</sup> 1. 6. C. de dign. 12, 1; Nov. 90. c. 1; 1. 27. C. de inoff. test. 3, 28; 1. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.



levis notae macula. Отъ этой категоріи лицъ слѣдуетъ отличать *humiles, humiliores*, т.-е. лицъ низшаго происхожденія, которымъ за-  
прещалось вчинять противъ лицъ знатныхъ иски, затрогивающіе  
честь<sup>59</sup>. Всѣ согласны въ настоящее время, что римскія нормы о *viles* и *hu-*  
*miles* теперь уже не примѣняются; но и тѣ нормы, которыя касаются *turpes*,  
тоже не могутъ признаваться дѣйствующими послѣ изданія германскаго  
уголовнаго уложенія въ 1871 г. (выше sub II. 4. кон.); это, однако, не  
всѣми признано.

## VI. § 28. Вліяніе религіи на правоспособность физическаго лица.

*Savigny*, § 84.—*Vangcrow*, § 40.—*Windscheid*, § 55.—*Baron*, § 13.—*Regels-*  
*berger*, § 68.

Во времена язычества религія не служила основаніемъ различія  
въ юридическомъ положеніи людей: хотя каждый *гражданинъ*  
долженъ былъ исповѣдывать государственную религію (потому  
что какъ и повсюду въ древности, такъ и въ Римѣ религія есть  
институтъ государственный)<sup>1</sup>, но у покоренныхъ племенъ Рим-  
ляне терпѣли и другую вѣру, если она не представлялась опас-  
ною для государства<sup>2</sup>; ибо съ прекращеніемъ существованія  
чужого государства и чужая религія теряетъ свое національное  
значеніе; во время императоровъ и гражданамъ даже разрѣша-  
лось исповѣдывать неопасную для государства религію<sup>3</sup>, хри-  
стіанская же вѣра преслѣдовалась, какъ опасная для государства.  
Когда же христіанство сдѣлалось государственною религіею, то  
хотя никто не исключался изъ числа гражданъ за свою вѣру, но  
постепенно съ религіею стали связываться важныя различія въ юри-  
дическомъ положеніи. Право Юстиніана устанавливаетъ слѣдующее:

1. Язычники и іудеи отъ рожденія не подвергаются преслѣ-  
дованію<sup>4</sup>, но не могутъ занимать никакихъ должностей<sup>5</sup>, кромѣ  
должности декуріоновъ<sup>6</sup> (участія въ муниципальномъ совѣтѣ,  
соединеннаго съ потерею времени и большими издержками, а  
поэтому всѣми избѣгаемаго); они не могутъ держать рабовъ-хри-  
стіанъ<sup>7</sup>; евреи не могутъ вступать въ бракъ съ христіанами<sup>8</sup>,  
они живутъ по римскому, а не по моисееву праву<sup>9</sup>.

<sup>59</sup> l. 11. § 1. D. de dolo malo 4, 3.

<sup>1</sup> Cic. pro Flacco 28. § 69.—<sup>2</sup> l. 15. § 6. D. de exc. 27, 1; l. 3. § 3. D. de dec. 50, 2.—<sup>3</sup> l. 5. §§ 1. 3. D. de iurei. 12, 2; l. 3. § 3. D. de decur. 50, 2.—<sup>4</sup> l. 6. C. de pag. 1, 11.—<sup>5</sup> l. 19. C. de Iud. 1, 9; l. 10. C. de pag. 1, 11.—<sup>6</sup> Nov. 45. proem.—<sup>7</sup> l. 1. 1. 2. C. ne Christ. manc. 1, 10.—<sup>8</sup> l. 6. C. de Iud. 1, 9.—<sup>9</sup> l. 7. 1. 8. C. de Iud. 1, 9.



2. Вѣроотступники (apostatae), т.-е. лица, которые оставили христіанство и перешли къ языческой или еврейской вѣрѣ, лишаются еще права составлять завѣщанія, наследовать и совершать отчужденія между живыми <sup>10</sup>, а иногда также подвергаются уголовному наказанію <sup>11</sup> (напр. если отступило отъ вѣры духовное лицо).

3. Еретики лишены права занимать должности, кромѣ декуріонской <sup>12</sup>; они не могутъ наследовать и получать отказы; они могутъ совершать даренія или отказы только въ пользу правовѣрныхъ <sup>13</sup>; ихъ свидѣтельство противъ правовѣрныхъ не имѣетъ силы <sup>14</sup>; женщины-еретички не имѣютъ *privilegia dotis* <sup>15</sup> и должны давать приданое своимъ дочерямъ <sup>16</sup>. Еще большимъ ограниченіямъ подвергаются отдѣльныя секты, въ особенности Манихеевъ и Донатистовъ <sup>17</sup>; они вполнѣ неспособны къ юридическимъ сдѣлкамъ; ихъ имущество подлежитъ конфискаціи.

Развитіе этого вопроса въ средніе вѣка и новое время излагается въ наукѣ германскаго права; здѣсь же мы сообщимъ только его окончательные результаты. Союзный Актъ (Bundesacte) 1815 г. § 16 доставилъ христіанскимъ религіознымъ партіямъ полное равенство въ области публичнаго и частнаго права. Относительно евреевъ онъ резервировалъ изданіе особыхъ опредѣленій будущему законодательству. По закону Сѣверо-Германскаго Союза 3-го іюля 1869 г. (который впоследствии получилъ значеніе имперскаго закона) частныя и публичныя права гражданъ не зависятъ отъ вѣроисповѣданія.

## Раздѣлъ третій.

### Юридическое лицо.

#### 1. § 29. Введеніе.

*Salkowski*, Bemerk. z. Lehre v. d. jur. Personen. 1868.—*Böhlau*, Rechtssubject u. Personenrolle. 1871.—*Zitelmann*, Begriff u. Wesen der sog. jur. Personen. 1873.—*Hölder*, über das Wesen der juristischen Person. 1886.—*G. Rümelin*, Methodisches über juristische Personen. 1891.—*Windscheid*, § 49.—*Brinz*, §§ 59—63.—*Baron*, § 61.—*Bekker*, §§ 49. 59.—*Regelsberger*, §§ 75. 76.

Какъ все право существуетъ ради людей (*hominum causa omne ius constitutum est* <sup>1</sup>), такъ и имущественныя права предназначе-

<sup>10</sup> l. 2. l. 4. C. de apost. 1, 7.—<sup>11</sup> l. 1. l. 6. C. de apost. 1, 7.—<sup>12</sup> l. 3. l. 7. C. de haer. 1, 5; l. 49 C. de decur. 10, 31.—<sup>13</sup> l. 17. l. 18. l. 19. l. 22. C. de haer. 1, 5; Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.—<sup>14</sup> l. 21. C. de haer. 1, 5.—<sup>15</sup> Nov. 109. c. 1.—<sup>16</sup> l. 19. § 1. C. de haer. 1, 5.—<sup>17</sup> l. 4. l. 5. C. de haeret. 1, 5.

<sup>1</sup> l. 2. D. de statu hom. 1, 5.



ны только для людей; права принадлежатъ людямъ, т.-е. каждый человекъ распоряжается своими имущественными правами по произволу, правильнѣе: человекъ опредѣляетъ по произволу цѣли, для которыхъ должны служить его имущественныя права. Но есть цѣли, которыя обширнѣе цѣлей *отдѣльнаго* лица. Если цѣль относится къ нѣсколькимъ живымъ людямъ, то они употребляютъ обыкновенно все свое имущество или части его на достиженіе этой цѣли сообща (соединяясь въ товарищества, *societas*, § 300). Но если цѣль превышаетъ потребности и силы опредѣленныхъ живыхъ людей и требуетъ соединенія не только людей, живущихъ въ одно время, но и *смѣняющихся поколѣній* (жители одного мѣста, граждане одного государства, члены одного учрежденія, одного цеха), или даже всего человѣчества (цѣль почитанія Бога, благотворительной дѣятельности, распространенія образованія), то она можетъ быть съ успѣхомъ достигаема только при томъ условіи, чтобы извѣстныя имущества (вещи и права) были исключительно предназначены для ея постояннаго осуществленія. Если это условіе на дѣлѣ исполняется, т.-е. если извѣстная сумма имущества исключительно посвящается для осуществленія опредѣленной цѣли, то эта цѣль уподобляется человекѣ: право надѣляетъ ее тою же способностью къ имущественнымъ правамъ, что и отдѣльнаго человека; *эта цѣль фиктивно возводится въ лицо*, и поэтому объ учрежденіяхъ, въ которыхъ цѣль воплощается, источники говорятъ: *personae vice, privatorum loco est*<sup>1</sup>; такое учрежденіе называется собственникомъ, наследникомъ, вѣрителемъ, должникомъ<sup>2</sup>; община именуется *persona publica, persona coloniae*<sup>2</sup>; новые юр. употребляютъ выраженіе юридическое, фиктивное лицо, прежде также — моральное, мистическое лицо. Эти выраженія оправдываются тѣмъ, что и въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ мы здѣсь говоримъ, имущество служить цѣлямъ человека, но не человека въ его обыкновенномъ проявленіи (отдѣльнаго человека, *singularis persona*<sup>3</sup>), а нѣсколькихъ людей или даже всего человѣчества, которое продолжаетъ существовать въ смѣняющихся поколѣніяхъ. Точнѣе: всякое иму-

<sup>1</sup> а 1. 22. D. de fidei. 46, 1; 1. 16. D. de v. s. 50, 16. — <sup>2</sup> 1. 7. § 1. l. 4. D. quod cui. univ. 3, 4; 1. 49. § 4. C. de episc. 1, 3. — <sup>2a</sup> Относит. agrimensores, ср. die Röm. Feldmesser въ Лакмана изданіи р. 16. 54. — <sup>3</sup> 1. 9. § 1. D. quod met. 4, 2.



щество служить человѣческимъ цѣлямъ; обыкновенно эти цѣли опредѣляются *свободною* волею отдѣльныхъ людей для отдѣльныхъ случаевъ, и поэтому именно люди являются субъектами права; въ видѣ исключенія бываетъ, что цѣли опредѣлены *разъ навсегда*, такъ что въ нихъ заключается продуктъ *фиксированной, неизмѣнной* воли. Эти постоянныя цѣли, установленныя неизмѣнною волей, получаютъ независимость отъ живущихъ людей и такую самостоятельность, что онѣ опредѣляютъ судьбу посвященнаго имъ имущества, а живые люди—не больше, какъ ихъ органы. Но такъ какъ правоспособность принадлежитъ человѣку лишь потому, что онъ *свободною* волей опредѣляетъ свои цѣли, то возникаетъ потребность въ фикціи, чтобы упомянутымъ неизмѣннымъ цѣлямъ приписать извѣстную долю правоспособности (имущественную правоспособность, см. § 30). Содержаніе этой фикціи состоитъ въ приравненіи неизмѣнно установленныхъ, фиксированныхъ цѣлей къ человѣку, свободно опредѣляющему свои цѣли.

На ряду съ изложеннымъ воззрѣніемъ слѣдуетъ отмѣтить двѣ иныя новыя теоріи:

1. Нѣкоторые новые юристы отвергаютъ понятіе и терминъ „фиктивное лицо“, считая союзы людей (жителей одного мѣста, гражданъ одного государства, членовъ цеха, учрежденія) такими общественными единицами, которыхъ существованіе вовсе не фиктивно, но проистекаетъ изъ естественныхъ наклонностей и природы людей. Необходимо согласиться, что союзы людей образуются сами собою уже въ древнѣйшія времена; когда отдѣльные люди уже не удовлетворяются и не ограничиваются болѣе одною семейною жизнью, но для нихъ получаютъ значеніе общіе интересы, основанные на мѣстномъ общеніи и одинаковости занятій, то появляется безчисленное множество общественныхъ союзовъ. Но всѣ эти союзы, хотя они и являются общественными единицами, не составляютъ естественныхъ индивидовъ и поэтому лишены естественной воли.

2. Многіе юристы новѣйшаго времени хотятъ совсѣмъ отбросить понятіе юридическаго лица, а замѣнить его понятіемъ „имущества назначеннаго“ (*Zweckvermögen*). Они признаютъ только одно лицо (физическое), но различаютъ два вида имущества: одно, которое имѣетъ хозяина, принадлежитъ какому-либо человѣку; другое, которое не имѣетъ субъекта, предназначено для какой-



либо цѣли (права безъ субъектовъ). Это возрѣніе несогласимо съ изложеннымъ выше понятіемъ права въ субъективномъ смыслѣ; если послѣднее есть господство, то безсубъектныя права не мыслимы. Но это возрѣніе чуждо также и источникамъ римскаго права; ибо источники рассматриваютъ самоё цѣль или учрежденіе, въ которомъ она внѣшнимъ образомъ проявляется, какъ хозяина имущества<sup>4</sup>. Кромѣ того, чтобы эту теорію сдѣлать возможною, необходимо было бы измѣнить понятіе субъективнаго права и долга (обязанности); пока подъ первымъ мы разумѣемъ господство, правомочіе (дозволенность дѣйствій), подъ вторымъ—ограниченіе свободы дѣйствій, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы цѣль имѣла права и обязанности, чтобы цѣль была собственникомъ, вѣрителемъ, должникомъ. Это только возможно въ томъ случаѣ, если мы посредствомъ фикціи возведемъ цѣль въ юридическое лицо; но насколько мало желательно измѣненіе установившихся понятій, настолько полезно сохранить понятіе юридическаго лица.

## II. § 30. Понятіе и виды юридическихъ лицъ.

*Savigny*, §§ 85—88. 101. 103. — *Vangerow*, §§ 53. 58. 59. — *Windscheid*, § 57.—*Brinz*, §§ 34. 35.—*Baron*, § 62.—*Bekker*, §§ 60. 66.

*Юридическое лицо есть дозволенная постоянная цѣль, которой предоставлена нормою права (хотя неполная правоспособность, но все-таки) способность къ имущественнымъ правамъ.* Цѣль можетъ быть различная: религіознаго, нравственнаго, общепользнаго, промышленнаго свойства; поэтому и юридическія лица разнообразны; въ правѣ Юстиніана находимъ слѣдующія:

1. Государство<sup>1</sup>, которое въ качествѣ хозяйственной личности называется *fiscus*, *aerarium*. Во время республики существовало только послѣднее названіе (*aerarium populi Romani*, *aerarium Saturni*); вѣроятно, Августъ учредилъ *fiscus Caesaris*, обнимавшій государственное имущество, подлежащее вѣдѣнію императора; когда въ 3-мъ вѣкѣ у *aerarium populi* были отняты главные источники доходовъ, то оно прекратило свое существованіе, а названіе *aerarium* было присвоено фиску, такъ что съ этого времени выраженія *fiscus* и *aerarium* безразлично употребляются для обозначенія государственнаго имущества<sup>2</sup>; отъ послѣдняго слѣдуетъ отличать импе-

<sup>4</sup> См. мѣста примѣч. 1. 2. 3.

<sup>1</sup> t. D. 49, 14; C. 10, 1; de iure fisci.—<sup>2</sup> § 13. I. de usuc. 2, 6; l. 13. pr. §§ 1. 3. 4. l. 15. § 5. D. h. t. 49, 14; l. 1. § 9. D. ad l. Corn. de fals. 48, 10; l. 3. C. de quadr. praescr. 7. 37.



раторское частное имущество, какъ *patrimonium principis, ratio privata principis, res dominicae* <sup>3</sup>. Новые юристы для обозначенія государственнаго имущества пользуются чаще всего словомъ *fiscus*.—Фиску принадлежить много привилегій, которыя по большей части распространяются также на государя и его супругу <sup>4</sup>; объ этихъ привилегіяхъ мы будемъ говорить ниже при отдѣльныхъ институтахъ. Безъ прямого опредѣленія закона фискъ не можетъ претендовать ни на какія привилегіи, а подлежитъ общему праву; таковъ смыслъ изреченія источниковъ: *non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit* <sup>7</sup>, которое многіе ложно понимаютъ въ томъ смыслѣ, что во *всякъ* сомнительныхъ спорныхъ случаяхъ фискъ долженъ уступать (*in dubio contra fiscum*).—Управление государственнымъ имуществомъ происходитъ по различнымъ вѣдомствамъ въ особыхъ отдѣленіяхъ (*stationes fisci*), и притомъ такъ, что каждое отдѣленіе ведетъ свои счета вполне независимо отъ другого, поэтому требованіе противъ одной *statio* не можетъ быть компенсировано долгомъ въ пользу другой <sup>8</sup>; но эти отдѣленія вовсе не представляютъ самостоятельныхъ юридическихъ лицъ <sup>9</sup>, поэтому они не могутъ заключать другъ съ другомъ договоры или предъявлять иски другъ противъ друга.

2. Политическіе союзы въ предѣлахъ государственной территоріи: общины, въ источникахъ называемыя *civitas, municipes, municipium, respublica, vicus, colonia* <sup>9a</sup>; сюда же относятся и болѣе обширные союзы—провинціи (въ Германіи также *Bezirke* и *Kreise*).

3. Военныя дѣленія; легіоны <sup>10</sup> и т. п.

4. Союзы жрецовъ и жриць (наприм., *coll. pontificum, augurum, fecialium, virgines Vestales*), а также и союзы гражданъ для религіозныхъ цѣлей (*collegia templorum*) <sup>11</sup>.

5. Союзы должностныхъ лицъ, въ частности персоналъ писцовъ и счетоводовъ, который былъ занятъ во *всякъ*хъ отдѣлахъ публич-

<sup>3</sup> l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37.—<sup>4</sup> l. 6. § 1. D. h. t. 49, 14; l. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37; § 14. l. de usuc. 2, 6.—<sup>5</sup> l. 1. §§ 3. 4. 5. D. h. t. 49, 14.—<sup>6</sup> l. 1. §§ 1. 2. D. h. t. 49, 14.—<sup>7</sup> l. 10. D. h. t. 49, 14; cf. l. 45. § 10. l. 47. pr. eod.; l. 2. C. ne uxor 4, 12; l. 3. C. de fisc. us. 10, 8.—<sup>8</sup> l. 1. C. de comp. 4, 31.—<sup>9</sup> l. 2. C. de sol. 8, 42; l. 1. C. ne fisc. rem. 10, 5.—<sup>9a</sup> l. 15. D. de v. s. 50, 16; l. 73. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 22. D. de fidei. 46, 1.—<sup>10</sup> l. 6. § 7. i. f. D. de ini. test. 28, 3; l. 2. C. de her. dec. 6, 62; cf. l. 30. pr. D. de usuc. 41, 3.—<sup>11</sup> l. 38. § 6. D. de leg. 3 (32).



ной службы (*decuriae scribarum seu librariorum, fiscalium*<sup>12</sup>), и муниципальный совѣтъ (*ordo decurionum, curia*<sup>13</sup>).

6. Промышленные союзы. Сюда, во-первыхъ, относятся цехи ремесленниковъ, которые связываются однородностью, а не общностью работы (*collegia pistorum, fabrorum, naviculariorum*<sup>14</sup>), далѣе, нѣкоторыя общія промышленныя предпріятія: *societates publicanorum*<sup>15</sup>, которыя будутъ болѣе подробно описаны въ § 303.

7. Общежительные союзы: *sodalitates, sodalicia, collegia sodalicia*. Первоначально это были собранія для общаго богослуженія и трапезы, но къ концу республики, во время внутреннихъ безпорядковъ, они сдѣлались центромъ интригъ и происковъ демагоговъ, поэтому ихъ неоднократно закрывали; въ императорское время былъ изданъ законъ, по которому общежительные и промышленные (6) союзы могли быть основаны только съ дозволенія высшихъ государственныхъ учреждений (императора или сената), и дозволеніе давалось только по особымъ основаніямъ<sup>16</sup>.

8. Союзы взаимнаго вспомошествованія: *collegia tenuiorum*<sup>17</sup>, т.-е. союзы людей низшаго состоянія (ихъ членами могли быть и рабы съ разрѣшенія господъ), въ частности, союзы для обезпеченія своимъ членамъ приличнаго погребенія.

9. Учрежденія для преслѣдованія дозволенныхъ цѣлей, такъ наз. *ria sogroga, riae causae*. До принятія христіанства, какъ господствующей религій, ихъ было очень немного: нѣкоторые храмы получили отъ императора или сената путемъ особой привилегіи способность къ наслѣдованію<sup>18</sup>. Со введеніемъ христіанства права юридическаго лица были сообщены учрежденіямъ, предназначеннымъ для христіанскаго богопочитанія и для благотворительной дѣятельности въ пользу бѣдныхъ, больныхъ, пилигримовъ, стариковъ, дѣтей<sup>19</sup>. Въ средніе вѣка значеніе юридическихъ лицъ получили также и учрежденія, назначенныя для удовлетворенія ум-

<sup>12</sup> l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 22. D. de fidei. 46, 1; l. 25. § 1. D. de a. v. o. h. 29, 2; t. C. 11, 13: de decurialibus urbis Romae. — <sup>13</sup> l. 4. C. de her. dec. 6, 62; Nov. 38. c. 1. c. 2. — <sup>14</sup> l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4; l. 5. § 13. D. de i. imm. 50, 6. — <sup>15</sup> l. 1. pr. § 1. D. quod cui. univ. 3, 4; l. 3. § 4. D. de b. p. 37, 1; l. 31. § 1. D. de furt. 47, 2; l. 59. pr. D. pro soc. 17, 2. — <sup>16</sup> l. 1. 2. l. 3. D. de coll. 47, 22; l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4. — <sup>17</sup> l. 1. pr. l. 3. § 2. D. de coll. 47, 22. — <sup>18</sup> Ulp. fr. 22, 6. — <sup>19</sup> l. 1. l. 23. l. 26. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 38. C. de ep. 1, 3.



ственныхъ потребностей, какъ-то: школы, библіотеки, музеи; такимъ образомъ, выраженіе *ria* сопрога, *riae* causae перестало быть исчерпывающимъ.

Цѣль учрежденія допускаетъ ограниченія, въ частности по мѣсту; такъ, есть госпитали для больныхъ такого-то мѣста, стипендіи для юношей, уроженцевъ такой-то мѣстности принадлежащихъ къ такой-то фамиліи, учащихся въ такомъ-то, университетѣ.

Перечисленныя юридическія лица (кромѣ фиска) подраздѣляются на два класса: на корпораціи и учрежденія. Понятіе корпораціи (въ источникахъ обыкновенно называемой *universitas*, *corpus*<sup>20</sup>, рѣдко *corporatio*<sup>21</sup>, нынѣ часто *universitas personarum*) обнимаетъ случаи, приведенные выше sub 2 — 8; поэтому *корпорація есть такое лицо, субстратомъ котораго и внѣшнимъ проявленіемъ служатъ члены*; но корпорація вовсе не тождественна съ членами, участвующими въ ней въ опредѣленный моментъ; напротивъ, существованіе корпораціи не нарушается смѣною нѣкоторыхъ или даже всѣхъ членовъ<sup>22</sup> (§ 35 № 2).— Учрежденіе (нынѣ называемое *universitas bonorum, pium corpus, pia causa*) обнимаетъ случаи, указанные sub 9; [*это есть такое юридическое лицо, которое лишено всякаго видимаго субстрата*; таковымъ нельзя признать тѣхъ людей, которые получаютъ пособія отъ учрежденія, наприм., инвалидовъ изъ инвалиднаго дома, сиротъ изъ сиротскаго пріюта.— Есть нѣкоторыя юридическія лица, которыя принадлежатъ къ обоимъ классамъ, отличаясь переходнымъ характеромъ; такъ, церковная община есть корпорація, потому что имѣетъ участниковъ-членовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ она и учрежденіе, потому что предѣлы ея дѣятельности не ограничиваются этими членами. Такіе институты принадлежали иногда въ исторіи то къ одному, то къ другому классу; тажъ, университеты, которые первоначально представляли корпораціи профессоровъ или студентовъ, въ новое время вполнѣ превратились въ учрежденія.

Спорно, слѣдуетъ-ли причислять къ юридическимъ лицамъ:

а. Рядъ представителей государственной власти или какой-либо государственной должности; рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ государственнаго устройства; по началамъ римскаго государствен-

<sup>20</sup> l. 1. pr. §§ 1. 3. l. 2. l. 7. § 2. D. quod cui. univ. 3, 4.—<sup>21</sup> Nov. Severi P; cf. l. 5. C. de comm. 4, 63; l. un. C. de priv. corporatorum 11, 14.—<sup>22</sup> l. 7. § 2. D. quod cui. univ. 3, 4.



наго устройства вопросъ рѣшается утвердительно: ибо отказъ, назначенный просто „государю“ или „такой-то должности“, признается дѣйствительнымъ<sup>23</sup>. И въ каноническомъ правѣ существуетъ начало: *sedes apostolica non moritur*<sup>24</sup>.

в. Участокъ, въ пользу котораго установленъ вещный сервитутъ или вещная привилегія. Если бы было такъ, то вещный сервитутъ и вещная привилегія должны бы существовать независимо отъ собственника участка; но послѣдній въ дѣйствительности можетъ распоряжаться этими правами (только не отдѣляя ихъ отъ участка); кромѣ того, вещный сервитутъ и вещная привилегія могутъ прекратиться вслѣдствіе *confusio*, т.-е. обстоятельства, касающагося не участка, а только личности собственника. Итакъ, этотъ спорный вопросъ рѣшается въ отрицательномъ смыслѣ.

с. Лежачее наслѣдство (*hereditas iacens*), т.-е. наслѣдство, еще не принятое наслѣдникомъ; этотъ вопросъ будетъ рассмотрѣнъ въ наслѣдственномъ правѣ (§ 389).

### III. КОРПОРАЦІЯ.

tt. D. III, 4: *quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur*; XLVII, 22: *de collegiis et corporibus*; L. 1. et sqq.: *ad municipalem*. — tt. C. XI, 29: *de iure reipublicae*; XI, 14: *de privilegiis corporatorum*.

#### А. § 31. Возникновеніе.

*Savigny*, § 89. — *Windscheid*, § 60. — *Brinz*, §§ 441—445. — *Bekker*, §§ 64. 67. — *Regelsberger*, §§ 77—79.

*Корпорация возникаетъ путемъ соединенія нѣсколькихъ физическихъ лицъ для достиженія постоянной дозволенной цѣли. Цѣль иногда образуется постепенно (наприм., въ случаѣ общинъ, которыя обыкновенно происходятъ отъ постепеннаго поселенія людей въ одной и той же мѣстности), а иногда опредѣляется рѣшеніемъ нѣсколькихъ соединяющихся людей (наприм., въ случаяхъ 4—8 § 30-го); не можетъ быть меньше трехъ членовъ<sup>1</sup> (отсюда юридическая поговорка: *tres faciunt collegium*); ихъ рѣшеніе должно быть направлено на установленіе юридическаго лица, т.-е. на то, чтобы цѣль самостоятельно пріобрѣтала и имѣла имущество.*

<sup>23</sup> l. 56. D. leg. 2 (31); cf. l. 57. eod.; l. 20. § 1. D. de ann. leg. 33, 1; cf. l. 25. D. ad mun. 50, 1. — <sup>24</sup> c. 5. de resc. in VI. 1, 3.

<sup>1</sup> l. 85. D. de v. s. 50, 16.



По распространенному прежде мнѣнію, для возникновенія юридическаго лица еще недостаточно соединенія нѣсколькихъ лицъ для дозволенной постоянной цѣли; для этого еще требуется надѣленіе юридическаго лица правами со стороны государственной власти (развѣ, что союзъ лицъ обладаетъ такою же или большею древностью, чѣмъ государство, что относится къ многимъ свѣтскимъ и церковнымъ общинамъ). Это мнѣніе опирается на императорскіе законы, указанные въ § 30 sub 7<sup>2</sup>; но содержаніе этихъ законовъ заключается не въ томъ, что союзъ лицъ получаетъ свойства юридическаго лица только въ силу государственнаго распоряженія, а въ томъ, что союзъ лицъ можетъ быть образованъ только съ разрѣшенія государственной власти; если же такое разрѣшеніе послѣдуетъ, то союзъ самъ собою обладаетъ свойствами юридическаго лица. Образование корпорацій въ новое время подлежитъ такъ называемымъ Vereinsgesetze (законамъ о союзахъ), которые по общему правилу не требуютъ вовсе разрѣшенія государственной власти; поэтому въ настоящее время можно по общему правилу обойтись безъ разрѣшенія государственной власти, предполагая, конечно, что корпорація—дозволенная; гдѣ не предоставлено права устанавливать корпораціи (Vereinsrecht), тамъ требуется разрѣшеніе власти; если это разрѣшеніе послѣдовало, то союзъ этимъ самымъ пріобрѣтаетъ права юридическаго лица. Запрещенные союзы (collegia illicita) никогда не могутъ быть юридическими лицами; если они пріобрѣтаютъ какое-либо имущество, то примѣняются начала т. н. *communio incidens*<sup>3</sup> (§ 304).

### В. § 32. Имущественныя отношенія.

*Löning*, Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten\* 1879.—*Savigny*, §§ 90—95.—*Vangerow*, §§ 54. 55.—*Windscheid*, § 58.—*Baron*, § 63.—*Brinz*, §§ 452. 453.—*Bekker*, §§ 61. 67.—*Regelsberger*, §§ 81—84.

Корпорація способна къ частнымъ правамъ только отчасти: ей принадлежитъ только способность къ отношеніямъ имущественнымъ; слѣдовательно, къ владѣнію<sup>1</sup>, къ вещнымъ правамъ<sup>2</sup>, къ обязательствамъ, къ предъявленію исковъ<sup>3</sup>; къ семейнымъ отношеніямъ корпорація неспособна. Полная способность къ наслѣдованію принадлежитъ только фиску и общинамъ свѣтскимъ и церковнымъ<sup>4</sup>, а равно и тѣмъ корпораціямъ, которымъ она была

<sup>2</sup> l. 1. D. h. t. 3, 4; l. 1. pr. l. 3. § 1. D. h. t. 47, 22; l. 20. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>3</sup> l. 3. pr. D. de coll. 47, 22.

<sup>1</sup> l. 2. D. de a. p. 41, 2.—<sup>2</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 3, 4; l. 12. D. de serv. 8, 1; l. 56. D. de usufr. 7, 1.—<sup>3</sup> l. 27. D. de r. c. 12, 1; l. 5. § 9. D. de pec. const. 13, 5; l. 1. §§ 2, 3. l. 8. l. 9. D. h. t. 3, 4.—<sup>4</sup> l. 1. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 12. C. de her. inst. 6, 24.



предоставлена путемъ особой привилегіи<sup>5</sup>; прочія корпораціи способны только къ полученію отказовъ<sup>6</sup> (§ 390 sub II. 2). Весьма многимъ корпораціямъ принадлежитъ способность къ извѣстнымъ публичнымъ правамъ, напр., способность къ обложенію податями, право голоса въ засѣданіяхъ народнаго представительства.

Въ частности, что касается отдѣльныхъ имущественныхъ отношеній, то они принадлежатъ корпораціи, какъ таковой, а не ея членамъ; посвященныя для цѣли вещи находятся въ собственности корпораціи, а не въ общей собственности ея членовъ и т. д.<sup>7</sup> (§ 35 № 3); имущество корпораціи строго отдѣлено отъ имущества ея членовъ: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*<sup>8</sup>; поэтому корпорація можетъ быть вѣрителемъ своихъ членовъ такъ же, какъ и другихъ лицъ, и приобрѣтаетъ вещныя права на ихъ вещи такъ же, какъ и на вещи другихъ лицъ, и наоборотъ<sup>9</sup>. Но если возникаетъ вопросъ, не принадлежитъ ли членамъ корпораціи по крайней мѣрѣ право участія въ корпораціонномъ имуществѣ или въ его доходахъ, то слѣдуетъ искать рѣшенія его въ уставѣ корпораціи (§ 33) или, за отсутствіемъ устава, въ самой ея цѣли; это участіе *иногда* имѣетъ мѣсто въ общинахъ (такъ, Римляне имѣли право пользованія *ager publicus*, тоже относится и къ нѣмецкой *Realgemeinde*), *всегда* — въ корпораціяхъ для промышленныхъ предпріятій (*societates publicanorum*) и для взаимной помощи (*coll. tenuiorum*) и *очень рѣдко* въ прочихъ корпораціяхъ. Такія права, гдѣ они существуютъ, обладаютъ характеромъ обязательственнаго требованія или вещнаго права, но никогда имъ не принадлежатъ свойства общей собственности; въ этомъ и состоитъ главное отличіе корпораціи отъ обыкновеннаго товарищества (*privata societas*<sup>10</sup>), въ которомъ отдѣльные товарищи приобрѣтаютъ общее право собственности на приобрѣтенныя сообща вещи и становятся сами должниками и вѣрителями по обязательствамъ, заключеннымъ отъ имени товарищества (§ 35 № 3).

Прежде очень спорнымъ былъ вопросъ, способна ли корпорація совершать проступки (деликты). Такъ какъ корпорація недѣеспособна

<sup>5</sup> 1. 8. C. de her. inst. 6. 24. — <sup>6</sup> 1. 117. 122. 1. 73. § 1. D. de leg. 1 (30); 1. 20. D. de reb. dub. 34, 5; 1. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3; 1. 26. 1. 27. pr. D. ad. sct. Treb. 36, 1. — <sup>7</sup> 1. 6. § 1. D. de div. rer. 1, 8; 1. 1. § 7. D. de quaest. 48, 18. 1. 10. § 4. D. de in ius voc. 2, 4. — <sup>8</sup> 1. 7. § 1. D. h. t. 3. 4. — <sup>9</sup> 1. 1. § 15. D. ad sct. Treb. 36, 1; 1. 9. D. h. t. 3, 4. <sup>10</sup> 1. 59. pr. D. pro soc. 17, 2.



собна (§ 33), то этотъ вопросъ правильнѣе формулировать такъ: отвѣчаетъ ли корпорація за проступки своихъ представителей или членовъ, совершенные ими при управленіи корпорационнымъ имуществомъ, какъ если бы она совершила ихъ сама. Этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшить вообще отрицательно, потому что воля представителей или членовъ корпораціи можетъ быть вмѣнена послѣдней, лишь поскольку они дѣйствовали въ предѣлахъ данныхъ имъ правомочій; только въ томъ случаѣ, если отъ дѣйствій ихъ корпорація обогатилась, она отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенія<sup>11</sup>. Впрочемъ, въ послѣднее время приобрѣла большое распространеніе практика, по которой признается отвѣтственность юридическихъ лицъ, во-первыхъ, за происшедшее по винѣ ихъ представителей неисполненіе или неправильное исполненіе ихъ обязательствъ, во-вторыхъ, за деликты представителей, поскольку дѣйствіе послѣднихъ относится къ сферѣ ихъ компетенціи; эта практика является логическимъ выводомъ изъ той (выставленной уже Римлянами въ отдѣльныхъ примѣненіяхъ и еще болѣе признанной новѣйшими германскими законами объ отвѣтственности за вредъ и убытки) правовой идеи, по которой всякій хозяинъ отвѣчаетъ за вину своихъ представителей и помощниковъ (§§ 237. 314 sub 4). Средневѣковое законодательство неоднократно устанавливало для корпораціи наказанія<sup>12</sup>, но эти законы въ настоящее время уже не дѣйствуютъ.

### С. § 33. Представительство.

*Savigny*, §§ 96—100.—*Vangerow*, § 55.—*Windscheid*, § 59.—*Baron*, § 63.—*Brinz*, §§ 447—451.—*Bekker*, §§ 62. 63. 67.—*Regelsberger*, §§ 82. 83.

Субъектъ корпорационнаго имущества, цѣль, не обладаетъ дѣеспособностью<sup>1</sup> (потому что дѣйствія могутъ только исходить отъ мыслящаго и имѣющаго волю человека); поэтому корпорація для управленія своимъ имуществомъ нуждается въ представительствѣ физическихъ лицъ, дѣйствія которыхъ имѣли бы значеніе дѣйствій корпораціи<sup>2</sup>. Такими представителями могутъ быть: 1) настоящіе члены корпораціи, 2) ея настоятели, начальники, распорядители (*magistri, rectores*), 3) ея чиновники, напр., лица, назначенныя для ходатайства въ судѣ (*syndici, actores*). Начала, по которымъ учреждается это представительство и опредѣляются его полномо-

<sup>11</sup> 1. 15. § 1. D. de d. m. 4, 3; 1. 4. D. de vi 43, 16; Nov. Maioriani tit. 7.—

<sup>12</sup> Auth. item nulla и item quaecunque C. de ep. 1. 3; c. 4. de cens. in VI (3. 20); Aurea bulla c. 15; § 4; Landfriede von 1548. Tit. 2. Tit. 14. Tit. 29. § 4; KGO. v. 1555. II. 10. § 1.

<sup>1</sup> 1. 1. § 22. D. de a. p. 41, 2; 1. un. § 1. D. de lib. univ. 38, 3. — <sup>2</sup> 1. un. § 1. D. de lib. un. 38, 3; 1. 97. D. de cond. 35, 1; 1. 14. D. ad mun. 50, 1.



ція, а также и правила о правѣ надзора государства надъ ихъ рѣшеніями и дѣйствіями, составляютъ существенныя части содержанія устава корпораціи. Изъ относящихся сюда нормъ римскаго права дошли до насъ немногія; встрѣчаются только упоминанія, что каждая корпорація имѣетъ общую кассу, распорядителя и представителя для процессовъ<sup>3</sup>; далѣе, что каждый членъ обязанъ нести личныя и вещныя повинности (*munera*), опредѣляемыя цѣлью общества<sup>4</sup>; что члены *collegium* уже по законамъ 12-ти таблицъ имѣютъ право автономіи, т. е. что они могутъ составлять стату-ты, которые имѣютъ обязательную силу для всѣхъ членовъ, но не должны противорѣчить публичному праву<sup>5</sup>; что рѣшенія муниципальнаго совѣта дѣйствительны, если присутствуютъ двѣ трети всѣхъ членовъ, и если они постановляются абсолютнымъ большинствомъ голосовъ<sup>6</sup>; упоминается также объ ограниченіи власти муниципальнаго совѣта при отчужденіи городского имущества<sup>7</sup>.

Этими началами невозможно руководствоваться уже вслѣдствіе ихъ неполноты и неопредѣленности; у большинства нынѣшнихъ корпорацій существуютъ уставы или въ силу закона (*Kreisordnung, Gemeindeordnung, Städteordnung*), или въ силу спеціальной привилегіи, или въ силу обычая (такая корпорація называется *univ. ordinata*); гдѣ такого устава нѣтъ, а существуетъ лишь скудная организація для ограниченной цѣли (*univ. inordinata*), то способно постановлять рѣшенія большинство членовъ, явившихся по надлежащему приглашенію (§ 35 № 4); единогласіе требуется лишь для рѣшеній, выходящихъ за предѣлы цѣли корпораціи. Для дѣйствительности нѣкоторыхъ рѣшеній необходимо утвержденіе государства, которое здѣсь, какъ и относительно всѣхъ недѣеспособныхъ лицъ, беретъ на себя верховный опекунскій надзоръ (§ 368); оно наблюдаетъ за тѣмъ, чтобы имущество корпораціи было управляемо согласно ея цѣли и не расхищалось ея чиновниками, а также, чтобы оно не подверглось эгоистической эксплуатаціи со стороны настоящихъ членовъ корпораціи, чтобы корпорація не грозила общественному благосостоянію, а именно, чтобы не произошло чрезмѣрнаго скопленія имущества у одной корпораціи.

#### D. § 34. Прекращеніе.

*Ihering, Gesammelte Aufsätze. Т. 2. Стр. 219 и сл. 1882.—Savigny, § 89.—Vangerow, § 56.—Windscheid, §§ 61. 62.—Brinz, § 454.—Bekker, §§ 65. 67. Beilage, 5.—Regelsberger, §§ 85. 86.*

Корпорація прекращается съ прекращеніемъ ея необходимыхъ предположеній:

<sup>3</sup> 1. 1. § 1. 1. 8. D. h. t. 3, 4; 1. 9. D. r. r. hab. 46, 8.—<sup>4</sup> 1. 239. § 3. D. de v. s. 50, 16; 1. 1. 1. 18. D. de mun. 50, 4.—<sup>5</sup> 1. 4. D. de coll. 47. 22.—<sup>6</sup> 1. 3. 1. 4. D. h. t. 3, 4; 1. 2. 1. 3. D. de decr. 50, 9; 1. 45. C. de dec. 10, 31; 1. 160. § 1. D. de r. i. 50. 17.—<sup>7</sup> 1. 3. C. de vend reb. civ. 11, 31.



1. Если прекратится союзъ лицъ, вслѣдствіе ли смерти<sup>1</sup> или выбытія всѣхъ членовъ — смерть или выступленіе не всѣхъ членовъ не оказываетъ никакого вліянія на существованіе корпораціи (§ 35 № 2), — или вслѣдствіе ихъ рѣшенія о прекращеніи корпораціи; для такого рѣшенія требуется единогласіе, такъ какъ оно выходитъ за предѣлы внутреннихъ дѣлъ корпораціи; часто такъ же требуется и утвержденіе со стороны государства. Многіе юристы утверждаютъ, что корпорація продолжаетъ существовать, несмотря на смерть или выбытіе всѣхъ членовъ, если только можно ожидать, что осуществленіе цѣли корпораціи найдетъ новыхъ дѣятелей, — это положеніе прямо противорѣчитъ источникамъ<sup>2</sup>.

2. Если цѣль перестаетъ быть дозволенною вслѣдствіе того, что государство закономъ запрещаетъ извѣстные виды корпорацій<sup>3</sup>; но государство можетъ также упразднить и отдѣльную корпорацію въ интересахъ общественнаго блага<sup>4</sup>.

О судьбѣ корпораціоннаго имущества, оставшагося по удовлетвореніи вѣрителей, источники намъ ничего не сообщаютъ. По правильному мнѣнію, въ тѣхъ корпораціяхъ, члены которыхъ имѣли права на имущество корпораціи или его доходы, имущество дѣлится между членами; въ другихъ корпораціяхъ слѣдуетъ обращать вниманіе на то, послѣдовало ли предъ ихъ прекращеніемъ законное рѣшеніе о судьбѣ имущества, или нѣтъ; если такое рѣшеніе есть, то оно подлежитъ исполненію; въ противномъ случаѣ имущество, какъ *bonum vacans*, идетъ въ казну<sup>5</sup>.

### Е. § 35. Сравненіе корпораціи съ товариществомъ.

*Bekker*, § 67. *Beilage*, 2.

По внѣшнимъ признакамъ корпорація сходна съ товариществомъ: въ обоихъ случаяхъ нѣсколько лицъ соединяются для достиженія дозволенной цѣли; но между этими двумя институтами есть существенныя различія:

1. Цѣль товарищества никогда не можетъ быть вѣчною<sup>1</sup> и не продолжается дольше жизни одного товарища<sup>2</sup>; иначе въ корпораціи.

<sup>1</sup> I. 7. § 2. D. h. t. 3, 4. — <sup>2</sup> I. 7. § 2. D. h. t. 3, 4 и Reichsgewerbeordnung § 94. Abs. 6. — <sup>3</sup> cf. § 30. Nr. 7. — <sup>4</sup> I. 21. D. q. m. ususfr. 7, 4. — <sup>5</sup> cf. I. 5. i. i. C. de prag. 1. 11.

<sup>1</sup> I. 70. D. pro soc. 17, 2. — <sup>2</sup> I. 63. § 10. I. 65. § 9. D. pro soc. 17, 2.



2. Товарищество не допускаетъ переменъ членовъ, корпорація допускаетъ.

3. Товарищи имѣютъ свои пропорціональныя доли (*partes ratae*) въ общемъ имуществѣ, дѣлаются сами должниками и вѣрителями по сдѣлкамъ, заключеннымъ отъ имени товарищества; поэтому выстушающему товарищу должна быть выдана принадлежащая ему часть общаго имущества; иначе въ корпораціяхъ.

4. Товарищество не имѣетъ устава, поэтому юридическія сдѣлки могутъ быть предпринимаемы только единогласно всѣми *socii*<sup>3</sup> или повѣренными въ дѣлахъ, назначенными всѣми товарищами. Корпорація по большей части имѣетъ свой уставъ, который рѣшаетъ о правомочиі органовъ къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ; если нѣтъ устава, то дѣлать постановленія можетъ большинство, и эти постановленія имѣютъ обязательную силу для всей корпораціи.

#### IV. § 36. Учрежденія (*piae causae, pia corpora*).

t. Cod. I, 3: de episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis et brephotrophis et ptochotrophis.—*Vangerow*, § 60.—*Windscheid*, §§ 58—62.—*Brinz*, § 446.—*Bekker*, § 69. 112.—*Regelsberger*, §§ 87—93.

Начала корпораціи, изложенныя въ §§ 31 и сл., примѣняются и къ учрежденію, поскольку отсутствіе членовъ не влечетъ за собою отступленій.

1. Учрежденіе возникаетъ вслѣдствіе того, что кто-либо посвящаетъ извѣстное имущество путемъ распоряженія между живыми или на случай смерти для какой-либо дозволенной постоянной общепользой дѣли (дѣли богопочитанія, благотворительности, распространенія просвѣщенія). И въ этомъ случаѣ общераспространенное мнѣніе требуетъ еще надѣленія юридическаго лица правами со стороны государственной власти; но источники римскаго права о такомъ требованіи не упоминаютъ<sup>1</sup>; каноническое право для установленія благотворительныхъ учреждений, церквей и монастырей предписываетъ испрашивать дозволенія духовнаго учрежденія; за такимъ дозволеніемъ въ настоящее время слѣдуетъ обращаться къ государственному учрежденію, если только оно для извѣстныхъ учреждений не дано партикулярными законами разъ навсегда; но это дозволеніе отнюдь нельзя смѣшивать съ надѣленіемъ юридическаго лица правами.

<sup>1</sup> l. 35. l. 59. pr. l. 63. § 8. D. pro soc. 17, 2.—<sup>2</sup> l. 5. C. comm. div. 3, 37.—<sup>3</sup> l. 28. D. comm. div. 10, 3; l. 10. pr. D. de aqu. 39, 3; l. 1. l. 4. C. comm. reg. al. 4. 52.

<sup>1</sup> l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 35. l. 46. C. h. t. 1. 3. <sup>2</sup> c. 10. C. 18. qu 2; c. 4. X. de relig. dom. 3, 36.



2. Правоспособность учреждения ограничивается способностью къ имущественнымъ правамъ; оно имѣеть полную способность къ наслѣдственнымъ правамъ<sup>3</sup> и пользуется многими привилегіями. Спорно, можно ли установить въ завѣщаніи учрежденіе, и назначить его въ то же время наслѣдникомъ. Многіе отвергаютъ это на томъ основаніи, что наслѣдникомъ можетъ быть назначено только то лицо, которое уже существуетъ въ моментъ смерти наслѣдодателя (§ 390 пр. 16). Большинство новыхъ юристовъ рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно: цѣль, для которой посвящается имущество, существуетъ всегда, какъ вѣчная задача для человѣчества; и источники допускаютъ назначеніе наслѣдниками бѣдныхъ и плѣнниковъ, и назначенный капиталъ долженъ быть употребленъ въ пользу бѣдныхъ или плѣнныхъ<sup>4</sup>.

3. Учрежденіе можетъ совершать дѣйствія только чрезъ представителей (въ источникахъ: *xenodochi*, *ptochotrophi*, *nosocomi*, болѣе общее наименованіе *oeconomi*, *piagum causarum curatores*, *gubernatores*). Назначеніе и правомочія ихъ, а равно и право верховнаго надзора со стороны государственныхъ и церковныхъ властей<sup>5</sup> составляютъ существенную часть содержанія устава учрежденія; учредитель можетъ самъ предписать уставъ<sup>6</sup>, въ противномъ случаѣ учрежденіе управляется общественными властями<sup>7</sup>. Отчужденіе имущества, принадлежащаго учрежденію, подвержено значительнымъ ограниченіямъ<sup>8</sup>.

4. Учрежденіе прекращается, если цѣль перестаетъ быть дозволенною, а равно и въ томъ случаѣ, если въ данный моментъ не оказывается налицо никакого активнаго имущества, что можетъ произойти только вслѣдствіе конкурса. Имущество упраздненнаго учрежденія, оставшееся послѣ удовлетворенія вѣрителей, идетъ въ казну, какъ *bonum vacans*, если только учредитель не оставилъ на этотъ случай особыхъ распоряженій.

<sup>3</sup> l. 23. C. de ss. eccl. 1, 2; l. 24. l. 49. C. h. t. 1, 3.—<sup>4</sup> l. 24. l. 28. l. 49. C. h. t. 1, 3.—<sup>5</sup> l. 46. § 3. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 7. c. 10. c. 11.—<sup>6</sup> l. 46. § 3. C. h. t. 1, 3.—<sup>7</sup> l. 49. § 6. C. h. t. 1, 3; Nov. 131. c. 11.—<sup>8</sup> Nov. 120.



## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Вещи.

## Раздѣлъ первый.

## § 37. Понятіе и виды.

t. D. I, 8: de divisione rerum et qualitate.—t. I. П, 1: de rerum divisione.—*Göppert*, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen. 1871.—*Mandry*, Familiengüterrecht. T. 2. Стр. 31 и сл. 1876.—*Kuntze*, Excursus über R. R. Стр. 453 и сл. 2 Aufl. 1880.—*Vangerow*, §§ 61. 71.—*Windscheid*, §§ 42. 137. 138.—*Brinz*, §§ 124. 144.—*Bekker*, §§ 70. 71. 40—43.—*Regelsberger*, §§ 94—97.

Предметами права въ субъективномъ смыслѣ мы назвали въ § 16 лица и вещи; теперь мы займемся послѣдними.

Вещь (res) означаетъ вообще все то, что представляетъ собою извѣстное единство и имѣетъ имущественную цѣнность<sup>1</sup>. Вещи, понимаемая въ такомъ смыслѣ и принадлежащія лицу, составляютъ его *активное* имущество, *активъ* (bona)<sup>2</sup>; это активное имущество иногда отождествляется съ понятіемъ имущества вообще, но обыкновенно подъ имуществомъ разумѣютъ активъ и пассивъ, какъ нѣчто единое, или же остатокъ актива за вычетомъ пассива. Понятіе вещи въ приведенномъ широкомъ смыслѣ въ правѣ мало употребительно; обыкновенно мы имѣемъ дѣло съ однимъ только видомъ вещей; а именно, вещь бываетъ тѣлесная или безтѣлесная.

1. Тѣлесная вещь, res corporalis. Легальное опредѣленіе<sup>3</sup> гласить: corporales haec sunt, quae tangi possunt; лучше опредѣлять *тѣлесную вещь, какъ ограниченную въ пространство часть природы, необладающую волею* (или фиктивно лишешнюю воли—необходимо добавить въ римскомъ правѣ по поводу института рабства). Тѣлесная вещь бываетъ<sup>4</sup> (по ученію стоиковъ, принятому римскими юристами) или простая, въ которой нельзя различить самостоятельныхъ частей (напр., камень, бревно; въ источникахъ: unitum, ἕνωμένον, у новыхъ юр.—простая вещь), или составленная изъ частей, изъ которыхъ каждая можетъ служить объектомъ особаго права (напр., домъ, корабль, шкафъ; въ источникахъ: connexum, συνυμμένον, universitas, у новыхъ—universitas rerum cohaerentium,

<sup>1</sup> cf. l. 23. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 49. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 1. l. de reb. corp. 2, 2.—<sup>4</sup> l. 30. pr. D. de usuc. 41, 3.



составная вещь). Но и совокупность самостоятельных вещей, из которых каждая сама по себѣ есть объектъ права, часто понимается и обсуждается какъ одно цѣлое<sup>5</sup> (стадо животныхъ, нитка жемчугу, колода картъ; въ источникахъ — *universitas*, у новыхъ — *univ. rerum distantium, hominis, facti*, совокупность вещей, собирательная вещь). Примѣненіе юридическаго значенія составныхъ и собирательныхъ вещей ср. ниже §§ 115. 129.

2. Безтѣлесная вещь, *res incorporalis*; по легальному опредѣленію<sup>6</sup>: *incorporales sunt, quae tangi non possunt*. Сюда относятся всѣ права, будутъ ли они вещныя (однако источники никогда не причисляютъ сюда права собственности, а вмѣсто этого права говорятъ о его тѣлесномъ объектѣ)<sup>7</sup>, или обязательственныя, или семейственныя; сюда же принадлежитъ и наследственное право, т.-е. право приобрѣсть имущество, оставшееся послѣ умершаго, путемъ принятія (наследственное право въ субъективномъ смыслѣ, § 387).—Безтѣлесныя вещи рѣдко служатъ объектами права (именно: въ случаѣ *ususfructus nominis, pignus nominis, pignus ususfructus, in iure cessio hereditatis*); поэтому подъ *res* (просто вещью) разумѣютъ только тѣлесную вещь<sup>7а</sup>.

Часто совокупность вещей (тѣлесныхъ или безтѣлесныхъ, или тѣхъ и другихъ) вмѣстѣ съ принадлежащими къ нимъ долгами разсматривается, какъ одно цѣлое, какъ одна вещь; имущество живущаго, наследство, оставшееся послѣ умершаго (*hereditas* въ объективномъ смыслѣ, § 387), *dos, peculium*<sup>8</sup> (въ источникахъ *universitas*, у новыхъ *universitas iuris*). Единство *universitatis iuris* ясное всего выражается въ томъ, что она отыскивается однимъ искомъ: существуетъ *hereditatis petitio, rei uxoriae actio, actio de peculio* (§§ 221. 337. 430).

<sup>5</sup> 1. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1; § 18. I. de leg. 2, 20; 1. 1. § 3. I. 3. pr. 1. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1; 1. 13. pr. 1. 34. pr. D. de pign. 20, 1; 1. 30. § 2. D. de usuc. 41, 3.—<sup>6</sup> 1. 1. § 1. D. h. t. 1, 8; § 2. I. h. t. 2, 1.—<sup>7</sup> fr. Vat. § 92; 1. 13. § 1 D. de damno inf. 39, 2; 1. 3. C. de quadr. praescr. 7, 37; 1. 18. § 2. D. de h. p. 5, 3 —<sup>7а</sup> 1. 15. l. 204. D. de r. i. 50, 17. <sup>8</sup> 1. 20. § 10. D. de h. p. 5, 3; 1. 1. § 4. D. de dote prael. 33, 4; 1. 119. l. 208. D. de v. s. 50, 16; 1. 40. D. de pec. 15, 1.



## Раздѣлъ второй.

Различія тѣлесныхъ вещей, имѣющія юридическое значеніе.

## I. § 38. Недвижимость и движимость.

*Vangerow*, § 62.—*Windscheid*, § 139.—*Baron*, § 66.—*Bekker*, § 72.—*Regelsberger*, § 98.

Тѣлесныя вещи бываютъ или недвижимыя, или движимыя, т.-е. *неспособныя къ перемѣщенію безъ поврежденія или способныя*; къ первымъ иногда примѣняются иныя начала, чѣмъ ко вторымъ (ср. § 142. 163. 176. 183. 334. 378).

1. Недвижимы (*res immobiles*) участки (*solum, res soli, fundi, praedia*<sup>1</sup>) и все то, что съ ними естественно или искусственно соединено такъ, что не можетъ быть отдѣлено безъ поврежденія сущности (*substantia*) или формы, т.-е. растенія<sup>2</sup> и строенія<sup>3</sup>, находящіяся на поверхности участка (*ager*—въ деревнѣ, *agera*—въ городѣ). Составныя части участка или строенія, будучи окончательно отдѣлены отъ него (*ruta caesa, eruta et caesa*, напр., песокъ, мѣлъ, деревья, каменный уголь), лишаются свойства недвижимыхъ вещей<sup>4</sup>.—Участки распадаются по своему *хозяйственному назначенію* (а не по положенію) на городскіе и сельскіе; городскіе (*praedia urbana*) предназначены для жилья или удобства (напр., сады); сельскіе служатъ для извлеченія естественныхъ плодовъ (*praed. rustica*; но если они лежатъ въ округѣ города—*pr. suburbana*<sup>5</sup>).

2. Движимыя вещи (*res mobiles*). Между ними слѣдуетъ особо отмѣтить тѣ, которыя приходятъ въ движеніе собственной силою (*res se moventes, animalia*), т.-е. рабовъ и животныхъ<sup>6</sup>. Животныя называются дикими (*bestiae, ferae bestiae*), когда они находятся въ состояніи естественной свободы; имъ противопоставляются животныя прирученныя (*mansuetae, mansuefactae*) и ручныя (*mansuetae*).

<sup>1</sup> l. 115. l. 211. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 3. l. 8. § 15. D. de vi 43, 16.—<sup>2</sup> l. 40. D. de a. e. v. 19, 1; l. 44. D. de r. v. 6, 1; § 31. sq. I. de r. d. 2, 1.—<sup>3</sup> l. 50. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 7. § 10. D. de a. r. d. 41, 1; l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 49. pr. D. de r. v. 6, 1; l. 20. § 2. D. de s. p. u. 8, 2.—<sup>4</sup> l. 241. D. de v. s. 50, 16; l. 66. § 2. D. de c. e. 18, 1; l. 17. § 6. l. 18. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>5</sup> l. 198. l. 166. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 1. pr. D. comm. pr. 8, 4; l. 16. C. de praed. et. al. reb. min. 5 71.—<sup>6</sup> l. 93. D. de v. s. 50, 16.



## II. § 39. ДѢЛИМОСТЬ И НЕДѢЛИМОСТЬ.

*Steinlechner*, das Wesen der iuris communio und quasi communio. 1876. 1878.—*Rümelin*, die Theilung der Rechte. 1883.—*Scheurl*, Theilbarkeit von Rechten. 1884.—*Vangerow*, § 70.—*Windscheid*, § 142.—*Bekker*, §§ 72. 32.—*Regelsberger*, § 101.

1. Юридически дѣлима та вещь, которая можетъ быть разложена на части безъ разрушенія ея сущности (substantia) и пониженія цѣнности<sup>1</sup>. Таковы всѣ участки<sup>2</sup>; изъ движимыхъ вещей сюда относятся только тѣ, которыя обыкновенно опредѣляются мѣрою и вѣсомъ. Изъ тѣхъ, которыя опредѣляются числомъ, дѣлимы только тѣ вещи, для разложенія которыхъ не нужно прибѣгать къ ломкѣ<sup>3</sup>. Совокупности вещей (собирабельныя вещи) бываютъ то дѣлимы (напр., стадо), то недѣлимы (напр., четверка лошадей). Составныя вещи не могутъ разлагаться на части, но эти части тѣмъ не менѣе могутъ подлежать особымъ правоотношеніямъ, независимымъ отъ цѣлаго (§§ 129. 139). Части юридически дѣлимой вещи называются partes pro diviso, реальными частями.

2. Рядомъ съ partes pro diviso источники говорятъ о partes pro indiviso<sup>4</sup>, называемыхъ въ настоящее время интеллектуальными частями. Понятіе ихъ спорно. Господствующее мнѣніе разумѣетъ подъ ними части раздѣленнаго между нѣсколькими лицами права на вещь и различаетъ права дѣлимая (собственность, узуфруктъ, эмфитевзисъ, суперфицій, закладное право, дѣлимая обязательства, наследственное право) и недѣлимая (usus, вещные сервитуты, недѣлимая обязательства). По второму мнѣнію, интеллектуальныя части суть части вещи, но не дѣйствительныя, а лишь мыслимыя, или иначе говоря, части по отношенію къ цѣнности вещи; по общему правилу правоотношенія могутъ касаться какъ мыслимыхъ частей, такъ и цѣлой вещи, но нѣкоторыя правоотношенія относятся только къ цѣлой вещи (usus, вещные сервитуты и недѣлимая обязательства).—Только второе мнѣніе согласно съ выраженіями источниковъ<sup>5</sup>. Впрочемъ, это разногласіе не имѣетъ практическаго значенія.

<sup>1</sup> l. 26. § 2. D. de leg. 1. (30); l. 35. § 3. D. de r. v. 6. 1; l. 34. § 2. C. de don. 8, 53; § 5. I. de off. iud., 4, 17; l. 31. § 6. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>2</sup> l. 8. D. de r. v. 6, 1; l. 6. § 1. D. comm. pr. 8, 4; l. 19. D. comm. div. 10, 3; l. 83. D. pro soc. 17, 2.—<sup>3</sup> l. 54. pr. l. 117. D. de v. o. 45, 1; l. 29. i. f. D. de sol. 46, 3.—<sup>4</sup> l. 25. § 1. D. de v. s. 50, 16.—<sup>5</sup> l. 5. pr. D. de stip. s. 45, 3; l. 25. D. quib. m. ususfr. 7, 4; l. 5. § 15. D. comm. 13, 6; l. 66. § 2. D. de leg. 2. (31); l. 64. § 4. D. de ev. 21, 2.



Примѣненіе понятія дѣлимости и недѣлимости см. ниже въ §§ 115. 129. 244.

### III. § 40. Заменяемость и индивидуальная определенность.

*Vangerow*, § 68.—*Windscheid*, § 141.—*Baron*, § 66.—*Bekker*, § 72. 75.—*Regelsberger*, § 99.

Если вещи дѣлаются предметомъ обязательствъ, то ихъ опредѣляютъ, или называя индивидуально (напр., *fundus Tusculanus*, *homo Stichus*<sup>1</sup>), или указывая родъ, къ которому онѣ принадлежатъ (*fundus sine propria appellatione*, *homo generaliter sine proprio nomine*<sup>2</sup>). Къ первому способу опредѣленія относится выраженіе *species*, *certum corpus*, *corpus*, индивидуально опредѣленная вещь; ко второму способу опредѣленія—выраженіе *genus*, вещь, опредѣленная родовымъ образомъ<sup>3</sup>. Второй способъ опредѣленія употребляется въ особенности для тѣхъ вещей, которыя обыкновенно измѣряются вѣсомъ, счетомъ, мѣрою (*aurei decem*, *tritici Africi optimi modii centum*, *vini Campani optimi amphorae centum*<sup>4</sup>); въ такихъ вещахъ важна не индивидуальность, а количество и качество; опредѣленное количество опредѣленного качества обладаетъ тою же цѣнностью, что и другое равное количество такого же качества, и поэтому одно можетъ быть замѣнено другимъ. Такія вещи называются въ источникахъ *res quae in genere suo functionem recipiunt*, *res quae numero pondere mensura consistunt*<sup>5</sup>, у насъ—замѣнимыми вещами, *res fungibiles*, количествами. Важнѣйшій видъ замѣнимой вещи—деньги.

Уже мы замѣтили, что изложенное дѣленіе имѣетъ значеніе только для обязательствъ; предметомъ владѣнія и вещныхъ правъ могутъ быть только вещи, индивидуально опредѣленные, стало быть, замѣнимыя вещи могутъ служить объектами этихъ правъ только въ томъ случаѣ, если онѣ опредѣлены индивидуально; но и предметомъ обязательства можетъ быть замѣнимая вещь, опредѣленная индивидуально (напр., *stipulatio o vinum, oleum, triticum, quod in horreo est*<sup>6</sup>).

<sup>1</sup> l. 74. D. de v. o. 45, 1.—<sup>2</sup> l. 75. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>3</sup> l. 54. pr. l. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; l. 30. pr. l. 34. §§ 3. 4. l. 51. D. de leg. 1. (30).—<sup>4</sup> l. 74. l. 75. § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>5</sup> l. 2. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 42. D. de i. d. 23, 3; l. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; l. 1. § 2. D. de o. et. a. 44, 7; l. 1. § 7. D. ad. l. Falc. 35, 2; pr. l. qu. m. re 3, 14.—<sup>6</sup> l. 75. § 5. D. de v. o. 45, 1.



## IV. § 41. Употребляемость, потребимость, производительность.

*Heimbach*, die Lehre von der Frucht. 1843.—*Göppert*, über die organischen Erzeugnisse.—*Vangerow*, § 75.—*Windscheid*, §§ 140. 144.—*Bekker*, §§ 72. 73.—*Regelsberger*, §§ 100. 103.

Будучи годными для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, вещи приносятъ извѣстную пользу (*fructus* въ обширномъ смыслѣ<sup>1</sup>). Польза отъ разныхъ вещей бываетъ различная; она состоитъ по большей части:

1. Или въ томъ, что вещь употребляется, ею пользуются;

2. Или въ томъ, что вещь потребляется, т.-е. въ томъ, что при исполненіи назначенія тѣло вещи тотчасъ уничтожается (*res quae usu consumuntur s. tolluntur, quae in abusu sunt*<sup>2</sup>, потребляемыя вещи, такъ наз. *res consumptibiles*). Сюда же причисляютъ и деньги, потому что ихъ издерживаніе съ точки зрѣнія того, кому онѣ принадлежатъ, равно потребленію<sup>3</sup>. Съ потребляемыми сходны тѣ вещи, которыя, хотя не уничтожаются вполне отъ употребленія, однако значительно страдаютъ, наприм., одежда (*res quae usu minuuntur, изнашиваемыя вещи*<sup>4</sup>). Не надо смѣшивать потребляемыхъ вещей съ замѣнимыми: потребляемыя вещи обыкновенно замѣнимы, но не наоборотъ.

3. Или польза состоитъ въ томъ, что вещь органически производитъ новыя вещи. Тѣ органическія произведенія, которыя даетъ вещь согласно своему назначенію, и которыя, следовательно, составляютъ доходъ отъ вещи (*Ertrag der Sache*)<sup>5</sup>, называются *fructus* въ тѣсномъ смыслѣ, плодами (у новыхъ также—*fructus naturales*, естественными плодами<sup>6</sup>). Поэтому, къ плодамъ относится приплодъ отъ животныхъ (но не относится навозъ, шкура и мясо палаго скота, а также дитя рабыни<sup>7</sup>), тѣ деревья, которыя срубаются согласно началамъ правильнаго лѣсного хозяйства<sup>8</sup> (но сюда не относится буреломъ<sup>9</sup> и тѣ деревья, которыя растутъ на пашнѣ, на лугу или въ паркѣ, развѣ что они из-

<sup>1</sup> l. 19. § 1. l. 49. D. de us. 22, 1.—<sup>2</sup> l. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. de usufr. ear. r. 7, 5; § 2. I. de usufr. 2, 4.—<sup>3</sup> § 2. I. de usufr. 2, 4; l. 11. § 2. l. 13. D. de r. c. 12, 1; l. 32. D. de min. 4, 4.—<sup>4</sup> l. 1. D. de usufr. ear. r. 7, 5.—<sup>5</sup> l. 77. D. de v. s. 50, 16.—<sup>6</sup> t. D. 22, 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; t. C. 7, 51: de fructibus et litis expensis.—<sup>7</sup> l. 27. pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 68. pr. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 30. D. quemadmod. usufr. 7, 4; l. 12. § 2. D. de usu 7, 8; l. 28. D. h. t. 22, 1.—<sup>8</sup> l. 9. § 7. D. de usufr. 7, 1; l. 22. pr. D. de usu 7, 8; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>9</sup> l. 12. pr. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3.



сохли<sup>10</sup>).— Для различныхъ моментовъ извлеченія плодовъ существуютъ особыя наименованія: *fr. pendentes s. stantes*—для плодовъ, еще соединенныхъ съ главною вещью; *fr. separati*—для отдѣленныхъ отъ нея; *fr. percipi s. apprehensi*—для тѣхъ, которые кто-либо уже собралъ и взялъ во владѣнiе (но въ источникахъ *fr. percipi* часто употребляется вмѣсто *fr. separati*<sup>11</sup>); *fructus qui percipi potuerunt*, у новыхъ *fr. percipiendi*—для плодовъ, которые могли бы быть получены, если бы возможность ихъ полученія не была упущена или пренебрежена. Если плоды находятся еще у того, кто ихъ извлекъ, то они носятъ наименование *fr. exstantes*, наличные плоды; если ихъ уже нѣтъ налицо, потому что извлекшій потребилъ ихъ, отчудилъ и т. п., то они называются *fr. consumti*, у новыхъ неточно—потребленные плоды. Смотри по тому, производятся ли плоды одними силами природы или влѣдствiе содѣйствiя со стороны человѣка, новые юр. различаютъ *fr. mere naturales* и *industriales* (чистоестественные и индустриальные плоды).—Къ исчисленнымъ естественнымъ плодамъ приравняются другiе виды дохода отъ вещей (въ источникахъ—*loco fructuum, pro fructibus*<sup>11a</sup>, у новыхъ—*fr. civiles*, гражданскiе, юридическiе плоды); сюда относятся:

а. добыча изъ рудниковъ, каменоломень и т. п.<sup>12</sup>. Это начало очень сомнительно относительно тѣхъ ископаемыхъ, которыя не возобновляются (это обыкновенный случай); оно даетъ возможность тому лицу, которое получило такую вещь въ *узупфруктъ* или въ *dos*, производить эксплуатацію въ ущербъ другимъ лицамъ, чему едва ли можетъ достаточно противодѣйствовать обязанность соблюденія *diligentia patrisfamilias* или *quam in suis*; поэтому одно мѣсто<sup>13</sup> не признаетъ за невозобновляющимися минералами свойствъ плодовъ;

б. дичь на охотничьихъ участкахъ<sup>14</sup>;

с. вознагражденiе за то, что кто-либо даетъ вещь для пользованiя другому или самъ не пользуется, потому что другой не предоставляетъ ему этого пользованiя. Это вознагражденiе назы-

<sup>10</sup> 1. 10. l. 11. l. 18 D. de usufr. 7, 1.—<sup>11</sup> Ср., напр., l. 25. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 4. § 2. D. fin. reg. 10. 1.—<sup>11a</sup> l. 34. l. 36. D. de usur. 22, 1.—<sup>12</sup> l. 77 D. de v. s. 50, 16; l. 7. § 14. D. sol. matr. 24, 3; l. 9. §§ 2. 3. l. 13. § 5. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de fund. dot. 23, 5.—<sup>13</sup> l. 7. § 13. D. sol. matr. 24, 3; ср. еще l. 32. D. de i. d. 23, 3.—<sup>14</sup> l. 9. § 5. l. 62. D. de usufr. 7, 1; l. 26. D. h. t. 22, 1.



вается—арендною или наемною платою, если вещь не есть *res fungibilis*<sup>15</sup>, въ противномъ случаѣ—процентами (*usurae*, рѣже *foenus*<sup>16</sup>). На процентахъ необходимо остановиться подробнѣе.

### Въ частности о процентахъ.

#### А. § 42. Понятіе и возникновение.

t. D. XXII, 1: de usuris et fructibus. t. C. IV, 32: de usuris. — Savigny, §§ 268—271. — Vangerow, § 76. — Windscheid, § 259. — Brinz, § 308.

*Проценты (foenus, usurae) есть вознагражденіе, которое принадлежит лицу за предоставленное имъ пользованіе извѣстнымъ количествомъ замѣнимыхъ вещей или за лишеніе его такою пользованія, и которое состоитъ въ извѣстной долѣ однородныхъ вещей.* Обязанность платить проценты всегда предполагаетъ капиталъ (*sors, caput*), обыкновенно деньги<sup>1</sup>; но наличность капитала сама собою не производитъ еще обязанности платить проценты; эта обязанность требуетъ особаго основанія. Такимъ основаніемъ можетъ служить *юридическая сдѣлка* или *предписаніе закона*. Поэтому различаютъ *usurae ex obligatione* и *usurae officio iudicis*.

**I. Юридическая сдѣлка** чаще всего бываетъ договоромъ должника съ вѣрителемъ: у Римлянъ въ случаѣ займа денегъ—*stipulatio*<sup>2</sup>, а въ случаѣ *resunia traiecticia*<sup>2a</sup>, займа другихъ вещей (напр., хлѣба)<sup>3</sup> и въ случаѣ *bonae fidei negotia*—*actum adiectum*<sup>4</sup>, въ настоящее время—всегда неформальный договоръ (§ 213); обязанность платить проценты можетъ также возникнуть путемъ отказа, оставленнаго должникомъ въ пользу вѣрителя<sup>5</sup>. Проценты изъ юридической сдѣлки называются *usurae ex obligatione* и могутъ составлять особый, отдѣльный отъ капитала, предметъ искового требованія<sup>6</sup>.

#### II. По закону проценты обязанъ платить:

1. Находящійся *in mora* (въ проволочкѣ) платежа денежнаго долга, вытекающаго изъ *bonae fidei negotium* (§ 94)<sup>7</sup>, въ настоя-

<sup>15</sup> l. 36. D. h. t. 22, 1; l. 29. D. de her. pet. 5. 3.—<sup>16</sup> l. 34. D. h. t. 22, 1; l. 29. § 2. D. de aed. ed. 21, 1; cf. l. 121. D. de v. s. 50, 16.

<sup>1</sup> l. 121. D. de v. s. 50, 16; l. 23. i. 26. § 1. C. h. t. 4, 32.—<sup>2</sup> l. 3. C. h. t. 4, 32; l. 24. D. de pr. v. 19, 5; искл.: l. 30. D. h. t. 22, 1.—<sup>2a</sup> l. 5. § 1. l. 7. D. de naut. foen. 22, 2; Nov. 137. c. 4.—<sup>3</sup> l. 12. C. de usur. 4, 32.—

<sup>4</sup> l. 24. i. f. l. 26. § 1. D. dep. 16, 3; l. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54.—<sup>5</sup> l. 3. § 6. D. de ann. leg. 33, 1.—<sup>6</sup> l. 75. § 9. D. de v. o. 45, 1; l. 23. D. de exc. rei iud. 44, 2; l. 1. C. de iud. 3, 1.—<sup>7</sup> l. 32. § 2. D. h. t. 22, 1.



щее время—находящійся in тога платежа какого бы то ни было обязательства.

2. Обратившій безправно чужія деньги въ собственную пользу или оставившій ихъ безъ выгоднаго помѣщенія вопреки своей обязанности опекуна, управителя и т. п. <sup>11</sup>).

3. То лицо, управляющій котораго сдѣлалъ затраты изъ собственныхъ средствъ <sup>12</sup>.

4. Покупщикъ, который долженъ цѣну вещи,—съ момента передачи ему предмета купли <sup>13</sup> (§ 287 пр. 2).

5. Тотъ, кто оставилъ неисполненнымъ обѣщаніе приданого, несмотря на истечение двухъ лѣтъ послѣ заключенія брака <sup>14</sup> (§ 332 sub 2).

6. Мужъ, который въ продолженіе года послѣ прекращенія брака не возвращаетъ дotalнаго движимаго и безтѣлеснаго имущества тому, кому онъ долженъ отдать dos <sup>15</sup> (§ 342 sub 2).

7. Тотъ, кто, будучи обязанъ выдать отказъ церкви или благотворительному учрежденію, не уплачиваетъ его въ продолженіе шести мѣсяцевъ послѣ объявленія послѣдней воли умершаго <sup>16</sup> (§ 444 пр. 6); а равно и то лицо, на которое послѣднею волею возложена обязанность соорудить въ пользу городской общины какое-либо архитектурное или художественное произведеніе, и которое не придерживается назначеннаго для этого срока <sup>17</sup>.

8. По римскому праву, также тотъ, кто присужденъ къ уплатѣ известной суммы; обыкновенно ему дается для уплаты четырехмѣсячный срокъ (*tempus iudicati*), въ продолженіе котораго проценты не нарастаютъ, но по истеченіи котораго онъ обязанъ платить двѣнадцать процентовъ съ суммы *condemnatio* <sup>18</sup> (*usurae rei iudicatae*); эта норма на практикѣ не соблюдалась, а вводный законъ къ уставу имперскаго гражданскаго судопроизводства § 14 прямо ее отмѣнилъ.

9. Такъ наз. процессуальные проценты (§ 95 sub II b).

Новые юр. называютъ случаи 1. 2. *usurae punitoriae*, 3—9

<sup>8</sup> l. 17. §§ 5. 6. l. 43. D. h. t. 22, 1; l. 3. C. in. qu. c. in. int. 2, 41; l. 87. § 1. D. de leg. 2 (31).—<sup>9</sup> l. 9. D. de mag. conv. 27, 8.—<sup>10</sup> l. 17. § 5. D. h. t. 22, 1; l. 22. D. de don. 39, 5.—<sup>11</sup> l. 17. § 7. D. h. t. 22, 1; l. 19. § 4. D. de neg. gest. 3, 5; l. 7. § 3. l. 15. D. de adm. 26, 7; l. 1. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 10. § 3. D. mand. 17, 1; l. 7. §§ 10—12. D. de adm. 26, 7.—<sup>12</sup> l. 12. § 9. D. mand. 17, 1; l. 19. § 4. D. de neg. gest. 3, 5; l. 37. D. h. t. 22, 1; l. 18. C. de neg. gest. 2, 19; l. 3. §§ 1. 4. D. de contr. tut. 27, 4; l. 67. § 2. l. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2.—<sup>13</sup> l. 13. §§ 20—21. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. eod. 4, 49.—<sup>14</sup> l. 31. § 2. C. de i. d. 5, 12.—<sup>15</sup> l. un. § 1. C. de r. u. a. 5, 13.—<sup>16</sup> Nov. 131. c. 12.—<sup>17</sup> l. 17. § 8. D. h. t. 22, 1.—<sup>18</sup> ll. 1—3. C. de us. r. i. 7, 54; l. 13. C. h. t. 4, 32.



*usurae legales*; источникамъ эти названія чужды; въ нихъ находится общее наименованіе для всѣхъ случаевъ 1—9 *usurae quae officio iudicis praestantur*<sup>19</sup>. Это—указаніе на то обстоятельство, что такіе проценты не могутъ быть самостоятельнымъ предметомъ искового требованія; послѣднее всегда должно быть соединено съ требованіемъ капитала; стало быть, если вѣритель принялъ одинъ капиталъ, или судья, обойдя проценты, приговорилъ должника лишь къ уплатѣ капитала, то обязанность уплатить проценты прекращается<sup>20</sup> (спорно, см. § 95 пр. 9<sup>a</sup>).

Прежніе юристы часто утверждали, что если кто долгое время платитъ проценты безъ всякаго основанія, то по давности онъ обязывается и къ дальнѣйшему ихъ уплачиванію; это положеніе нынѣ всѣми отвергается: по тому мѣсту источниковъ, на которомъ оно было основываемо<sup>21</sup>, продолжительный платежъ процентовъ только служитъ доказательствомъ, что уплачивающій былъ обязанъ дѣлать это на основаніи какой-либо юридической сдѣлки; это предположеніе можно всегда опровергнуть доказательствомъ противнаго.

### В. § 43. Ограниченія процентовъ.

*Vangerow*, §§ 77—79.—*Windscheid*, §§ 260. 261.—*Brinz*, § 308.—*Baron*, § 110 кон. § 122.

Чтобы предотвратить угнетеніе должниковъ со стороны вѣрителей, взиманіе процентовъ дозволено у всѣхъ народовъ лишь съ извѣстными ограниченіями. Римское законодательство предписало законную мѣру процентовъ, установило *maximum* для накопленія неуплаченныхъ и запретило анатоцизмъ и вычетъ впередъ процентовъ.

1. *Законная мѣра процентовъ*. Римское законодательство въ этомъ отношеніи нѣсколько разъ измѣняло свои постановленія; право Юстиніана предписываетъ слѣдующее:

а. *Мѣра процентовъ изъ юридической сдѣлки* зависитъ отъ воли сторонъ, лишь бы только не переступать извѣстнаго максимума (*usurae legitimae, maximae*); этотъ крайній предѣлъ составляетъ по общему правилу 6 процентовъ (*usurae semisses*), при *foenus nauticum* (*usurae centesimae*, § 216)—12 процентовъ,

<sup>19</sup> l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 54. pr. D. loc. 19, 2; l. 58. pr. D. ad. set. Treb. 36, 1.—<sup>20</sup> l. 49. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 4. C. dep. 4, 34; l. 13. C. h. t. 4, 32.—<sup>21</sup> l. 6. pr. D. h. t. 22, 1.



по займамъ другимъ кромѣ денежнаго— $1\frac{1}{2}$  пр.; купцы могутъ брать 8 пр. (us. besses), лица, которыя принадлежатъ къ illustres—лишь 4 пр. (us. trientes); отъ крестьянъ нельзя брать больше  $4\frac{1}{6}$  пр.<sup>1</sup>.

б. Мѣра процентовъ по закону зависитъ отъ мѣстнаго обычая<sup>2</sup>, но по общему правилу она не должна превышать 6-ти процентовъ<sup>3</sup>; для нѣкоторыхъ случаевъ существуютъ спеціальныя постановленія, по которымъ слѣдуетъ взимать иногда шестипроцентный максимумъ (не обращая вниманія на мѣстные обычаи), иногда больше, иногда меньше этого. Шесть процентовъ обязаны платить должники казны, добровольно ведущій чужія дѣла, опекуны и городской магистратъ, употребившіе въ свою пользу деньги хозяина дѣла, подопечнаго, городской общины<sup>4</sup>; двѣнадцать процентовъ уплачивается въ случаѣ us. rei. iudicatae (теперь не практикуется, ср. § 42 sub II. 8).

Вопреки праву Юстиніана каноническое право<sup>7</sup> на основаніи моисеева законодательства<sup>8</sup> запретило вообще всякое взиманіе процентовъ. Но постояннымъ и неоднократно признаннымъ въ имперскомъ законодательствѣ обычаемъ это предписаніе каноническаго права было устранено, а введена мѣра пяти процентовъ, какъ высшій предѣлъ взиманія, дозволенный закономъ; для foenus nauticum мѣра процентовъ была не ограничена. По имперскому закону о процентахъ 14-го ноября 1867 г. и по баварскому закону 5-го декабря 1867 г., мѣра процентовъ опредѣляется свободнымъ соглашеніемъ; стало быть, мѣра процентовъ, возникающихъ изъ юридической сдѣлки, вполнѣ не ограничена. Однако, по имперскому закону о ростовщикахъ (Reichs-Wuchergesetz) 24-го мая 1880 г. и дополнительному закону о ростовщикахъ 19 июня 1893 г., поразительное превышеніе обыкновенной мѣры процентовъ, соединенное съ эксплуатацией нужды, легкомыслія или неопытности должника, подвергается наказанію въ качествѣ ростовщичества въ случаяхъ: займа, отсрочки какого-либо денежнаго долга (напр., покупной цѣны) или иной двусторонней сдѣлки, служащей тѣмъ же хозяйственнымъ цѣлямъ, (напр., продажа съ условіемъ обратной продажи, цессія срочнаго денежнаго долга); ростовщическій договоръ (не только договоръ о процентахъ, но и главный) не дѣйствителенъ, и указанное ниже (пр. 16) опредѣленіе римскаго права сюда не примѣняется, но каждому контрагенту принадлежить право требовать возврата уплаченнаго. Къ изложенному кредитному ростов-

<sup>1</sup> l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32; Nov. 34; l. ult. C. de fisc. us. 10. 8. —<sup>2</sup> l. 1. pr. l. 37. D. h. t. 22, 1; l. 10. § 3. D. mand. 17, 1; l. 39. § 1. D. de leg. 1 (30). —<sup>3</sup> l. 26. C. h. t. 4, 32. —<sup>4</sup> l. 17. § 6. D. h. t. 22, 1; l. 38. D. de neg. gest. 3, 5; l. 7. §§ 4 10. l. 54. D. de adm. 26, 7; l. 1. C. de us. pup. 5, 56. —<sup>5</sup> l. 2. C. de us. r. i. 7, 54; l. 4. C. de aed. pr. 8, 54. —<sup>6</sup> l. 31. § 2. C. de i. d. 5, 12; l. un. § 7. C. de r. u. a. 5, 13; Nov. 22 c. 44. § 4; l. 12. C. de pet. her. 3, 31. —<sup>7</sup> C. 14. qu. 4—6; t. X. 5, 19; t. in VI. 5, 5; Cl. 5, 5. —<sup>8</sup> Mos. II. 22. Ст. 25. III. 25. Ст. 35—37. Ст. 23. Ст. 19. 20. —<sup>9</sup> RPO. v. 1577. T. 17. § 9. T. 20. § 6; RDA. v. 1600. § 139; IRA. § 174.



щичеству приравняется такъ назыв. вещественное ростовщичество (*Sachwucher*), т.-е. тотъ случай, если кто по какой-либо двусторонней сдѣлкѣ профессиональнымъ или обычнымъ образомъ, пользуясь нуждою, легкомысліемъ или неопытностью другого, выговариваетъ въ свою пользу такія имущественныя выгоды, которыя находятся въ поразительномъ несоответствіи съ цѣнностью того, что онъ съ своей стороны даетъ другой сторонѣ (ср. § 286 пр. 23. 24).

2. *Неуплаченные проценты* не должны превышать суммы капитала; если они достигаютъ этого предѣла, то дальнѣйшее нарастаніе процентовъ прекращается<sup>10</sup>. Это обыкновенно выражаютъ такъ: проценты не нарастаютъ *ultra alterum tantum, ultra duplum*. Это положеніе римскаго права не отмѣнено прямо имперскимъ закономъ 14 ноября 1867 г., но нѣкоторые утверждаютъ, что оно отмѣнено этимъ закономъ косвенно (молчаливо).

3. *Anatocismus*, или проценты на проценты, запрещается<sup>11</sup>; поэтому неуплаченные проценты не должны ни причисляться къ капиталу (такъ наз. *anatocismus coniunctus*), ни обращаться въ отдѣльный капиталъ, несущій проценты (такъ наз. *anatoc. disiunctus s. separatus*). Но обязанность платить проценты можетъ возникнуть влѣдствіе того, что кто-либо въ качествѣ управителя чужого имущества принялъ проценты или издержалъ ихъ<sup>12</sup>; ибо запрещеніе анатоцизма имѣетъ тотъ смыслъ что *неуплаченные проценты не должны опять давать процентовъ*. Запрещеніе анатоцизма упомянутымъ имперскимъ закономъ 1867 г. § 4 не отмѣнено.

4. Вычетъ, удержаніе процентовъ при выдачѣ займа также запрещается римскимъ правомъ; въ случаѣ нарушенія только остатокъ считается дѣйствительно занятымъ<sup>13</sup>. Это опредѣленіе р. пр. противорѣчитъ духу упомянутаго выше имперскаго закона 1867 г. и поэтому должно быть признано устранимымъ.

Нарушеніе означенныхъ началъ, будетъ ли оно явнымъ или скрытымъ (*in fraudem legis*<sup>14</sup>), признается ростовщичествомъ (*usuraria pravitas*); если должникъ обѣщалъ платить недозволенные проценты, то вѣритель не пріобрѣтаетъ противъ него никакого права требованія<sup>15</sup>; если онъ ихъ уже уплатилъ, то они счита-

<sup>10</sup> l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 10. l. 27. § 1. C. h. t. 4, 32; cf. l. 29. l. 30. C. h. t. 4, 32 (*leges restitutae*); Nov. 121. c. 2; Nov. 138; Nov. 160 (всѣ негlossированы).—<sup>11</sup> l. 28. C. h. t. 4, 32; l. 3. pr. C. de us. r. i. 7, 54; cf. l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 27. D. de re iud. 42, 1; l. 20. C. ex qu. c. infam. 2, 12.—<sup>12</sup> l. 10. § 3. i. f. D. mand. 17, 1; l. 7 § 12. l. 58. §§ 1. 4. D. de adm. 26, 7.—<sup>13</sup> l. 26. § 4. C. h. t. 4, 32.—<sup>14</sup> l. 44. D. h. t. 22; 1; l. 13. § 26. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. § 1. C. h. t. 4, 32.—<sup>15</sup> l. 26. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 26. § 1. l. 27. § 1. C. h. t. 4, 32.



ются зачтенными въ капиталъ, такъ что послѣдній уменьшается<sup>16</sup>; если же капиталъ уже исчерпанъ, то ихъ можно востребовать обратно (посредствомъ *condictio ob iniustam causam*). Отъ платежа процентовъ недозволенныхъ слѣдуетъ отличать платежъ фактически недолжныхъ процентовъ; если кто уплатилъ проценты за капиталъ, котораго онъ не долженъ, то онъ можетъ востребовать ихъ обратно (посредствомъ *condictio indebiti*), если онъ находился въ извинительномъ заблужденіи<sup>17</sup>; напротивъ, если онъ уплатилъ проценты за должный капиталъ, но не обложенный процентами, то уплаченное идетъ въ пользу вѣрителя; многіе, впрочемъ, отвергая это, думаютъ, что уплаченное должно быть зачтено въ капиталъ<sup>18</sup>; но это противорѣчитъ ясному опредѣленію источниковъ<sup>19</sup> и внутреннимъ основаніямъ: требующій обратно оказалъ бы неблагодарность<sup>20</sup>, которая не можетъ быть одобряема правомъ; на этой же мысли основана и такъ наз. *antichresis tacita* (§ 201).

## Раздѣлъ третій.

### § 44. Отношеніе одной вещи къ другой.

(*Главная вещь и принадлежность. Побочная или придаточная вещь*).

*Funke*, die Lehre von den Pertinenzen. 1827.—*Göppert*, organische Erzeugnisse. 1869.—*Bauer*, die Dareingabe beim Kauf. 1887.—*Vangerow*, § 73.—*Windscheid*, § 143.—*Brinz*, § 549.—*Bekker*, § 74.—*Begelsberger*, § 102.

Вообще всякая вещь является самостоятельнымъ объектомъ правъ; но часто случается и такъ, что одна вещь слѣдуетъ за другою (*sequi, sedere, accedere*), т.-е., что всякое изъявленіе воли, касающееся послѣдней, распространяется и на первую<sup>1</sup>. Такая зависимая вещь называется принадлежностью главной вещи; въ источникахъ она называется *pars rei, quasi pars, accessio*, но эти выраженія обозначаютъ не только принадлежность. *Принадлежность есть такая сама по себѣ самостоятельная вещь, которая поставлена въ постоянную<sup>2</sup> связь съ другою вещью<sup>3</sup>, чтобы сдѣлать возможнымъ или облегчить пользованіе послѣднею, а потому*

<sup>16</sup> l. 26. pr. D. de c. i. 12, 6; l. 18. C. h. t. 4, 32.—<sup>17</sup> l. 26. § 2. D. de c. i. 12, 6.—<sup>18</sup> Arg. l. 5. § 2. l. 102. § 3. D. de sol. 46, 3.—<sup>19</sup> l. 26. pr. D. de c. i. 12, 6.—<sup>20</sup> Seneca epist. 81.

<sup>1</sup> l. 13. § 31. D. de a. e. v. 19, 1; l. 91. § 5. D. de leg. 3 (32). —<sup>2</sup> l. 17. § 7. D. de a. e. v. 19, 1; l. 26. pr. D. de instr. 33, 7.—<sup>3</sup> l. 17. §§ 10. 11. l. 18. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.



разсматривается въ оборотъ, какъ часть ея. Какъ недвижимыя, такъ и движимыя вещи могутъ имѣть принадлежности; такъ, парусъ—принадлежность корабля, клѣтка—принадлежность птицы<sup>4</sup>. Принадлежности могутъ быть движимыя (ключъ, навозъ и солома, заготовленные для имѣнія<sup>4а</sup>) или недвижимыя (дворъ и садъ, принадлежащія къ дому, лугъ, принадлежащій къ сельскохозяйственному имѣнію<sup>5</sup>). Принадлежности могутъ находиться въ физической связи съ главною вещью (источники называютъ ихъ *vineta fixa*<sup>6</sup>, напр., постоянныя водопроводныя трубы, колья въ виноградникѣ<sup>6а</sup>), но для самаго понятія принадлежности такое соединеніе не требуется, и, съ другой стороны, оно не можетъ считаться достаточнымъ признакомъ принадлежности; поэтому, напр., предметы инвентаря, хотя бы и прикрѣпленные къ участку, однако не считаются принадлежностями<sup>7</sup>; ибо, по взгляду Римлянъ, вообще инвентарь не есть принадлежность<sup>8</sup>. Примѣрами вещей, которыя, хотя и служатъ другимъ вещамъ, но въ оборотѣ не причисляются къ принадлежностямъ, могутъ служить (кромѣ инвентаря): шкафъ для книгъ, винная бочка<sup>9</sup>.

Шире, чѣмъ понятіе принадлежности, есть понятіе побочной или придаточной вещи (*accessio*); побочною считается всякая вещь, находящаяся въ отношеніи какой либо зависимости къ другой вещи: плоды, *partus ancillae*, кладъ, найденный на участкѣ, *alluvio*, *avulsio*, *alveus derelictus*, *insula in flumine nata* (приращенія), а также, конечно, и всѣ принадлежности. Понятіе побочной вещи не имѣетъ большого юридическаго значенія вслѣдствіе своей неопредѣленности.

## Раздѣлъ четвертый.

### § 45. ЦѢННОСТЬ ВЕЩЕЙ.

*Vangerow*, § 171.—*Windscheid*, § 133.

Вслѣдствіе своей полезности (§ 41) вещи обладаютъ извѣстною цѣнностью. Полезность вещи въ разное время и въ разныхъ мѣ-

<sup>4</sup> l. 242. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 52. § 9. l. 66. D. de leg. 3 (32).—<sup>4а</sup> l. 17. pr. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>5</sup> l. 31. l. 91. §§ 4. 5. D. de leg. 3 (32); l. 52. § 3. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>6</sup> l. 38. § 2. D. de a. e. v. 19, 1, но здѣсь слѣдуетъ читать: *an haec ut iuncta fixaque aedium essent, an ut ruta caesaque non essent aedium.*—<sup>6а</sup> l. 17. §§ 7. 11. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>7</sup> l. 17. pr. §§ 4. 7. D. de a. e. v. 19, 1; l. 245. pr. D. de v. s. 50, 16.—<sup>8</sup> l. 1. l. 1. pr. l. 2. § 1. D. de instr. 33, 7; l. 14. D. de sup. leg. 33, 10.—<sup>9</sup> l. 52. § 3. D. de leg. 3 (32); l. 3. § 1. D. de trit. 33, 6; но ср. l. 4. pr. D. de penu leg. 33, 9.



стахъ можетъ быть различна, поэтому и цѣнность вещи зависитъ отъ мѣста и отъ времени. Но въ опредѣленномъ мѣстѣ и въ опредѣленный моментъ вещь можетъ имѣть только одну цѣнность, и при опредѣленіи этой цѣнности не принимается во вниманіе то обстоятельство, что данная вещь для извѣстнаго лица можетъ казаться особенно цѣнною по личнымъ соображеніямъ (напр., потому что она досталась этому лицу по наслѣдству, или потому, что эта вещь есть дитя, прижитое этимъ лицомъ съ рабынею<sup>1</sup>); иначе говоря: *есть только одна дѣйствительная цѣнность вещи* (*verum rei pretium, aestimatio*<sup>2</sup>, иногда — *quanti ea res est*<sup>3</sup>), но не признается никакой аффективной цѣнности, цѣнности вслѣдствіе особаго расположенія (т. н. *pretium affectionis*<sup>3a</sup>). Общепринятымъ представителемъ цѣнности служатъ деньги; поэтому онѣ играютъ роль всеобщаго мѣрила цѣнности. Цѣнность вещи въ деньгахъ (цѣна, оцѣнка вещи) устанавливается обыкновенно судьей при содѣйствіи экспертовъ; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ истецъ по р. пр. можетъ опредѣлить цѣну вещи вмѣстѣ съ прочимъ интересомъ (§ 243) посредствомъ утвержденія подъ присягою (*iuramentum in litem*, оцѣночная присяга<sup>4</sup>), а именно: а) въ *actiones restitutoriae* и *exhibitoriae* (§ 84 sub 4<sup>5</sup>), если отвѣтчикъ виновенъ въ *dolus*, *culpa lata* или *contumacia*<sup>6</sup> (ср. § 152 прим. 2—4. 8), б) во *всѣхъ* искахъ, если цѣна вещи не поддается опредѣленію никакимъ инымъ путемъ<sup>7</sup>. Но, чтобы предотвратить возможные тутъ чрезмѣрные отступленія отъ дѣйствительной цѣны вещи, судья можетъ или до совершенія присяги установить извѣстный предѣлъ, выше котораго не можетъ идти истецъ, или по совершеніи оцѣнки подъ присягою умѣрить слишкомъ большую цѣну<sup>8</sup>. Эти правила оцѣнки подъ присягою отмѣнены И. уст. гр. суд. § 260, который вмѣсто этого опредѣлилъ, что во *всѣхъ процессахъ объ убыткахъ* судъ можетъ допустить истца къ оцѣнкѣ подъ присягою вреда (интереса),

<sup>1</sup> 1. 63. pr. D. ad. l. Falc. 35, 2; l. 33. D. ad. l. Aq. 9, 2; l. 1. § 15. D. si quid in fr. patr. 38, 5.—<sup>2</sup> l. 2. § 13. D. vi bon. rapt. 47, 8; l. 179. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> l. 179. l. 193. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 4. D. si quis i. d. 2, 3; l. 9. § 8. D. ad. exh. 10, 4.—<sup>3a</sup> Прежде для этого опирались на l. 36. D. de bon. lib. 38, 2.—<sup>4</sup> tt. D. 12, 3; C. 5, 53; de in litem iurando.—<sup>5</sup> l. 2. § 1. l. 5. pr. l. 8. D. h. t. 12, 3; l. 18. pr. § 1. D. de dolo 4, 3; l. 68. D. de r. v. 6, 1; l. 7. D. si s. s. v. 8, 5; l. 3. § 3. D. ad exh. 10, 4; l. 16. § 3. D. de pign. 20, 1; l. 25. § 1. D. sol. matr. 24, 3; l. 48. § 1. D. loc. 19, 2; l. 1. § 26. D. dep. 16, 3; l. 3. § 2. D. comm. 13, 6.—<sup>6</sup> l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 5. § 3. D. h. t. 12, 3; l. 15. §§ 9—11. D. quod vi 43, 24; l. 1. l. 2. l. 4. C. h. t. 5, 53.—<sup>7</sup> l. 5. § 4. l. 6. l. 9. D. h. t. 12, 3.—<sup>8</sup> l. 4. §§ 1—3. l. 5, §§ 1. 2. D. h. t. 12, 3; l. 3. § 2. D. ad exh. 10, 4; l. 68. D. de r. v. 6, 1.—l. 9. C. unde vi 8, 4.



если размѣръ его совсѣмъ не можетъ быть опредѣленъ или не можетъ быть опредѣленъ съ достаточною точностью инымъ путемъ; вмѣстѣ съ тѣмъ судья долженъ опредѣлить крайній предѣлъ, выше котораго не можетъ идти оцѣнка подъ присягою.

## Раздѣлъ пятый.

### § 46. Вещи со стороны правоотношеній на нихъ. Вещи, находящіяся въ оборотѣ и изъятыя изъ него.

*Keller*, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betr. 1861.—*Ihering*, der Streit über die Festungswerke der Stadt Basel. 1862.—*Dernburg*, Rechtsgutachten bez. der Festungswerke bei der Stadt Basel. 1862.—*Ihering*, Erwiderung auf das Dernburgsche Rechtsgutachten. 1862.—*Wappäus*, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867.—*Kappeler*, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs. 1867.—*Eisele*, über das Rechtsverh. ier res publ. in publ. usu. 1873.—*Hesse*, Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 45—51; 2. Aufl. 1880.—*Vangerow*, §§ 63—66.—*Windscheid*, §§ 145—147.—*Brinz*, §§ 125—128.—*Baron*, § 67.—*Bekker*, §§ 70. 76—78.—*Regelsberger*, §§ 101—117.

Обыкновенно вещи доступны въ качествѣ объектовъ права всѣмъ лицамъ, въ томъ числѣ частнымъ лицамъ (вещи въ оборотѣ, *res in commercio*); но нѣкоторыя вещи изъяты изъ оборота (*res extra commercium*); это значитъ, что частныя лица не могутъ на нихъ имѣть вещныхъ правъ, ни заключать относительно нихъ юридическихъ сделокъ на случай, если отъ позднѣе войдутъ въ оборотъ<sup>1</sup>; поэтому такія вещи не допускаютъ никакой оцѣнки<sup>2</sup>. Причина, почему вещь изъята изъ оборота, можетъ быть религіозная, естественная, политическая, или заключаться въ соображеніяхъ общей пользы.

1. Вещи, изъятыя изъ оборота по причинамъ религіознымъ, называются *res divini iuris*; онѣ не находятся ни въ чьей собственности<sup>3</sup>; имъ противопоставляются *res humani iuris*. Такъ какъ римскія божества были или *dii superi*, или *inferi*, то и *res divini iuris* бывають или *res sacrae* (напр., храмъ и принадлежности богослуженія), или *res religiosae* (напр., мѣсто погребенія, *locus religiosus*). Съ *res divini iuris* сходны (*quodammodo divini iuris*) *res sanctae*<sup>4</sup>, т.-е. свѣтскія вещи, ненарушимость конхъ особенно оберегается (напр., стѣны, ворота города или лагеря, пограничные знаки). Для за-

<sup>1</sup> 1. 6. pr. l. 34. § 1. D. de c. e. 18, 1; 1. 1. § 2. D. quae res pign. 20, 3; 1. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 2. I. de inut. st. 3, 19; § 5. I. de emt. vend. 3, 23; 1. 182. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2</sup> 1. 9. § 5. D. de div. r. 1, 8.—<sup>3</sup> §§ 7—9. I. de r. l. 2, 1; 1. 6. § 2. l. 9. D. de div. r. 1, 8.—<sup>4</sup> § 10. I. de r. d. 2, 1; 1. 6. § 2. l. 8. l. 9. §§ 3. 4. D. de d. r. 1, 8; 1. 3. § 17. D. de r. m. 49, 16; Festus s. v. termino.



щиты важнѣйшихъ *res divini iuris* преторскимъ эдиктомъ было введено нѣсколько исковъ (*interdictum ne quid in loco sacro fiat* <sup>5</sup>, *actio sepulcri violati* <sup>6</sup> и т. д. <sup>7</sup>). Они теперь не могутъ примѣняться, потому что тѣ *res divini iuris*, къ которымъ они относятся, по нынѣшнему церковному праву, считаются собственностью церквей, политическихъ общинъ и частныхъ лицъ (напр., частныя часовни, наслѣдственные гробницы); мѣсто тѣхъ исковъ нынѣ занимаютъ обыкновенные иски. — Относительно менѣе важныхъ *res divini iuris* (напр., гробъ и одежда покойника) церковное право не установило никакихъ особыхъ положеній; поэтому и теперь онѣ не состоятъ ни въ чьей собственности.

2. Вещи, изъятыя изъ оборота *по естественнымъ причинамъ*, суть *res omnium communes* <sup>8</sup> (въ противоположность къ *res publicae* и *res privatae*); онѣ не подчиняются исключительному господству отдѣльныхъ лицъ; сюда относятся: воздухъ, текучая вода, море и морской берегъ; но отдѣльныя части моря или морского берега, будучи застроены частными постройками, пока эти постройки существуютъ, могутъ быть частною собственностью <sup>9</sup>. Одинъ изъ римскихъ юристовъ (*Celsus*) считалъ морской берегъ собственностью государства <sup>10</sup>—воззрѣнiе, реципированное нынѣшнимъ международнымъ правомъ. Отъ моря и текучей воды слѣдуетъ отличать все то, что онѣ несутъ или покрываютъ; послѣднее (животныя, растенiя, камни) не изъято изъ оборота и подлежитъ завладѣнiю (*occupatio*) отдѣльныхъ лицъ <sup>11</sup> (§ 137).

3. Вещи, изъятыя изъ оборота *по политическимъ основанiямъ*, суть *res publicae quae publico usui destinatae sunt*. Подъ *res publicae* понимали первоначально вещи, находящiяся въ собственности римскаго государства <sup>12</sup>, позднѣе также тѣ вещи, которыя состоятъ въ собственности общины <sup>13</sup>. Онѣ распадаются на два класса: а) на такiя, которыми государство и община обладаютъ и пользуются, какъ частныя лица (*patrimonium populi s. civitatis* <sup>14</sup>); онѣ не изъяты изъ оборота; б) на тѣ части государственной территорiи, которыя предоставлены всемъ людямъ въ свободное поль-

<sup>5</sup> t. D. 43, 6: *ne quid in loco sacro fiat.*—<sup>6</sup> tt. D. 47, 12; C. 9, 19: *de sepulcro violato.*—<sup>7</sup> t. D. 11, 8: *de mortuo inferendo et sepulcro aedificando.*—<sup>8</sup> §§ 1—5. I. de r. d. 2, 1; II. 2—6. § 1. l. 10. D. de d. r. 1, 8; l. 14. pr. l. 30. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; l. 3. l. 4. D. *ne quid in loco publ.* 43, 8; l. 1. § 17. D. de flum. 43, 12.—<sup>9</sup> l. 50. D. de a. r. d. 41, 1; l. 2. § 8. l. 3. § 1. D. *ne quil in l. p.* 43, 8.—<sup>10</sup> l. 3. pr. D. *ne quid in l. p.* 43, 8.—<sup>11</sup> § 5. I. de r. d. 2, 1.—<sup>12</sup> l. 15. D. de v. s. 50, 16.—<sup>13</sup> l. 17. D. de v. s. 50, 16; l. 1. pr. D. de r. d. 1, 8.—<sup>14</sup> l. 14. pr. D. de a. r. d. 41, 1; l. 6. pr. l. 72. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 2. § 4. D. *ne quid in l. p.* 43, 8; l. 17. § 1. D. de v. s. 50, 16.



зованіе, а потому изъяты изъ оборота (res publicae publico usui destinatae); сюда относятся <sup>15</sup>: дороги, площади (stadia, theatra), мосты, озера, русло общественной рѣки (т.-е. постоянно текущаго *большого* количества воды, flumina perennia, въ противоположность къ torrentia); напротивъ, берега рѣки и ручьи находятся въ частной собственности и лишь обременены нѣкоторыми легальными сервитутами <sup>16</sup> (§ 126). Для охраны вещей, предоставленныхъ общему пользованію (sub b), и для предотвращенія произвола отдѣльныхъ лицъ римское право ввело много исковъ <sup>17</sup>, изъ которыхъ нѣкоторые могутъ быть вчаты всякимъ изъ народа (actiones populares), нѣкоторые—лицами потерпѣвшими. Actiones populares нынѣ совсѣмъ не практикуются, потому что государство не пользуется представительствомъ каждаго гражданина (§ 84 sub 7); другіе иски на дѣлѣ рѣдко примѣняются, потому что правительственныя учрежденія на основаніи верховнаго права государства заботятся о цѣлости и невредимости общественныхъ вещей и защищаютъ каждаго въ пользованіи ими. — Въ новѣйшее время нѣкоторые ученые юристы выставили положеніе, что государство имѣетъ на res publicae publico usui destinatae не право собственности, а право власти, суверенитета, т.-е., что его право господства надъ этими вещами не есть право частное, но право государственное. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя отрицать, что общее пользованіе дѣлаетъ для государства почти невозможнымъ осуществленіе какихъ бы то ни было правомочій права собственности на эти вещи; тѣмъ не менѣе эти правомочія существуютъ: государство получаетъ поземельный оброкъ отъ тѣхъ, которые на такой вещи сооружаютъ постройки <sup>18</sup>; государство пользуется въ настоящее время травою и плодами деревьевъ, растущихъ на государственныхъ шоссеиныхъ дорогахъ; *государство можетъ достигнуть полного осуществленія отдѣльныхъ правомочій своего права собственности путемъ изъятія такой вещи изъ общаго пользованія* <sup>19a</sup>. Изъ этихъ положеній видно, что государство на res publicae publ. usui destin. имѣетъ двоякое право: мало значащее право собственности <sup>19b</sup> и сильное право власти.

#### 4. Нѣкоторыя вещи изъяты изъ оборота въ интересахъ *общей*

<sup>15</sup> l. 1. §§ 1—3. D. de flum. 43, 12; l. 2. §§ 2—5. 21—23. D. ne quid in l. p. 43, 8; §§ 2. 6. l. de r. d. 2, 1; l. 6. § 1. D. de d. r. 1, 8.—<sup>16</sup> § 4. l. de r. 1. 2, 1; l. 5. pr. D. de d. r. 1, 8.—<sup>17</sup> tt. D. 43, 7—15 и l. 1. §§ 15. 16. l. 2. D. de cloac. 43, 23.—<sup>18</sup> l. 2. § 17. D. ne quid in loco publ. 43, 17.—<sup>19</sup> § 39. l. de rer. div. 2, 1.—<sup>19a</sup> l. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1.—<sup>19b</sup> l. 1. pr. D. de int. 43, 1; Frontinus p. 20, 10; p. 51, 3 (ed. Lachm.).



пользы; какъ примѣръ такихъ вещей, источники приводятъ яды, запрещенныя книги<sup>20</sup>. Теперь въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ законоположенія партикулярныхъ правъ.

Вещи, изъятыя изъ оборота, называются иногда въ источникахъ<sup>21</sup> *res nullius, res extra patrimonium* въ томъ смыслѣ, что онѣ или вообще не подлежатъ праву собственности (1. 2.), или, по крайней мѣрѣ, не могутъ быть предметомъ права собственности *физическихъ лицъ* (3). Но эти выраженія также обозначаютъ часто тѣ вещи, которыя, хотя и не изъяты изъ оборота, но по *фактическимъ* причинамъ не имѣютъ хозяина: животныя въ состояніи естественной свободы, естественныя морскія произведенія, никѣмъ не занятыя участки, вещи брошенныя (*derelictae*), т.-е. оставленныя своимъ собственникомъ, кладъ<sup>22</sup>.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Юридическіе факты.

Возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе, измѣненіе правъ.

#### ВВЕДЕНІЕ.

#### § 47. Объясненіе техническихъ выраженій.

*Savigny*, §§ 104, 105.—*Vangerow*, §§ 119. 126, 127.—*Windscheid*, §§ 63—68.—*Brinz*, 74—77. 521. 561.—*Bekker*, §§ 30. 31. 33. 34. 36. 80—83. 108.—*Regelsberger*, §§ 118—123. 129.

I. *Юридическіе факты и ихъ виды. Юридическимъ фактомъ называется всякое обстоятельство, влекущее за собою какое либо юридическое послѣдствіе, т.-е. возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, сохраненіе или измѣненіе права*<sup>1</sup>. — Часто норма права предписываетъ признавать существующее обстоятельство за несуществующее и, наоборотъ, несуществующее за существующее; такой приемъ называется фикціей (юридическимъ вымысломъ); таковы *ius postliminii* и *fictio legis Corneliae* относительно плѣннаго римскаго гражданина (§ 125), фикція истеченія давности въ пользу добросовѣстнаго владѣльца (§ 128).—По содержанію юридическіе

<sup>20</sup> l. 4. § 1. D. fam. ere. 10, 2; Pauli sent. rec. V, 23. § 18.—<sup>21</sup> l. 1. pr. D. de d. r. 1, 8; l. 51. D. de c. e. 18, 1; pr. I. de r. d. 2, 1; Gai. 2, 1.—<sup>22</sup> § 12. I. de r. d. 2, 1; l. 3 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

<sup>1</sup> l. 41. D. de leg. 1, 3.



факты дѣлятся на положительныя и отрицательныя, по происхожденію—на дѣйствія и событія (факты въ тѣсномъ смыслѣ).

1. *Дѣйствія*—это тѣ юридическія факты, которые вызваны волею челоука; они бываютъ положительныя и отрицательныя (бездѣйствіе, упущеніе); по своему характеру дѣйствія могутъ быть дозволенныя или недозволенныя (§ 71). Между дозволенными дѣйствіями самое важное мѣсто занимаютъ тѣ дѣйствія заинтересованныхъ лицъ, которыя непосредственно направлены на юридическое послѣдствіе: юридическія сдѣлки (§ 48).

2. *Событія* суть юридическія факты, независимыя отъ воли челоука; они крайне разнообразны: рожденіе, смерть, производительная дѣятельность царства природы, измѣненіе теченія рѣки, возникновеніе новаго русла рѣки и т. д. Изъ событій одно заслуживаетъ особаго вниманія: наступленіе и истеченіе времени (§ 72).

II. *Понятіе и виды приобрѣтенія права. Приобрѣтеніе права есть соединеніе его съ опредѣленнымъ субъектомъ. Приобрѣтеніе права называется первоначальнымъ (acquisitio originaria, самостоятельнымъ, первообразнымъ), если приобрѣтатель не основываетъ своего права на правъ другого; противоположный видъ приобрѣтенія права есть приобрѣтеніе производное (acquisitio derivativa), т.-е. такое, при которомъ приобрѣтатель основываетъ свое право на существующемъ уже правъ другого, когда, слѣдовательно, приобрѣтенное право производится отъ права другого (auctor<sup>1a</sup>, юридическій предметникъ). Къ производному приобрѣтенію примѣняется правило: nemo plus iuris ad alium transferre potes, quam ipse habet<sup>2</sup>. Производное приобрѣтеніе бываетъ двухъ родовъ: или на основаніи существующаго права создается право иного рода (наприм., собственникъ устанавливаетъ другому сервитутъ или закладное право на свою вещь), или существующее право переходитъ такъ, какъ оно есть, цѣликомъ или въ части на другого, такъ что происходитъ простая перемѣна субъектовъ права. Въ послѣднемъ случаѣ имѣемъ дѣло съ преемствомъ (successio); приобрѣтатель есть преемникъ (successor) прежняго субъекта (auctor). По общему правилу перемѣну субъектовъ (successio) допускаютъ всѣ права—не только имущественныя, но и семей-*

<sup>1a</sup> l. 175. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2</sup> l. 54. l. 175. § 1. l. 177. pr. D. de r. i., 50, 17.



ственные (отеческая власть, которая переносится путемъ adoptio); но исключаются т. н. чисто личные права, какъ-то: личные сервитуты, брачное право, опекунская должность. — Преемство въ правахъ имущественныхъ распадается на два вида: на преемство единичное (частичное, сингулярное, successio singularis) и общее (successio universalis).

1. *Successio singularis* (succ. in rem., in singulas res, in singularum rerum dominium) бываетъ тогда, когда преемство касается одного отдѣльнаго права или нѣсколькихъ отдѣльныхъ правъ<sup>3а</sup>; эти отдѣльныя права могутъ быть вещныя или обязательственныя.

2. *Successio universalis* (successio per universitatem) въ свою очередь распадается на два вида:

a. *acquisitio per universitatem*, т.-е. преемство во всемъ активѣ даннаго лица (кромя чисто личнаго) по одному акту. Многочисленные случаи этого вида, существовавшіе въ древнемъ ius civile (большая часть случаевъ capitis deminutio), вполнѣ были ограничены тѣмъ положеніемъ, что successor долженъ былъ отвѣчать за passiva въ размѣрѣ актива (§ 25); нынѣшнему праву они вполнѣ чужды; правильнѣе эти случаи совсѣмъ не считать общими преемствомъ.

b. *successio in omne ius, in universum ius, in universa bona*, просто successio, т.-е., происходящее по одному акту преемство въ совокупности актива и пассива даннаго лица (кромя чисто личныхъ) или въ какой либо доль (дроби) ихъ. Таково преемство наслѣдника въ имуществѣ, оставшемся послѣ наслѣдователя, преемство eripientis на мѣсто indignus и преемство казны въ выморочномъ наслѣдствѣ (§§ 425—427).

III. *Значеніе потери права, въ частности отчужденія. Потеря права есть отдѣленіе права отъ субъекта, съ которымъ оно прежде было связано. Важнѣйшій видъ потери есть отчужденіе; отчужденіе въ разныхъ институтахъ не всегда понимается въ одномъ объемѣ, поэтому во всякомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ обращать вниманіе на то, какой смыслъ придается отчужденію въ данной нормѣ права. Въ самомъ тѣсномъ смыслѣ подъ alienatio разумѣется отчужденіе другому лицу, т.-е. тотъ случай, когда управомоченный переноситъ свое право вполнѣ или частично на другого или*

<sup>3</sup> Gai. I, 168. sq.—<sup>3а</sup> l. 24. § 1. D. de damno inf. 39, 2.



устанавливаетъ ему вещное право на свою вещь<sup>4</sup>. Въ болѣе обширномъ смыслѣ подѣ отчужденіемъ разумѣется также отреченіе (*renuntiatio*), т.-е. просто отказъ отъ своего права безъ перенесенія его на другого (наприм., *derelictio*, отреченіе отъ приобретеннаго легата<sup>5</sup>); въ этомъ обширномъ смыслѣ отчужденіе слѣдуетъ опредѣлить, какъ *положительное* дѣйствіе, состоящее въ отдѣленіи посредствомъ юридической сдѣлки какой либо составной части отъ имущества. Въ самомъ обширномъ смыслѣ отчужденіе есть добровольное допущеніе (терпѣніе) такого отдѣленія (значить, *отрицательное* дѣйствіе); сюда относится прекращеніе права, совершившееся хотя и не по волѣ управомоченнаго, но *согласно* съ нею; въ этомъ самомъ обширномъ смыслѣ считается отчужденіемъ, если собственникъ вещи допускаетъ другого къ приобретенію ея по давности, или если имѣющей сервитутъ завѣдомо теряетъ его путемъ неосуществленія<sup>6</sup>.—Но отчужденіе всегда предполагаетъ, что данное право уже приобретено: отказъ отъ возможнаго приобретенія (наприм., непринятіе открывшагося для даннаго лица наслѣдства, отклоненіе предложеннаго подарка) не подходитъ подѣ понятіе отчужденія; и этотъ случай называется отреченіемъ.

## Раздѣлъ первый.

### Юридическія сдѣлки (акты).

#### 1. § 48. Понятіе и виды.

*Schlossmann*, der Vertrag. 1876.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.—*Bechmann*, der Kauf. Bd. 2. S. 3—59. 1884.—*Ennecerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 3—6. 1888.—*Savigny*, §§ 104. 140. 141.—*Windscheid*, § 69.—*Brinz*, §§ 522. 561.—*Bekker*, §§ 89. 90. 94. 95.—*Regelsberger*, §§ 135. 148. 149.

**А. Понятіе.** *Юридическая сдѣлка, или юр. актъ (negotium, actus, actum), есть дозволенное изъясненіе воли стороны, направленное непосредственно на какое либо юридическое послѣдствіе (возникновеніе, перенесеніе, прекращеніе, измѣненіе, сохраненіе права). Признаки юридической сдѣлки слѣдующіе:*

1. Юр. сдѣлка есть *дозволенное изъясненіе воли*. При чемъ это можетъ быть или только выраженіе воли (нарим., заключеніе консенсуальнаго договора), или выраженіе воли, соединенное съ изъясненіемъ воли.

<sup>4</sup> 1. 7. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>5</sup> 1. 5. § 8. D. de reb. eor. 27, 9.—<sup>6</sup> 1. 28. pr. D. de v. s. 50, 16; 1. 5. §§ 6. 7. D. de don. i. v. et. u. 24, 1.



вѣстными дѣйствіями съ вещами (наприм., выдача займа, принятіе наслѣдства). Но всегда требуется, чтобы изъявленіе воли было дозволенное; иначе это не будетъ юридическая сдѣлка, хотя бы оно по внѣшнимъ признакамъ ничѣмъ не отличалось отъ дозволеннаго изъявленія воли.

2. Юр. сдѣлка есть изъявленіе воли *стороны*, т.-е. лица, для котораго въ изъявленіи воли есть частный интерес (§ 16); не будутъ юридическими сдѣлками такія изъявленія воли, въ которыхъ изъявляющій лично не заинтересованъ (наприм., монарха, который надѣляетъ кого либо привилегіей въ своемъ рескриптѣ, судьи, произносящаго судебный приговоръ).

3. Юр. сдѣлка есть изъявленіе воли, *направленное непосредственно на какое либо юридическое послѣдствіе*; отъ этого непосредственнаго юридическаго послѣдствія слѣдуетъ отличать цѣль, которой лицо стремится достигнуть совершеніемъ юр. сдѣлки (§ 67. 214). Впрочемъ, въ новѣйшее время нѣкоторые писатели отвергаютъ это условіе; на мѣсто его они ставятъ другое требованіе: чтобы дѣйствующій стремился къ признанному правомъ хозяйственному результату. Нельзя отрицать, что заключающій сдѣлку обыкновенно имѣетъ въ виду не юридическія послѣдствія, а свои хозяйственные интересы; но право присуще волѣ человека; хотя заключающій сдѣлку имѣетъ въ виду достиженіе извѣстнаго житейскаго отношенія, но его воля имѣетъ правомѣрный характеръ, т.-е. онъ имѣетъ въ виду правомѣрное послѣдствіе, правовой результатъ.

В. *Виды*. Понятіе юридической сдѣлки весьма обширно, такъ что отдѣльные случаи его представляютъ безконечное разнообразіе. Сдѣлки обыкновенно дѣлятся на слѣд. виды:

1. На сдѣлки одностороннія и сдѣлки двустороннія или многостороннія (т. н. *negotia unilateralia* и *bilateralia*). *Односторонняя юридическая сдѣлка возникаетъ изъ воли одного лица* (напр., *occupatio, testamentum, aditio hereditatis*). *Двусторонняя сдѣлка возникаетъ изъ соглашенія двухъ или нѣсколькихъ самостоятельно другъ другу противостоящихъ волей*; такая сдѣлка называется *conventio, pactio*, договоръ—и опредѣляется въ источникахъ <sup>1</sup> словами: *est conventio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, т.-е. *договоръ есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ сторонъ о*

<sup>1</sup> 1. 1. § 2. D. de pact. 2, 14.



возникновеніи, перенесеніи, прекращеніи, сохраненіи, измененіи какого либо права (такъ слѣдуетъ передать смыслъ общаго выраженія in idem placitum). Договоръ примѣняется во всѣхъ областяхъ права<sup>2</sup>: въ правѣ частномъ—какъ вещный договоръ (напр., traditio), какъ обязательственный, какъ семейственный договоръ (напр., заключеніе брака, adoptio), какъ договоръ о наслѣдствѣ (который, впрочемъ, запрещенъ римскимъ правомъ, § 390); въ правѣ публичномъ—какъ государственный договоръ, конкордатъ и т. п.

2. На сдѣлки между живыми и сдѣлки на случай смерти (negotia inter vivos et mortis causa); *первыя должны вступитъ въ дѣйствіе еще при жизни изъявляющаго волю, послѣднія—лишь послѣ его смерти.* Послѣднія (назначеніе наслѣдника и отказъ) будутъ изложены въ наслѣдственномъ правѣ; туда же относится и сходное съ отказомъ дареніе на случай смерти (§ 459).

3. На сдѣлки возмездныя (negotia onerosa) и безвозмездныя (negotia lucrativa); *первыя суть юридическія сдѣлки, направленныя на дѣйствіе въ пользу другаго лица и на соответственное воздѣйствіе со стороны другаго лица въ пользу перваго (напр., купля-продажа, наемъ) или на приобрѣтеніе съ обязательствомъ (напр., заемъ); послѣднія доставляютъ выгоду безъ воздѣйствія (напр., находка клада, дареніе, отказъ).*

## II. Условія дѣйствительности юридической сдѣлки.

*Brinz, § 523. Предварительное замѣчаніе.*

Условія, необходимыя для дѣйствительности юридической сдѣлки, вытекаютъ изъ самаго понятія ея, а именно, требуется: А. чтобы изъявляющій волю былъ дѣеспособенъ (§ 49), В. чтобы онъ имѣлъ конкретную волю (§§ 50—60), С. чтобы эта воля была направлена на возможное и дозволенное юридическое послѣдствіе (§ 61), D. чтобы эта воля была изъявлена надлежащимъ образомъ (§§ 62—63).

### А. § 49. Дѣеспособность изъявляющаго волю.

*Savigny, §§ 106—112.—Vangerow, § 81.—Windscheid, § 71.—Brinz, §§ 55. 56. 524.—Bekker, §§ 44. 51. 91.—Regelsberger, §§ 57. 65. 130—134.*

Юридическая сдѣлка, какъ и всякое дѣйствіе, предполагаетъ у дѣйствующаго лица возможность имѣть волю (способность об-

<sup>2</sup> I. I. § 3. D. de pact. 2, 14.



судить и рѣшиться). Лицо, за которымъ право признаетъ способность самостоятельно составлять и обнаруживать волю, называется дѣеспособнымъ. Юридическая сдѣлка, предпринятая недѣеспособнымъ лицомъ, по общему правилу признается недействительною (исключенія см. въ §§ 274, 380 кон.).—Уже въ §§ 20 и сл. и § 33 было замѣчено, что:

1. *Вполнѣ недѣеспособны*: дѣти (кромя случая приобрѣтенія владѣнія, § 114 пр. 7), душевно-больные (за исключеніемъ *lucida intervalla*) и юридическія лица; здѣсь еще остается прибавить, что вслѣдствіе *временнаго* отсутствія сознанія вполнѣ недѣеспособны также: находящіеся въ состояніи полнаго оупьянѣнія, больные въ безсознательномъ состояніи, сонные<sup>1</sup>. Душевная больнзнь констатируется путемъ особаго производства, для котораго II. у. гр. суд. §§ 593—620 установилъ точныя нормы; результатомъ этого производства является *Entmündigung* (признаніе недѣеспособности); но недѣеспособность душевно-больныхъ наступаетъ независимо отъ этого акта признанія, слѣд., еще до *Entmündigung*.—Лица, которыя вполнѣ недѣеспособны, не могутъ ни приобрѣтать, ни отчуждать, ни обязываться, ни составлять завѣщанія.

## 2. *Отчасти недѣеспособны*:

а. Несовершеннолѣтніе, вышедшіе изъ дѣтскаго возраста (*infantia maiores*), все равно, находятся ли они подъ отеческою властью, или нѣтъ; они могутъ приобрѣтать, но не могутъ обязываться, отчуждать и составлять завѣщанія.

б. Совершеннолѣтніе миноры (*minores*), свободные отъ отеческой власти. Они тоже могутъ только приобрѣтать, но не обязываться и отчуждать,—предъ *infantia maiores* имъ принадлежитъ лишь то преимущество, что они способны къ составленію завѣщаній и присягѣ (§§ 21, 380); но по законамъ новой германской имперіи, т. н. *Eidesmündigkeit* (способность къ присягѣ) наступаетъ лишь по достиженіи 16 лѣтъ<sup>1а</sup>. Иной составъ дѣеспособности совершеннолѣтнихъ подвластныхъ лицъ: они могутъ приобрѣтать и обязываться, кромѣ займа<sup>2</sup>, всѣми договорами<sup>3</sup>, но не могутъ по общему правилу составлять завѣщанія<sup>4</sup> и отчуждать между живыми<sup>5</sup>.

с. Женщины: не могутъ совершать *intercessio* (§ 255).

<sup>1</sup> с. 7. С. 15. qu. 1; l. 17. D. qui test. 28, 1.—<sup>1а</sup> Reichs-civil-processordnung § 358. Nr. 1; § 435. Abs. 2; Reichs-straf-processordnung § 56. Nr. 1.—<sup>2</sup> tt. D. 14, 6; С. 4, 28; de scto Macedoniano—<sup>3</sup> l. 141. § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> l. 6. pr. D. qui test. 28, 1.—<sup>5</sup> Ср. ниже § 357.



d. Тѣлесно-больные: ихъ дѣеспособность зависитъ отъ рода болѣзни; иногда они подвергаются опежѣ (§ 370)<sup>6</sup>, иногда при ихъ дѣйствіяхъ соблюдаются особыя мѣры предосторожности (§ 394 sub I. 1).

Еще остается прибавить, что отчасти недѣеспособенъ:

e. Расточитель или, вѣрнѣе, тотъ, кого надлежащая власть объявила расточителемъ; это объявленіе совершается судомъ послѣ надлежащаго разслѣдованія<sup>7</sup>, для котораго И. у. г. с. §§ 621—627 установилъ точныя нормы. Результатомъ разслѣдованія бываетъ Entmündigung расточителя. Недѣеспособность расточителя наступаетъ лишь съ момента признанія; она равна недѣеспособности infantia maioris, слѣд., расточитель можетъ приобрѣтать, но не обязываться, отчуждать<sup>8</sup> и составлять завѣщаніе<sup>9</sup>.

## В. Воля изъявляющаго.

### 1) § 50. Наличность воли.

*Richelmann*, der Einfluss des Irrthums auf Verträge. 1837.—*Schlossmann*, der Vertrag. §§ 14, 15. 1876.—*Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft. 1879.—*Piński*, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs. Bd. 2. S. 381 ff. 1888.—*Savigny*, §§ 134—139. *Vangerow*, § 85.—*Windscheid*, §§ 75—77.—*Brinz*, §§ 524—534.—*Bekker*, §§ 84, 85 92, 98.—*Regelsberger*, §§ 139—142.

*Для того, чтобы юр. сдѣлка была дѣйствительна, требуется, чтобы на нее была направлена воля совершающаго ее, чтобы она была желаемая совершающимъ.* Если этого нѣтъ, то сдѣлка не существуетъ (ничтожна), хотя бы и казалось, что воля на нее направлена. Поэтому изъявленіе ничтожно:

I. Въ случаяхъ притворства (*simulatio*), шутки, поученія, драматическаго изображенія<sup>1</sup>; эти случаи сходны между собою въ томъ, что дѣйствующее лицо, хотя и совершило изъявленіе, не желаетъ однако ему присвоить никакихъ юр. послѣдствій.—Подъ симулированную сдѣлкою (т. е. такую, которая предпринята для обмана другихъ) часто кроется другая, дѣйствительно желаемая сдѣлка (напр., подъ притворною продажей вещи—дареніе<sup>2</sup>); скрытая такимъ образомъ сдѣлка дѣйствительна тогда, если всѣ тре-

<sup>6</sup> § 4. I. de cur. 1, 23; I. 2. D. de cur. fur. 27, 10; I. 12 pr. § 1. D. de tut. et cur. 26, 5.—<sup>7</sup> I. 1. pr. D. de cur. fur. 27, 10.—<sup>8</sup> I. 6. D. de v. o. 45, 1; I. 10. pr. D. de cur. fur. 27, 10; I. 9. § 7. D. de r. c. 12, 1; I. 25. D. de fidei. 46, 1.—<sup>9</sup> I. 18. D. qui test. 28, 1.

<sup>1</sup> I. 3. § 2. I. 54. D. de o. et a. 44, 7; I. 24. D. de test. mil. 29, 1.—<sup>2</sup> I. 36. D. d. c. e. 18, 1.



буемая для нея условія находятся налицо, и само притворство не противно добрымъ правамъ<sup>3</sup>.—Отъ притворной сдѣлки слѣдуетъ отличать символическое дѣйствіе, подъ которымъ разумѣютъ правовую форму сдѣлки, соблюденіе которой требуется, но которая не соотвѣтствуетъ содержанію сдѣлки: такова часто употреблявшаяся у Римлянъ *venditio pumto upo* (напр., при завѣщаніи посредствомъ *mancipatio*<sup>4</sup>).—Впрочемъ, утверждающій недѣйствительность сдѣлки вслѣдствіе притворства, шутки, поученія долженъ доказать наличность послѣднихъ; напротивъ, по общему правилу никто не можетъ сослаться на *reservatio mentalis* (скрытое нарочно отсутствіе воли, умолчаніе), потому что этимъ онъ уличилъ бы себя во лжи; поэтому, умолчаніе не влечетъ за собою недѣйствительности сдѣлки; иное дѣло, если *reservatio mentalis* основана на мотивахъ, не заключающихъ въ себѣ ничего безнравственнаго, напр., кто либо заключаетъ съ тяжело больнымъ человѣкомъ какую-либо сдѣлку для вида, чтобы успокоить его (спорно!).

II. Въ случаяхъ существеннаго заблужденія (т. н. *error essentialis*); относящіеся сюда случаи имѣютъ между собою то общее, что дѣйствующее лицо совершаетъ здѣсь волеизъявленіе, желая, чтобы оно влекло за собою юридическое послѣдствіе, но изъявляетъ волю не о томъ послѣдствіи, на которое направлена его воля, а о другомъ, котораго онъ не хочетъ, не сознавая того, что это послѣдствіе для него нежелательно. Въ случаяхъ существеннаго заблужденія сдѣлка ничтожна; наступаетъ ли ничтожность, хотя бы этого заблужденія легко было избѣжать и хотя бы это было заблужденіе неизвинительное, объ этомъ см. въ § 62, о волевой теоріи и теоріи довѣрія. Случаи существеннаго заблужденія суть слѣд.:

1. Заблужденіе въ природѣ сдѣлки (такъ наз. *error in negotio*); дѣйствующее лицо желаетъ заключить иную сдѣлку, чѣмъ ту, о которой изъявляетъ волю, напр., подписываетъ письменный актъ купли, полагая, что онъ содержитъ договоръ найма<sup>5</sup>.

2. Заблужденіе въ лицѣ (т. н. *error in persona*); дѣйствующее лицо имѣетъ въ виду иное лицо (сторону), чѣмъ то, по отноше-

<sup>3</sup> II. 1—3. C. plus valere 4, 22; I. 3. C. de e. e. 4, 38; I. 6. D. pro don. 41, 6.—<sup>4</sup> Gai. 2. 103 sq. 252; I. 66. D. de i. d. 23, 3.—<sup>5</sup> I. 5. C. plus valere 4, 22.



нию къ которому изъявило волю<sup>6</sup>. Однако, слѣдуетъ замѣтить, что это заблужденіе въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ личность другой стороны безразлична для сдѣлки (напр., въ случаѣ продажи за наличныя деньги), не имѣетъ интереса (§§ 16. 131 пр. 9) для дѣйствующаго лица и поэтому не лишаетъ волю дѣйствительности.

3. Заблужденіе въ предметѣ (т. н. error in corpore); дѣйствующее лицо имѣло въ виду другой предметъ, нежели тотъ, относительно котораго изъявило волю<sup>7</sup>.—При договорахъ купли и другихъ сродныхъ сдѣлкахъ наравнѣ съ заблужденіемъ въ предметѣ ставится заблужденіе въ такихъ свойствахъ предмета, которыя по воззрѣніямъ гражданского оборота опредѣляютъ существо предмета (т. н. error in substantia, § 286).

4. То же значеніе, что исчисленные три случая существеннаго заблужденія, имѣетъ и т. н. недоразумѣніе. А именно, въ *договорахъ* заблужденіе считается существеннымъ и въ томъ случаѣ, если согласное изъявленіе воли сторонъ состоялось только *по виду*; каждая изъ сторонъ заблуждается въ волю другой стороны и изъявляетъ волю, не соответствующую волю другой стороны. Заблужденіе можетъ касаться или природы *правоотношенія* (одинъ даетъ сумму денегъ въ качествѣ займа, а другой принимаетъ ее въ качествѣ подарка; тутъ не состоялось ни дареніе, ни заемъ<sup>8</sup>), или *личности другой стороны* (кто-либо получаетъ заемъ отъ А, думая, что получаетъ отъ В; заемъ недѣйствителенъ<sup>9</sup>), или *вещи* (одинъ хочетъ купить fundum Cornelianum, а другой—продать fundum Sempronianum; купля-продажа не состоялась<sup>10</sup>).

Ошибки другого рода не оказываютъ вліянія на существованіе сдѣлки (т. н. error non essentialis), напр., заблужденіе въ имени и признакахъ противной стороны (falsa demonstratio non nocet<sup>11</sup>), въ названіи и *несущественныхъ* свойствахъ вещи (см. выше sub 3). Точно также ложный мотивъ, который побудилъ предпринять сдѣлку, вообще не вліяетъ на сдѣлку<sup>12</sup>: falsa causa non nocet<sup>13a</sup>; изъ этого правила есть важныя исключенія (§ 51).

<sup>6</sup> l. 9. pr. D. de her. inst. 28, 5.—<sup>7</sup> l. 9. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 4. pr. D. de leg. 1. (30); l. 34. pr. D. de a. p. 41, 2; l. 10. C. de don. 8, 53.—<sup>8</sup> l. 18. D. de r. c. 12, 1; l. 36. D. de acq. dom. 41, 1.—<sup>9</sup> l. 32. D. de r. c. 12, 1; ср. далѣе l. 52. § 21. l. 66. § 4. D. de furt. 47, 2.—<sup>10</sup> l. 9. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 57. D. de o. et a. 44, 7; l. 83. § 1. l. 137. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 23. I. de inut. st. 3, 19.—<sup>11</sup> l. 48. § 3. D. de her. inst. 28, 5; l. 33. pr. D. de cond. 35, 1; l. 4. C. de test. 6, 23; § 29. I. de leg. 2, 20.—<sup>12</sup> l. 9. § 1. l. 34 pr. D. de c. e. 18, 1; l. 80. D. de ind. 5, 1; l. 32. D. de v. o. 45, 1; l. 4. pr. D. de leg. 1 (30); l. 28. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>13a</sup> l. 3. § 7. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 52. l. 65. § 2. D. de cond. ind. 12, 6.—<sup>13a</sup> l. 17. § 2. l. 72. § 6. D. de cond. 35, 1. § 31. I. de leg. 2, 20; l. 1. C. de falsa causa adi. 6, 44.



III. Въ случаѣ физическаго насилія (*vis absoluta*, физическое, механическое принужденіе), напр., кто либо насильно подписываетъ договоръ рукою другого, или удерживаетъ силою опекуна, чтобы его присутствіе при сдѣлкѣ опекаемаго служило признакомъ одобренія этой сдѣлки<sup>14</sup>. Лицо, совершающее сдѣлку, не желаетъ тутъ ни наступленія юр. послѣдствій, ни даже изъявленія воли; послѣднее исторгается у него насильно, а поэтому оно ничтожно, при чемъ безразлично, было ли насиліе значительное, неопределимое, или нѣтъ.—Отъ физическаго принужденія необходимо отличать психическое (угрозу, § 51).

## 2) § 51. Мотивы воли: заблужденіе (обманъ) и страхъ.

*Richelmann* и *Zitelmann*, въ соч., приведенныхъ къ § 50.—*Schliemann*, die Lehre vom Zwang. 1861.—*Schlossmann*, zur Lehre vom Zwange. 1874.—*Beckmann*, der Kauf. Bd. 2. S. 296. ff. 1884.—*Savigny* §§ 114. 115. Beilage 8.—*Vangerow* §§ 82.—84.—*Windscheid*, §§ 78—80.—*Brinz*, §§ 528. ff.—*Regelsberger*, §§ 143—146.

Въ § 50 прим. 13 было замѣчено, что мотивы, побудившіе лицо предпринять юридическую сдѣлку, вообще на сдѣлку не вліяютъ; каковы бы ни были мотивы, во всякомъ случаѣ воля возникла и воплотилась въ сдѣлкѣ. Но есть двѣ группы мотивовъ, при которыхъ юридическая сдѣлка часто обсуждается иначе: 1) если мотивъ былъ основанъ на заблужденіи (наравнѣ съ нимъ ставится незнаніе), 2) если онъ состоялъ въ страхѣ, возбужденномъ угрозою.

I. *Заблужденіе въ мотивъ*. Оно рѣзко отличается отъ существеннаго заблужденія (§ 50); въ случаяхъ существеннаго заблужденія лицо не желаетъ данной сдѣлки, въ случаяхъ заблужденія въ мотивѣ лицо желаетъ совершить данную сдѣлку, но подъ вліяніемъ ложныхъ мотивовъ.—Заблужденіе въ мотивѣ принимается въ соображеніе главнымъ образомъ<sup>1</sup> въ слѣд. случаяхъ:

1. *Если заблужденіе въ мотивъ составляетъ предположеніе сдѣлки* (§ 60 sub II). Но здѣсь слѣдуетъ различать *negotia lucrativa* и *negotia onerosa*:

a. *Negotia lucrativa* (назначеніе наслѣдника, отказы, даренія) всегда могутъ быть опорожены въ случаѣ ошибочнаго предполо-

<sup>14</sup> cf. l. 1. § 1. D. de auct. tut. 26, 8.

<sup>1</sup> Ср. еще l. 2. pr. D. si quis ordo 38, 15. l. 15. § 5. D. quod. vi 43, 24; l. 6. D. de cal. 3. 6; l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 19. l. 22. § 2. C. de iura del. 6. 30.



женія, т. е. въ томъ случаѣ, если бы при отсутствіи заблужденія въ мотивѣ сдѣлка не была изъявлена: *si probetur alias legaturus non fuisse*<sup>1a</sup>; напр., назначеніе наслѣдника можетъ быть опорочено, если наслѣдодатель ложно принималъ назначеннаго за свое дитя или за своего брата<sup>2</sup>; назначеніе чужого лица наслѣдникомъ, — если завѣщатель ложно полагалъ, что у него нѣтъ собственныхъ дѣтей<sup>3</sup>; составленіе второго завѣщанія, — если завѣщатель ложно полагалъ, что умеръ наслѣдникъ, назначенный въ первомъ завѣщаніи<sup>4</sup> и т. п. Въ этихъ случаяхъ свойство заблужденія безразлично, т. е. все равно, извинительно ли заблужденіе, или нѣтъ (см. ниже b).

b. При *negotia onerosa* опороченіе вслѣдствіе ложнаго предположенія допускается лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, а именно: платежа несуществующаго долга (поср. *condictio indebiti*, § 281), купли вещи съ недостатками (поср. эдильскихъ исковъ, § 287), и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, въ которыхъ дается *in integrum restitutio* по поводу заблужденія (§ 107). Однимъ словомъ, опороченіе допустимо лишь въ томъ случаѣ, если какое либо мнимое, въ дѣйствительности не существующее или не наступающее обстоятельство сдѣлано сторонами составною частью сдѣлки, напр., если два лица заключаютъ контрактъ во исполненіе мнимаго *actum de contrahendo*<sup>8a</sup>. Опороченіе допускается лишь тогда, если заблужденіе было извинительное; по этому поводу уже въ § 10 было замѣчено, что заблужденіе въ правѣ вообще неизвинительно, тамъ же мы указали и исключенія изъ этого правила. Здѣсь остается прибавить, что заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ, въ фактѣ (*error facti*), признается извинительнымъ, развѣ если причиною его послужила грубая небрежность<sup>9</sup>; поэтому неизвинительнымъ является заблужденіе въ собственныхъ дѣйствіяхъ (*error facti proprii*<sup>10</sup>), незнаніе фактовъ общеизвѣстныхъ<sup>11</sup>.

<sup>1a</sup> l. 72 § 6. D. de cond. 35, 1. — <sup>2</sup> l. 5. C. de test. 6, 23; l. 4. l. 7. C. de her. inst. 6, 24. — <sup>3</sup> l. 28. D. de inoff. test. 5, 2; l. 9. l. 10. C. de test. mil. 6, 20. — <sup>4</sup> l. 92. D. de her. inst. 28, 5. — <sup>5</sup> l. 14. § 2. l. 15. D. de lib. et post. 28, 2. — <sup>6</sup> l. 67. § 8. D. de leg. 2 (31); l. 10. C. de leg. 6, 37; § 4. l. de leg. 2, 20. — <sup>7</sup> l. 15. C. de don. ante nupt. 5, 3. — <sup>8</sup> l. 14. l. 24. l. 35. §§ 2. 3. l. 39. l. 44. D. de m. c. don. 39, 6. — <sup>8a</sup> l. 5. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>9</sup> l. 9. § 2. l. 3. § 1. l. 6. D. de iuris et facti ign. 22, 6; l. 3. pr. D. de seto Mac. 14, 6. — <sup>10</sup> l. 3. pr. D. de iuris et facti ign. 22, 6; l. 7. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 5. § 1. D. pro suo 41, 10. — <sup>11</sup> l. 9. § 2. D. de iuris et facti ign. 22, 6.



## 2. Если заблужденіе вызвано обманомъ противной стороны.

А именно, если при заключеніи сдѣлки дѣйствующее лицо введено въ заблужденіе путемъ сознательнаго и совершеннаго съ намѣреніемъ причинить вредъ обмана (*dolo malo*<sup>12</sup>, *dolose*), то такая сдѣлка состоялась порочнымъ образомъ<sup>13</sup>, а обманутый, въ случаѣ если въ обманѣ виновна противная сторона, можетъ такую сдѣлку опорочить; онъ можетъ противопоставить иску противной стороны *exceptio doli*<sup>14</sup> (называемую новыми юр. ехс. *doli specialis* въ противоположность къ ехс. *doli generalis*, § 92) или самъ вчинить искъ объ уничтоженіи сдѣлки и возмѣщеніи убытковъ<sup>15</sup>. Если въ обманѣ виновно третье лицо, то обыкновенно имѣеть мѣсто только искъ противъ обманщика о возмѣщеніи убытковъ<sup>16</sup>. Искъ обманутаго носить различныя наименованія; это можетъ быть искъ изъ самой сдѣлки (въ случаѣ *bonae fidei negotia*, § 84 № 5), или *in integrum restitutio* (§ 108), или *actio doli* (§ 318). Въ случаѣ взаимнаго обмана обоихъ контрагентовъ наступаетъ *compensatio doli*, такъ что ни одинъ, ни другой не могутъ вчинить иска другъ противъ друга; стало быть, сдѣлка будетъ дѣйствительна въ случаѣ ея *добровольнаго* исполненія, въ противномъ же случаѣ она недѣйствительна<sup>16a</sup>.

3. Иногда бываетъ такъ, что сдѣлка, которая предпринята подъ вліяніемъ заблужденія и для дѣйствительности которой недостаетъ какого либо изъ требуемыхъ условій, именно вслѣдствіе заблужденія признается вполне дѣйствительною; такъ бываетъ съ займомъ, даннымъ подвластному сыну, съ *intercessio* женщины, если вѣритель не зналъ, что должникъ есть подвластный сынъ или что *intercessio* совершаетъ женщина<sup>18a</sup>. Иногда же правоотношеніе, хотя и не признается вполне дѣйствительнымъ, занимаетъ однако среднее мѣсто между дѣйствительнымъ и недѣйствительнымъ; таково добросовѣстное владѣніе лица, не знающаго о не-

<sup>12</sup> l. 1. § 2. D. de dol. 4, 3; l. 7. §§ 9. 10. D. de pact. 2, 14; l. 43. § 2. D. de c. e. 18, 1.—<sup>13</sup> tt. D. 4, 3; C. 2, 20; de dolo malo.—<sup>14</sup> t. D. 44, 4; de doli mali et metus exceptione.—<sup>15</sup> l. 11. § 5. l. 13. § 4. D. de a. e. v. 19, 1; l. 12. § 1. D. de i. d. 23, 3.—<sup>16</sup> l. 8. D. h. t. 4, 3; l. 2. D. de prox. 50, 14.—<sup>16a</sup> l. 3. § 3. D. de eo p. q. f. e. 2, 10; l. 36. D. de dolo 4, 3; l. 4. § 13. D. de exc. d. 44, 4; l. 154. D. de r. i. 50, 17.—<sup>17</sup> l. 7. pr. D. h. t. 4, 3; l. 16. § 1. D. de min. 4, 4; l. 3. § 3. D. pro soc. 17, 2; l. 34. § 3. l. 57. § 3. D. de contr. emt. 18, 1.—<sup>18</sup> l. 11. § 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. l. 8. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44; l. 10. C. de distr. p. 8, 28.—<sup>18a</sup> l. 3. pr. § 1. l. 19. ad sct. Mac. 14, 6; l. 6. l. 7. l. 12. l. 17. pr. § 1. D. ad sct. Vell. 16, 1.



достаткахъ способа приобрѣтенія вещи, путативный бракъ (§§ 128 кон. 361). — И здѣсь предполагается, что заблужденіе было извинительное.

Изъ вышеизложеннаго видно, что выраженіе источниковъ: *nulla voluntas errantis* и т. под.<sup>19</sup> — невѣрно, какъ *общее* правило; оно скорѣе выражаетъ только то, что въ случаяхъ, гдѣ при отсутствіи заблужденія были бы налицо *facta concludentia* (§ 62, прим. 9—14), при наличности заблужденія принятіе таковыхъ не допускается. Такъ, напр., если кто либо умеръ, оставивъ недѣйствительное завѣщаніе, а законный наслѣдникъ признаетъ свободными рабовъ, отпущенныхъ на свободу въ завѣщаніи, которое онъ ошибочно принимаетъ за дѣйствительное, то это не будетъ надѣленіемъ рабовъ свободою и т. д.

II. *Возбужденный угрозами страхъ* (*metus*, т. н. *vis compulsiva*, психическое насиліе, психическое принужденіе<sup>20</sup>). Страхъ существенно отличается отъ физическаго насилія (§ 50 sub III); въ случаѣ физическаго насилія принуждаемый не хочетъ совершить сдѣлки; но если кто устрaшенъ угрозами и подъ вліяніемъ страха рѣшается предпринять невыгодную для себя сдѣлку<sup>21</sup>, то эта сдѣлка возникаетъ изъ его воли: *coactus voluit*<sup>22</sup>, ибо онъ имѣлъ возможность выбора, уступить ли требованіямъ угрожающаго, или подвергнуться угрожаемому злу, и онъ выбралъ первое. Влѣдствіе этого сдѣлка по *ius civile* дѣйствительна; лишь преторское право, такъ этого требуетъ справедливость, объявило ее порочною при наличности двухъ условій: а. если содержаніемъ угрозы было значительное зло; такова угроза жизни, тѣлу, свободѣ<sup>23</sup> самого дѣйствующаго лица или его близкихъ<sup>24</sup>, но не угроза доброй славы или имуществу<sup>25</sup>; въ частности недостаточна угроза гражданскимъ или уголовнымъ искомъ<sup>26</sup>; б. если подвергшійся угрозѣ могъ предполагать, что приведеніе въ дѣйствіе угрозы было во власти угрожающаго, т. е., если подвергшійся

<sup>19</sup> l. 15. D. de iurisd. 2, 1; l. 2. pr. D. de iud. 5, 1; l. 20. D. de aqua pl. 39, 3; l. 116. § 2. D. de r. i. 50, 17; l. 8. l. 9. C. de iuris et facti ign. 1, 18.—<sup>20</sup> t. D. 4, 2: quod metus causa gestum erit; t. C. 2, 19: de his quae vi metusve causa gesta sunt.—<sup>21</sup> l. 12. § 2. l. 14. pr. D. h. t. 4, 2.—<sup>22</sup> l. 21. § 5. D. h. t. 4, 2; l. 22. D. de r. n. 23, 2.—<sup>23</sup> l. 3. § 1. l. 4. l. 5. l. 7. § 1. l. 8. l. 22. l. 23. § 1. D. h. t. 4, 2; l. 3. l. 10. C. h. t. 2, 19.—<sup>24</sup> l. 8. § 3. D. h. t. 4, 2.—<sup>25</sup> l. 7. pr. D. h. t. 4, 2.—<sup>26</sup> l. 7. pr. D. h. t. 4, 2; l. 10. C. h. t. 2, 19.



угрозамъ не предался недостойной трусости<sup>27</sup>.—Опороченіе сдѣлки можетъ быть совершенно различными путями; подвергшійся угрозамъ можетъ иску изъ сдѣлки, предъявленному противной стороной, противопоставить *exceptio metus*<sup>28</sup>, или же самъ требовать уничтоженія сдѣлки и вознагражденія за вредъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ воспользоваться либо искомъ изъ сдѣлки (въ случаѣ *bonae fidei negotia*), либо преторскимъ искомъ—*actio quod metus*, либо *in integrum restitutio* (§§ 84. 107. 316). Подвергшійся угрозамъ можетъ требовать опороченія сдѣлки не только противъ угрожавшаго и его наслѣдниковъ, но и противъ всякаго, кто обогатился влѣдствіе угрозы; поэтому, напр., безразлично, чьи угрозы—главнаго ли должника или его поручителя—побудили вѣрителя простить долгъ (обоимъ—путемъ *asserptilatio*<sup>29</sup>); это обыкновенно выражаютъ слѣд. образомъ: *actio et exceptio metus cum in rem scriptae* (§ 80).

### 3) Самоограниченіе воли.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin. §§ 19. 24. 1888.—*Brinz*, § 550.—*Bekker*, § 115. Beil. II.

Воля, вызывающая сдѣлку, можетъ сама себя ограничить, т. е. могутъ быть сдѣланы такія опредѣленія, влѣдствіе которыхъ воля не существуетъ въ чистомъ видѣ (*negotium purum*<sup>1</sup>), но ставится въ зависимость отъ внѣшнихъ отношеній. Такими отношеніями могутъ быть неизвѣстныя обстоятельства, отъ которыхъ воля составляетъ себя въ зависимость, отношенія времени и цѣли. Поэтому различаютъ условіе (*condicio*), срокъ (*dies*) и возложеніе (обязанности, *modus*), а въ новѣйшее время также предположеніе (*causa*, иногда *condicio*).

#### а. Условія.

#### а. § 52. Понятіе.

v. *Scheurl*, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. §§ 19—69. 79—88. 1871.—*Adickes*, zur Lehre von den Bedingungen. 1876.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 18—21. 1888.—*Savigny*, §§ 116. 117.—*Vangerow*, § 93.—*Windscheid*, §§ 86. 87. 93.—*Brinz*, §§ 536. 540. 541.—*Bekker*, § 114. Beil. II. § 115. 117. Beil. II.—*Regelsberger*, §§ 151. 152.

Въ нетехническомъ смыслѣ условіе (*condicio*) означаетъ всякую

<sup>27</sup> 1. 6. l. 7. pr. l. 9. pr. D. h. t. 4, 2; l. 184. D. de r. i. 50, 17—<sup>28</sup> t. D. 44, 4; de deli. mali et metus exceptione.—<sup>29</sup> l. 9. §§ 1. 8. l. 10. pr. l. 14. §§ 3. 5. D. h. t. 4, 2; l. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4.—<sup>30</sup> l. 21. § 3. D. h. t. 4, 2; l. 9. pr. l. 17. pr. D. qui et a quibus manum. 40, 9; fr. Dosith. § 7.

<sup>1</sup> l. 213. pr. D. de v. s. 50, 16.



статью юридической сдѣлки<sup>2</sup>; въ смыслъ техническомъ оно означаетъ такую статью, такое опредѣленіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому дѣйствіе воли лица, совершающаго сдѣлку, поставлено въ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельства. Само неизвѣстное обстоятельство тоже называется условіемъ (condicio). Итакъ, признаки условія суть слѣдующіе:

1. Условіе есть опредѣленіе, т. е. свободное постановленіе дѣйствующихъ лицъ. Существуютъ сдѣлки, которыя зависятъ отъ неизвѣстнаго обстоятельства по самому характеру своему<sup>3</sup> или своего объекта<sup>4</sup>; такъ, назначеніе наслѣдника зависитъ отъ того, переживетъ ли завѣщателя назначенный наслѣдникъ; установленіе dos до заключенія брака — отъ того, наступитъ ли заключеніе брака; продажа будущей вещи — отъ того, возникнетъ ли эта вещь. Такія неизвѣстныя обстоятельства называются въ источникахъ condiciones tacitae (молчаливыя условія), quae tacite insunt, quae extrinsecus veniunt<sup>4a</sup>, у новыхъ также — condiciones iuris<sup>5</sup>; это — вовсе не условія<sup>6</sup> (см. § 57 sub I).

2. Условіе есть опредѣленіе, включенное въ юридическую сдѣлку; оно можетъ быть включено въ какую угодно сдѣлку — въ сдѣлку между живыми и на случай смерти, одностороннюю и двустороннюю, возмездную и безвозмездную. Лишь немногія юридическія сдѣлки не допускаютъ условій; ср. § 58.

3. Вслѣдствіе условія дѣйствіе воли поставлено въ зависимость отъ какого либо обстоятельства, т. е. воля, на которой зиждется юридическая сдѣлка, существуетъ, но лишь такимъ образомъ, что она неизвѣстное обстоятельство дѣлаетъ основаніемъ юридическаго дѣйствія. Слѣдствіемъ такого состоянія воли является то, что правоотношеніе, скрытое въ волѣ, т. е. дѣйствіе воли, зависитъ отъ неизвѣстнаго обстоятельства; до наступленія или ненаступленія послѣдняго правоотношеніе находится въ нерѣшительномъ состояніи. Но нельзя того же сказать о сдѣлкѣ; послѣдняя, т. е. актъ, въ которомъ обнаруживается воля, или, иначе говоря,

<sup>2</sup> l. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2; l. 1. D. de in diem. add. 18, 2. — <sup>3</sup> l. 19. § 1. l. 69. l. 99. l. 107. D. de cond. 35, 1; l. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; l. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 21. l. 68. D. de i. d. 23, 3. — <sup>4</sup> l. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2. — <sup>4a</sup> l. 99. D. de cond. 35, 1; l. 21. l. 68. D. de i. d. 23, 3. — <sup>5</sup> По l. 21. D. de cond. 35, 1; l. 43. § 10. D. de aed. ed. 21, 1. — <sup>6</sup> l. 1. § 3. D. de cond. 35, 1; l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2; l. 68. D. de i. d. 23, 3.



изъявленіе воли, существуетъ налицо; отсюда, напримѣръ, слѣдуетъ, что если кто нибудь, составивъ одно завѣщаніе, потомъ составляетъ другое съ условнымъ назначеніемъ наследника, то первое завѣщаніе будетъ ничтожнымъ во всякомъ случаѣ, слѣд., даже тогда, если второе завѣщаніе сдѣлается ничтожнымъ вслѣдствіе ненаступленія условія<sup>7</sup>; ибо тотъ фактъ, что второе завѣщаніе было составлено, продолжаетъ существовать, хотя бы завѣщаніе сдѣлалось недѣйствительнымъ. Дѣйствіе воли можетъ зависѣть отъ неизвѣстнаго обстоятельства двоякимъ образомъ; отъ этого обстоятельства зависить или наступленіе дѣйствія воли, или продолженіе ея дѣйствія; или, примѣняя это различіе къ самому правоотношенію, отъ обстоятельства поставляется въ зависимость или наступленіе правоотношенія, или его уничтоженіе (продолженіе его существованія); въ первомъ случаѣ это будетъ отлагательное, суспензивное условіе (*negotium condicione suspenditur*<sup>8</sup>), во второмъ случаѣ—отмѣнительное, резолютивное условіе (*negotium sub condicione resolvitur*<sup>9</sup>).

4) Обстоятельство, отъ котораго дѣйствіе воли поставляется въ зависимость (которое поставляется въ условіе), можетъ быть различное:

а. оно можетъ быть отрицательное или положительное, т. е. дѣйствіе воли можетъ зависѣть или отъ его наступленія, или отъ его ненаступленія<sup>10</sup>; поэтому условія раздѣляются на положительныя и отрицательныя;

б. его наступленіе можетъ или зависѣть единственно отъ произвола лица, условно управомоченнаго, или быть отъ него вполнѣ независимымъ, или независимымъ отчасти. Поэтому условія дѣлятся на *condiciones potestativae, casuales, mixtae*<sup>11</sup>. Выраженіе *cond. casualis* неточно, потому что сюда относится не только условіе, зависящее отъ случая, но также и такое условіе, которое зависить отъ произвола условно-обязаннаго или сторонняго лица. При этомъ необходимо отмѣтить, что условіемъ нельзя поставить

<sup>7</sup> l. 16. D. de ini. test. 28, 3.—<sup>8</sup> l. 79. pr. de cond. 35, 1; l. 5. C. de per. 4, 48; l. 25. C. de don. 8, 53.—<sup>9</sup> l. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 1. D. de l. comm. 18, 3; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4; l. 3. D. de c. e. 18, 1.—<sup>10</sup> l. 7. pr. l. 67. D. de cond. 35, 1; l. 7. D. de v. o. 45, 1.—<sup>11</sup> l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51; l. 4. D. de her. inst. 28, 5; l. 1. § 8. D. si quis om. c. 29, 4; l. 78. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 28. D. de cond. inst. 28, 7; l. 6. C. de nec. her. 6, 27.



простое пожеланіе лица, которое должно что-либо исполнить; иначе говоря: обѣщаніе „centum dare spondes, si voles? spondeo“ ничтожно<sup>12</sup>, потому что содержитъ изъявленіе: я буду обязанъ, если позднѣ захочу. Напротивъ, обѣщаніе того, кто долженъ что либо исполнить, можетъ быть обусловлено дѣйствіемъ, вполнѣ зависящимъ отъ его произвола; иначе говоря: обѣщаніе „centum dare spondes, si Capitolium ascenderis? spondeo“ дѣйствительно<sup>13</sup> (ср. § 396 sub I. 1).

с. Но во всякомъ случаѣ это обстоятельство должно быть неизвѣстное, поэтому не будетъ условіемъ въ собственномъ смыслѣ:

а. необходимое условіе (condicio quae omnimodo exstitura est<sup>14</sup>), наприм., чья-либо смерть. Сюда также принадлежатъ т. н. отрицательно-невозможныя условія, наприм., обѣщаніе на случай „si coelum digito non attigeris“. Источники, впрочемъ, отрицательно-невозможное условіе называютъ cond. impossibilis<sup>15a</sup>, ср. § 57 sub II;

б. невозможное условіе (condicio impossibilis), т. е. обстоятельство, о которомъ объективно извѣстно (но можетъ быть неизвѣстно дѣйствующему лицу), что оно не наступитъ<sup>16</sup>, ср. § 57 sub IV;

γ. условіе, заключающееся въ современномъ или прошедшемъ обстоятельстве (condicio in praesens vel in praeteritum collata), напр., обѣщаніе на случай „si rex Parthorum vivit, si Titius consul fuit“<sup>17</sup>, ср. § 57 sub III.

Означенныя выше условія: молчаливыя, необходимыя, невозможныя, относящіяся къ настоящему или прошедшему, называются условіями не въ собственномъ смыслѣ, мнимыми условіями въ противоположность къ условіямъ въ собственномъ смыслѣ, истиннымъ условіямъ.

<sup>12</sup> I. 8. D. de o. et a. 44, 7; I. 17. I. 46. § 3. I. 108. § 1. D. de v. o. 45, 1; I. 7. pr. D. de c. e. 18, 1; I. 13. C. de c. e. 4, 38; I. 43. § 2. D. de leg. 1 (30); I. 11. § 7 D. de leg. 3 (32); I. 46. § 3. D. de fid. lib. 40, 5.—<sup>13</sup> I. 3. D. de leg. 2 (31); I. 27. § 1. I. 115. § 1. I. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>14</sup> I. 9. § 1. D. de nov. 46, 2.—<sup>15</sup> I. 7. I. 8. D. de v. o. 45, 1; I. 4. § 1. I. 20 pr. D. de cond. inst. 28, 7.—<sup>15a</sup> Ср. приведенныя въ прим. 15 I. 7. I. 4. § 1 I. 20. pr.; напротивъ, I. 7. § 1. D. de cond. 35, 1 повидимому отступаетъ.—<sup>16</sup> I. 31. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>17</sup> I. 120. D. de v. o. 45, 1; § 6. I. de v. o. 3, 15; I. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7; I. 37—I. 39. D. de reb. cred. 12, 1.



### β. УСЛОВІА ВЪ СОБСТВЕННОМЪ СМЫСЛѢ.

#### аа. УСЛОВІЕ СУСПЕНЗИВНОЕ.

##### аа. § 53. Во время нерѣшительнаго состоянія условія.

*Enneccerus*, über den Begriff und die Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. 1872.—*Wendt*, die Lehre von den bedingten Rechtsgeschäften. 1872; idem, das bedingte Forderungsrecht. 1873.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. §§ 13. слѣд.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 16. 38—53. 59 ff. 1888. 1889.—*Savigny*, § 120.—*Vangerow*, § 95.—*Windscheid*, § 89.—*Brinz*, § 542.—*Bekker*, § 116.—*Regelsberger*, § 155.

Суспензивнымъ называется такое условіе, по которому наступленіе правоотношенія поставлено въ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельство. Характеристическая черта всякаго истиннаго условія состоитъ въ томъ, что до своего наступленія или ненаступленія (во время нерѣшительнаго состоянія, *condicio pendet*) оно производитъ неопредѣленное состояніе; поэтому изъ сдѣлки, заключенной подъ суспензивнымъ условіемъ, не возникаетъ еще готовое правоотношеніе, а только возможность его. Это положеніе нуждается въ болѣе подробномъ объясненіи.

1. Не возникаетъ готовое правоотношеніе. Поэтому, если вещь передана въ собственность подъ суспензивнымъ условіемъ, то получатель пока еще не собственникъ<sup>1</sup>. Если кто принялъ обязательственное обѣщаніе подъ сусп. условіемъ, то такому вѣрителю въ промежуточный періодъ еще не принадлежитъ ни права требованія, ни иска объ удовлетвореніи<sup>2</sup>, а если обѣщанное по извинительному заблужденію было предоставлено уже теперь, то его можно вытребовать обратно (поср. *condictio indebiti*)<sup>4</sup>.

2. Возникаетъ возможность готоваго (окончательнаго) правоотношенія, которая уже теперь имѣетъ значеніе какъ для лица, получающаго выгоду по суспензивно-условной сдѣлкѣ, такъ и для лица, обременяемаго ею. Имущество лица, получающаго выгоду, увеличено уже надеждою (*spes*) на позднѣйшее приобрѣтеніе<sup>5</sup>; эта надежда въ случаѣ сдѣлокъ между живыми переходитъ по

<sup>1</sup> 1. 29. D. de m. c. don. 39, 6; 1. 12. § 2. D. fam. ere. 10, 2.—<sup>2</sup> 1. 8. pr. D. de per. 18, 6; 1. 2. § 2. D. pro emt. 41, 4; 1. 1. § 2. D. pro dote 41, 9.—<sup>3</sup> 1. 13. § 5. D. de pign. 20, 1.—<sup>4</sup> 1. 16. 1. 18. 1. 44. 1. 56. D. de c. i. 12, 6.—<sup>5</sup> 1. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6.—<sup>6</sup> 1. 42. pr. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>7</sup> 1. 27. pr. D. qui et a quibus 40, 9.—<sup>8</sup> § 4. I. de v. o. 3, 15; cf. 1. 54. D. de v. s. 50, 16.



наслѣдству<sup>9</sup>, въ случаѣ сдѣлокъ на случай смерти наслѣдованію не подлежитъ<sup>10</sup>. Если будущему осуществленію надежды угрожаютъ дѣйствія противной стороны, то можно потребовать обезпеченія (*cautio*)<sup>11</sup>.— Лицо, къ *обремененію* котораго клонится сдѣлка, связано уже теперь; такъ, напр., хотя передавшій вещь въ собственность подъ суспензивнымъ условіемъ считается пока еще собственникомъ и располагаетъ исключительно всѣми исками изъ права собственности<sup>11а</sup>, но его собственность сдѣлалась (какъ теперь обыкновенно выражаются) вещно-связанною, его собственность превратилась въ *dominium revocabile* (§ 128), а потому его распоряженія вещью (полное отчужденіе, обремененіе правами и т. д.) ограничиваются надеждою управомоченнаго и дѣйствительны только до момента ея осуществленія<sup>12</sup>, а такія распоряженія, которыя, будучи разъ совершены, уже не могутъ подвергнуться обратному уничтоженію (напр., отпущеніе раба на свободу, превращеніе участка въ мѣсто погребенія), вообще изъяты изъ его власти<sup>12а</sup>. Въ случаѣ смерти *tradentis* по сдѣлкѣ обязаны его наслѣдники<sup>13</sup>. Равнымъ образомъ лицо, обѣщавшее что нибудь подъ суспензивнымъ условіемъ, не считается пока должникомъ и не можетъ подвергнуться иску объ удовлетвореніи<sup>14</sup>, но все-таки оно связано своимъ обѣщаніемъ; точно также связаны и его наслѣдники<sup>15</sup>.

### § 54. Исполнившееся и неисполнившееся суспензивное условіе.

*Savigny*, §§ 118. 119.—*Vangerow*, §§ 94. 435.—*Windscheid*, § 92.—*Brinz*, § 543.—*Bekker*, § 116.—*Regelsberger*, § 154.

Нерѣшительность условія есть состояніе преходящее, прекращающееся исполненіемъ или неисполненіемъ условія. При этомъ возникаютъ два вопроса:

<sup>9</sup> § 4. I. de v. o. 3, 16; § 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 8. pr. D. de per. et comm. 18, 6.—<sup>10</sup> l. 5. § 2. D. quando dies 36, 2; l. un. § 7. C. de cad. toll. 6, 51.—<sup>11</sup> l. 1. §§ 3. 4. 20. l. 5. pr. § 2. l. 10. D. ut leg. 36, 3; l. 16. pr. D. de h. p. 5, 3; l. 41. D. de iud. 5, 1; l. 38. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1; cf. l. 40. D. de l. Aq. 9, 2.—<sup>11а</sup> l. 29. D. de m. c. d. 39, 6.—<sup>12</sup> l. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; l. 105. D. de cond. 35, 1.—<sup>12а</sup> l. 34. D. de rel. 11, 7; l. 11. D. de manum. 40, 1; l. 105. D. d. cond. 35, 1.—<sup>13</sup> l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; противорѣчитъ l. 9. § 1. D. de i. d. 23, 3; это противорѣчіе еще не выяснено.—<sup>14</sup> l. 13. § 5. D. de pign. 20, 1.—<sup>15</sup> § 25. I. de inut. st. 3, 19; l. 36. § 1. D. de usufr. 7, 1; l. 18. pr. D. de per. 18, 6; l. 57. D. de v. o. 45, 1.—<sup>16</sup> l. 36. D. de r. c. 12, 1; l. 80. l. 83. D. de iure dot. 23, 3; l. 60. § 1. D. c. i. 12, 6.



I. когда условіе должно считаться исполнившимся или неисполнившимся?

II. каково дѣйствіе неисполнившагося и исполнившагося условія (§ 55)?

I. *Неисполненіе или исполненіе условія* зависитъ отъ содержанія обстоятельства, поставленнаго въ условіе, т. е. отъ того, принадлежитъ ли условіе къ числу положительныхъ или отрицательныхъ, къ числу потестативныхъ, казуальныхъ или смѣшанныхъ условій. Общія правила по этому вопросу установить трудно; достаточно замѣтить, что отрицательныя условія считаются исполнившимися лишь съ того момента, когда стало невозможнымъ обстоятельство, ненаступленіе котораго поставлено въ условіе<sup>1</sup>, напр., если то лицо, которое не должно чего либо дѣлать, умерло.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ условіе, на дѣль неисполнившееся, признается исполненнымъ (вѣрнѣе, на исполненіе условія не обращается вниманія):

1. Во *всѣхъ* юридическихъ сдѣлкахъ всѣ условія признаются исполнившимися, если то лицо, которое имѣетъ интересъ въ неисполненіи условія, *умышленно* (dolose)<sup>2</sup> противодѣйствуетъ его исполненію<sup>3</sup>.

2. Въ распоряженіяхъ на случай смерти смѣшанныя условія считаются исполненными, если третье лицо, содѣйствіе котораго необходимо для ихъ исполненія и въ интересѣ котораго поставлено условіе, отказывается въ своемъ содѣйствіи; такъ, считается исполнившимся: условіе дать какую либо вещь извѣстному лицу, если послѣднее отказывается принять предложенное, условіе жениться на извѣстной женщинѣ, если послѣдняя не соглашается на бракъ и т. д.<sup>4</sup> Основаніе этой фикціи исполненія—то, что завѣщатель не поставилъ бы, вѣроятно, условія, если бы предвидѣлъ отказъ третьяго лица; поэтому условіе не признается исполненнымъ, если видна иная воля завѣщателя<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> § 4. I. de v. o. 3, 15; I. 7. pr. I. 73. I. 103. I. 106. D. de cond. 35, 1; I. 115. D. de v. o. 45, 1.—<sup>2</sup> I. 38. D. de statul. 40, 7; I. 50. D. de contr. emt. 18, 1.—<sup>3</sup> I. 161. D. de r. i. 50, 17; I. 24. I. 66. I. 81. I. 110. D. de cond. 35, 1; I. 85. § 7. D. de v. o. 45, 1; I. 50. D. de c. e. 18, 1; I. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; I. 3. I. 4. § 4. I. 20. I. 23. § 1. I. 34. § 1. D. de statul. 40, 7; I. 3. § 9. D. de c. e. d. c. n. s. 12, 4.—<sup>4</sup> I. 5. § 5. D. quando dies 36, 2; I. 19. I. 31. I. 78. pr. D. de cond. 35, 1; I. 11. I. 23. D. de cond. inst. 28, 7; I. 34. § 2. D. de leg. 2 (31); I. 1. C. de his quae sub. modo 6, 45.—<sup>5</sup> I. 23. D. de cond. inst. 28, 7.—<sup>6</sup> c. 66. in VI, de r. i. 5, 12.—<sup>7</sup> I. 20. §§ 3. 4. I. 19.



## 77. § 55. ДѢЙСТВІЕ НЕИСПОЛНЕНІЯ И ИСПОЛНЕНІЯ СУСПЕНЗИВНАГО УСЛОВІЯ.

Ср. соч., прив. къ § 53, далѣе: *Windscheid*, die Wirkung der erfüllten Bedingung. 1852. — *Fitting*, über den Begriff der Rückziehung. 1856. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 2. Стр. 276 слѣд. 304 слѣд. 1882. — *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. § 22. 1888. — *Savigny*, § 120. — *Vangerow*, § 95. — *Windscheid*, §§ 90. 91. — *Prinz*, § 544. — *Bekker*, § 116. — *Regelsberger*, § 156.

II. *Дѣйствіе неисполненія суспензивнаго условія* (*condicio deficiens, extincta*) состоитъ въ томъ, что исчезаетъ надежда условно-управомоченнаго; поэтому отношенія нужно регулировать такъ, какъ если бы надежды совсѣмъ не существовало<sup>1</sup>. *Дѣйствіе исполненія суспензивнаго условія* (*condicio impleta, expleta, existens*) состоитъ въ томъ, что на мѣсто надежды тотчасъ (*ipso iure*) вступаетъ само право: кто получилъ вещь условно въ собственность, тотъ становится *ipso iure* собственникомъ; обязательство, до этого момента условное, становится *perfecta obligatio* и т. д.<sup>2</sup>; съ другой стороны, прекращаются *ipso iure* право собственности лица, отчуждившаго вещь подъ суспензивнымъ условіемъ, а равно и вещныя права, установленныя имъ въ промежуточное время (ср. § 128 sub V). Въ настоящее время сталъ очень спорнымъ вопросъ, должно ли послѣ исполненія суспензивнаго условія поступать такъ, какъ если бы послѣдствія исполненія наступили тотчасъ при заключеніи сдѣлки, иначе говоря: имѣетъ ли исполненіе условія обратное дѣйствіе, т. е. относится ли оно назадъ (*retrotrahitur*) къ моменту заключенія сдѣлки? Внутреннія основанія говорятъ въ пользу отрицательнаго отвѣта (въ случаѣ отсутствія противной воли сторонъ), ибо въ высшей степени было бы неудобно такъ передѣлывать юридическое положеніе, которое существовало извѣстный періодъ времени и съ которымъ, быть можетъ, связано много другихъ правоотношеній, чтобы оно признавалось за несуществовавшее совсѣмъ. Между римскими юристами этотъ вопросъ тоже, повидимому, былъ подвергнутъ спорамъ<sup>3</sup>; вслѣдствіе этого

1. 3. pr. §§ 8. 10. 11. l. 4. §§ 2. 5. 6. l. 5. pr. l. 28. pr. l. 39. § 4. D. de statulib. 40, 7; l. 55. pr. §§ 1. 2. D. de man. test. 40, 4; l. 94. pr. § 1. D. de cond. 35, 1.—<sup>2</sup> l. 54. § 2. D. de leg. 1. (30).—<sup>3</sup> l. 23. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 31. l. 94. pr. i. f. l. 112. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 4. C. de cond. ins. 6, 46.

<sup>1</sup> l. 37. i. f. D. de c. e. 18, 1; l. 15. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 19. D. de her. vend. 18, 4.—<sup>2</sup> l. 8. D. de peric. 18, 6; l. 26. D. de cond. inst. 28, 7; l. 2. § 5. D. de don. 39, 5; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>3</sup> Gai. 2. 200, 244; l. 11. § 3. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 41. § 2. D. de leg. 1 (30).



въ компиляцію Юстиніана попало нѣсколько фрагментовъ, въ которыхъ весьма рѣзко выставленъ принципъ обратнаго дѣйствія при обязательствахъ изъ договоровъ<sup>4</sup>; но частныя рѣшенія источниковъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ даютъ возможность утверждать, что обратное дѣйствіе исполненія условій должно быть отвергнуто<sup>5—11</sup>.

### bb. § 56. Резолютивное условіе.

*Tibaut*, civilistische Abhandlungen. S. 359 ff. 1814. — *Czyhlarz*, zur Lehre von den Resolutivbedingungen. 1871. — *Schulin*, über Resolutivbedingungen und Endtermine. 1875. — *Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. § 17. 1877. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 2. Стр. 282 сл. 312 сл. 1882. — *Savigny*, § 120. — *Vangerow*, § 96. — *Windscheid*, §§ 89—192. — *Brinz*, § 545. — *Bekker*, § 116.

*Резолютивнымъ называется такое условіе, по которому продолженіе (уничтоженіе) правоотношенія поставлено съ зависимость отъ какого либо неизвѣстнаго обстоятельства.*

I. Во время нерушимаго состоянія резолютивнаго условія юридическая сдѣлка находится въ полномъ дѣйствіи, какъ если бы она была заключена безусловно<sup>1</sup>; условнымъ здѣсь является не все правоотношеніе, а только продолженіе его существованія (*negotium parum sed quod sub condicione resolvitur*<sup>2</sup>); право, установленное подъ резолютивнымъ условіемъ, можетъ прекратиться (именно въ томъ случаѣ, если условіе исполнится), въ частности резолютивно-условная собственность есть *dominium revocabile* (§ 128), и это прекращеніе распространяется на всѣ дальнѣйшія права, основанныя на прекращенномъ правѣ. Для противной стороны прекратимость служитъ основаніемъ надежды на прекращеніе права, которая переходитъ по наслѣдству и при

<sup>4</sup> 1. 11. § 1. D. qui pot. 20, 4; 1. 8. pr. D. de per. 18, 6; 1. 26. D. de stip. serv. 45, 3; 1. 16. D. de sol. 46, 3; 1. 3. § 3. C. comm. de leg. 6, 43. —<sup>5</sup> 1. 1. pr. 1. 2. § 5. D. de don. 39, 5; 1. 11. §§ 1—9. D. de d. i. v. et u. 24, 1; 1. 2. D. de m. c. don. 39, 6; 1. 1. § 2. D. pro dote 41, 9; 1. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6. —<sup>6</sup> 1. 1. § 4. D. de set. Sil. 29, 5; 1. 12. § 5. D. de usufr. 7, 1; 1. 16. l. 17. D. qu. m. usufr. am. 7, 4; 1. 11. § 1. D. qu. serv. am. 8, 6; 1. 6. D. de manum. test. 40, 4; 1. 3. D. de serv. leg. 33, 3; 1. 14. § 3. D. quando dies 36, 2; 1. 13. § 8. D. de acc. 46, 4; 1. 15. § 6. l. 24. § 1. l. 88. § 3. D. ad. l. Falc. 35, 2; 1. 18. pr. 1. 33. l. 57. pr. D. ad. set. Treb. 36, 1. —<sup>7</sup> 1. 8. pr. D. de per. 18, 6; 1. 14. pr. D. de nov. 46, 2. —<sup>8</sup> 1. 31. l. 98. pr. D. de v. o. 45, 1; 1. 61. D. de c. e. 18, 1. —<sup>9</sup> 1. 14. § 1. D. de nov. 46, 2. —<sup>10</sup> 1. 72. D. de fid. 46, 1. —<sup>11</sup> 1. 30. § 4. D. de leg. 1 (30); cf. 1. 22. pr. D. quando dies. 36, 2.

<sup>1</sup> 1. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2 —<sup>2</sup> 1. 2. pr. D. de in diem add. 18, 2; 1. 1. D. de l. comm. 18, 3; 1. 2. § 4. D. pro emt. 41. 4.



извѣстныхъ обстоятельствахъ (§ 53 пр. 11) даетъ право требовать обезпеченія (*cautio*).

II. *Исполненіе и неисполненіе* резолютивнаго условія подчиняется началамъ § 54-го.

III. *Дѣйствіе неисполненія резолютивнаго условія* состоитъ въ томъ, что исчезаетъ прекратимость правоотношенія и надежда на его прекращеніе; правоотношеніе продолжаетъ впродъ существовать. *Дѣйствіе исполненія резолютивнаго условія* состоитъ въ томъ, что право тотчасъ же (*ipso iure*) прекращается<sup>3</sup>, а съ нимъ прекращаются и основанныя на немъ дальнѣйшія права<sup>4</sup> (ср. § 128 sub V); поэтому лицо, которое продало и передало свои вещи подъ резолютивнымъ условіемъ, послѣ наступленія послѣдняго можетъ выбирать между личнымъ искомъ (*actio venditi*<sup>5</sup>) и вещнымъ (*rei vindicatio*<sup>6</sup>), для того чтобы вытребовать вещь назадъ.— И тутъ существуетъ спорный вопросъ объ обратномъ дѣйствіи исполненія резолютивнаго условія; и здѣсь его слѣдуетъ рѣшить отрицательно<sup>7</sup>; хотя лицо, которое приобрѣло что либо подъ резолютивнымъ условіемъ, во многихъ случаяхъ (именно, если на это направлена воля сторонъ) *обязано (obligatio)* выдать противной сторонѣ плоды и прочную прибыль<sup>8</sup>, но это вовсе не говоритъ въ пользу обратнаго дѣйствія; напротивъ, если бы послѣдовало обратное дѣйствіе, то плоды и прочая прибыль *ipso iure* перешли бы въ собственность противной стороны.

#### γ. § 57. Мнимыя условія.

*W. Sell*, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. 1834.—*Savigny*, § 121.—*Vangerow*, § 93.—*Windscheid*, §§ 93. 94.—*Brinz*, §§ 538. 539.—*Bekker*, § 117.

I. Юридическія сдѣлки, заключающія въ себѣ *молчаливое условіе*, не суть сдѣлки условныя. Хотя онѣ и производятъ нерѣшительное состояніе, но послѣднее не возникаетъ изъ произвола сторонъ и поэтому подлежитъ не правиламъ условныхъ сдѣлокъ, а особымъ нормамъ права.

<sup>3</sup> l. 41. pr. D. de r. v. 6, 1.—<sup>4</sup> l. 4. § 3. D. de in diem add. 18, 2; l. 31. D. de pign. 20, 1.—<sup>5</sup> l. 4. pr. l. 5. D. de l. comm. 18, 3; l. 4. § 4. l. 16. D. de in diem add. 18, 2.—<sup>6</sup> l. 8. D. de l. comm. 18, 3; l. 4. C. de pactis inter emt. 4, 54; l. 29. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>7</sup> l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 3. D. de in d. add. 18, 2; l. 2. D. de l. comm. 18, 3.—<sup>8</sup> l. 6. pr. D. de in diem add. 18, 2; l. 4. pr. § 1. l. 5. D. de l. comm. 18, 3; l. 38. §§ 2. 3. D. de usur. 22, 1.



II. Юридическія сдѣлки, заключенныя подь *необходимымъ условіемъ*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія; сдѣлка представляется не условною, но срочною (§ 59), а правоотношеніе, смотря по тому, поставлено ли мнимое условіе въ видѣ суспензивнаго или въ видѣ резолютивнаго, вступаетъ въ дѣйствіе или заканчивается съ наступленіемъ обстоятельства, названнаго въ мнимомъ условіи<sup>3</sup>.

III. Юридическія сдѣлки, заключенныя подь условіемъ, относящимся къ *прошедшему или къ настоящему*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія (*объективной неизвѣстности*); здѣсь только существуетъ *субъективная* неизвѣстность, если дѣйствующія лица недостаточно знакомы съ фактическими отношеніями; юридическая сдѣлка съ самаго начала дѣйствительна или ничтожна, смотря по тому, существуетъ ли предположенное обстоятельство или нѣтъ<sup>4</sup>.

IV. Юридическія сдѣлки, которыя заключены подь *невозможнымъ условіемъ*, не производятъ нерѣшительнаго состоянія. Что касается невозможности условія, то безразлично, будетъ ли она абсолютною или относительною, т. е. все равно, должно ли не наступить его исполненіе по законамъ природы при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ, или вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ даннаго случая (поэтому является невозможнымъ условіе уплатить извѣстную сумму денегъ лицу уже умершему или погасить несуществующій долгъ<sup>5</sup>). Условіе невозможно только въ томъ случаѣ, если его исполненіе не можетъ никогда наступить, но если оно могло исполниться въ продолженіе извѣстнаго періода времени, а потомъ уже стало неисполнимымъ, то такое условіе считается не невозможнымъ, а неисполненнымъ<sup>6</sup>. Причина невозможности условія можетъ заключаться какъ въ фактическихъ обстоятельствахъ,

11. 12. D. de cond. inst. 28, 7; l. 47. D. de cond. 35, 1. —<sup>2</sup>l. 22. § 1. D. quando dies 36, 2; cf. l. 99. l. 107. D. de cond. 35, 1; l. 21. § 1. l. 25. § 1. D. quando dies 36, 2. —<sup>3</sup>l. 9. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 7. l. 8. D. de v. o. 45, 1; l. 17. l. 18. D. de c. i. 12, 6; l. 50. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 79. pr. D. de cond. 35, 1. —<sup>4</sup>l. 16. D. de ini. test. 28, 3; l. 3. § 13. D. de bon. lib. 38, 2; l. 10. § 1. D. de cond. inst. 28, 7; § 6. I. de v. o. 3, 15; ll. 37—39. D. de r. c. 12, 1; l. 100. l. 120. D. de v. o. 45, 1. —<sup>5</sup>l. 72. § 7. l. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 45. D. de her. inst. 28, 5; l. 26. § 1. D. de statul. 40, 7. —<sup>6</sup>l. 94. pr. D. de cond. 35, 1; l. 19. l. 20. § 3. D. de statul. 40, 7; l. 23. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2. —<sup>7</sup>l. 58. D. de cond. 35, 1; l. 83. § 5. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; l. 34. § 2. D. de c. e. 18, 1.



такъ и въ предписаніяхъ права, напр., *si rem sacram Titius venderit* <sup>8</sup>.—Сдѣлка, заключенная подъ невозможнымъ резолютивнымъ условіемъ, остается въ дѣйстви навсегда. Сдѣлку, заключенную подъ невозможнымъ суспензивнымъ условіемъ, соблюдая строгую послѣдовательность, должно бы признать ничтожною съ самаго начала; но это слѣдствіе признано римскимъ правомъ лишь для сдѣлокъ между живыми <sup>9</sup>; при сдѣлкѣ на случай смерти, если только въ ней вообще можно видѣть разумное распоряженіе <sup>10</sup>, на невозможное условіе (по мнѣнію сабинянцевъ, одержавшему верхъ <sup>11</sup>) вниманія не обращается, и сдѣлка признается безусловною <sup>12</sup>. Только одинъ видъ невозможныхъ условій влечетъ за собою ничтожность сдѣлки на случай смерти; это — т. н. *condiciones perplexae*—условія, которыя состоятъ во внутреннемъ противорѣчій съ главною волею, напр., отпущеніе раба на волю, совершенное на случай смерти подъ условіемъ, если наслѣдникъ его отчудить; назначеніе наслѣдника словами: *si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto* <sup>13</sup>.

### д. § 58. Недопустимость условій.

*Jörs*, Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I, 21 ff. 1888.—*Savigny*, §§ 121—124.—*Vangerow*, §§ 93. 434.—*Windscheid*, §§ 94. 95.—*Bekker*, § 117.—*Regelsberger*, § 153.

I. Есть такія сдѣлки, къ которымъ *никогда* нельзя прибавлять условій, даже и мнимыхъ (а также срока), въ противномъ случаѣ сдѣлка ничтожна <sup>1</sup>. Это—*emancipatio*, *acceptilatio*, принятіе наслѣдства, назначеніе опекуна опекунскимъ учрежденіемъ, выборъ отказанной вещи изъ ряда предметовъ. Эти сдѣлки названы въ одномъ мѣстѣ источниковъ <sup>2</sup> *actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem*, опредѣленіе, которое, вѣроятно, имѣетъ въ виду древнѣйшія

<sup>8</sup> l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; § 11. I. de inut. st. 3, 19; l. 72. § 7. D. de cond. 35, 1.—<sup>9</sup> § 11. I. de inut. st. 3, 19; l. 7. l. 137. § 6. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 11. l. 31. D. de o. et a. 44, 7; l. 9. § 6. D. de r. c. 12, 1; l. 29. D. de fid. 46, 1.—<sup>10</sup> l. 4. § 1. D. de statul. 40, 7.—<sup>11</sup> Gai. 3, 98.—<sup>12</sup> § 10. I. de her. inst. 2, 14; l. 3. l. 6. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 1. l. 6. l. 20. pr. D. de cond. inst. 28, 7; l. 16. i. f. D. de ini. 28, 3. l. 104. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 5. § 4. D. quando dies 36, 2.—<sup>13</sup> l. 39. D. de man. test. 40, 4; l. 16. D. de cond. inst. 28, 7; l. 88. pr. D. ad l. Falc. 35, 2.

<sup>1</sup> l. 77. D. de r. i. 50, 17; l. 51. § 2. D. de a. h. 29, 2; fr. Vat. § 329.—<sup>2</sup> l. 77. D. de r. i. 50, 17.—<sup>3</sup> l. 32. l. 36. pr. § 1. C. de inoff. test. 3, 24; Nov. 18. c. 3.



формальные сдѣлки древняго *ius civile*.—Нельзя также совершить *adoptio* подъ условіемъ (или срокомъ <sup>3а</sup>).

II. Есть сдѣлки, къ которымъ нельзя прибавлять *нѣкоторыхъ условий*. Такъ, къ назначенію наслѣдника (кромѣ *testamenta militum* <sup>4</sup>, § 401, пр. 1) нельзя прибавить резолютивнаго условія <sup>5</sup>.

III. *Условныя* юр. сдѣлки недозволены, если ими поощряются дѣйствія *неправомѣрныя* или *безнравственныя* (*condicio turpis*); совершеніе запрещеннаго дѣйствія или упущеніе предписаннаго не должно быть паграждаемо; дѣйствія или упущенія, которыя должны быть предприняты нравственно-свободно, нельзя поставлять въ зависимость отъ денежной выгоды или потери. Поэтому, напр., недозволено предоставленіе выгоды лицу подъ условіемъ, что оно совершитъ преступленіе <sup>8</sup>. Недозволено предоставленіе выгоды подъ условіемъ безбрачія <sup>12</sup> (Юстиніанъ дозволилъ только условіе вдовства <sup>13</sup>), подъ условіемъ развода <sup>14</sup>, подъ условіемъ выбрать себѣ въ супруги лицо, на которое будетъ угодно указать стороннему лицу <sup>15</sup>. Недозволено обѣщаніе уплатить неустойку подъ условіемъ, если обѣщающій не заключить даннаго брака или разведется <sup>16</sup> (потому что заключеніе и продолженіе брака должно быть свободнымъ). Недозволено предоставленіе выгоды подъ условіемъ жить всегда въ опредѣленномъ мѣстѣ или поставить свое мѣстожителство въ зависимость отъ мѣстожителства другого <sup>18</sup>.—Во всѣхъ названныхъ выше случаяхъ недозволенные условія обсуждаются, какъ невозможныя <sup>21</sup>, т. е., будучи прибавлены въ видѣ резолютивныхъ условій, они уничтожаются, а сдѣлка считается дѣйствительною безусловно; будучи прибавлены въ видѣ условій суспензивныхъ,

<sup>3а</sup> l. 34. D. de ad. 1, 7.—<sup>4</sup> l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1; это отгнѣнили Reichsmilitärsgesetz 2 мая 1874 г. § 44.—<sup>5</sup> l. 88 i. f. D. de her. inst. 28, 5.—<sup>6</sup> l. 15. D. de cond. inst. 28, 7; l. 4. C. de inst. 6, 25.—<sup>7</sup> l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 55. D. de leg. 1 (30)—<sup>8</sup> l. 123. D. de v. o. 45, 1.—<sup>9</sup> l. 121. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 50. D. de pact. 2, 14; l. 1. l. 2. C. si manc. 4, 56.—<sup>10</sup> l. 26. l. 27. D. de v. o. 45, 1; § 24. l. de inut. st. 3, 19.—<sup>11</sup> l. 7. § 3. D. de pact. 2, 14; l. 1. § 2. l. 2. D. de cond. ob t. e. 12, 5; l. 5. D. de tut. et rat. 27, 3.—<sup>12</sup> l. 22. l. 63. § 1. l. 72. § 5. l. 74. l. 77. § 2. l. 100. D. de cond. 35, 1; l. 65. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1.—<sup>13</sup> l. 2. l. 3. C. de ind. vid. 6, 40; Nov. 22. c. 43. c. 44.—<sup>14</sup> l. 8. § 1. D. de usu 7, 8; l. 5. C. de inst. 6, 25.—<sup>15</sup> l. 28. pr. l. 72. § 4. D. de cond. 35, 1.—<sup>16</sup> l. 71. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. st. 8, 39.—<sup>17</sup> l. 63. pr. § 1. l. 64. pr. l. 71. pr. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 2. C. de inst. 6, 25.—<sup>18</sup> l. 71. § 2. D. de cond. 35, 1.—<sup>19</sup> l. 71. § 2. l. 13. § 1. D. de cond. 35, 1; l. 44. D. de manum. test. 40, 4; l. 18. §§ 1. 2. D. de alim. 34, 1.—<sup>20</sup> l. 61. D. de v. o. 45, 1.—<sup>21</sup> l. 15. D. de cond. inst. 28, 7.



они имѣютъ послѣдствіемъ ничтожность сдѣлки между живыми, а при сдѣлкахъ на случай смерти они сами оставляются безъ послѣдствій.—Спорнымъ является вопросъ, принадлежитъ ли условіе перемѣнить или сохранить религію тоже къ числу недозволенныхъ; источники не занимаются этимъ вопросомъ; по правильному мнѣнію, это—условіе недозволенное, потому что вѣроисповѣданіе должно зависѣть отъ свободнаго убѣжденія, а не подвергаться вліянію денежныхъ расчетовъ. Напротивъ, нѣтъ ничего недозволеннаго въ томъ случаѣ, если кто либо устанавливаетъ учрежденіе „для исповѣдующихъ такую-то вѣру“, „для католическихъ членовъ своей семьи“, ибо въ этомъ дѣйствіи не заключается приглашенія иновѣрныхъ перемѣнить свою религію.—Смѣшныя условія (*condiciones derisoriae*) причисляются къ недозволеннымъ <sup>22</sup>.

### в. § 59. Сроки.

у. *Scheurl*, die Lehre von den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte. §§ 2—4<sup>6</sup>—18. 1871.—*Schulin* и *Karlowa*, въ книгахъ, прив. къ § 56.—*Ihering*, gasam, melte Aufsätze. Bd. 2. стр. 284 слѣд. 348 слѣд. 1882.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 23. 24. 34—37. 1888. 1889.—*Siméon*, das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts. 1889.—*Savigny*, §§ 125—127.—*Vangerow*, § 97.—*Windscheid*, §§ 96. 96a.—*Brinz*, §§ 551—553.—*Bekker*, § 114.—*Regelsberger*, §§ 157. 158.

1. *Понятіе срока и сравненіе его съ условіемъ. Срокъ (dies) есть такое опредѣленіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому дѣйствіе воли лица, совершающаго сдѣлку, устанавливается только на известное время. Срокъ рѣзко отличается отъ условія. Условіе устанавливаетъ дѣйствіе воли лишь на недостоверный случай или до недостовернаго случая, срокъ—на случай достоверный или до случая достовернаго. Въ случаѣ отлагательнаго условія правоотношеніе можетъ въ послѣдствіи совѣмъ не осуществиться, въ случаѣ отлагательнаго срока (т. н. *dies ex quo*, начальный срокъ, въ источникахъ: *stipulatio in diem*, *debitum ex die*, *hereditas ex die*) оно осуществится навѣрно. Въ случаѣ отмѣнительнаго условія правоотношеніе, можетъ быть, въ послѣдствіи прекратится, въ случаѣ отмѣнительнаго срока (т. н. *dies ad quem*, конечный срокъ, въ источникахъ: *stipulatio, debitum, hereditas ad diem*) оно прекратится навѣрно. — Но часто срокъ соединяется съ условіемъ. Дѣло въ томъ, что срокъ можетъ быть обозначенъ или непосред-*

<sup>22</sup> l. 14. D. de cond. inst. 28, 7; cf. l. 71. pr. D. de leg. 1 (30).



ственно, назначеніемъ дня по календарю, или посредственно, отнесеніемъ его къ будущему событію; въ первомъ случаѣ мы имѣемъ чистый срокъ; во второмъ—чистый срокъ будетъ только тогда налицо, когда данное событіе достовѣрно (напр., смерть такого-то лица); если же оно недостовѣрно, то мы имѣемъ соединеніе условія и срока; при этомъ безразлично, можетъ ли моментъ времени быть опредѣленъ исчисленіемъ (день совершеннолѣтія, день полнолѣтія<sup>1</sup>), или не можетъ (напр., день свадьбы<sup>2</sup>). Новые юристы выражаютъ это обыкновенно слѣд. образомъ: чистый срокъ заключается лишь въ *dies certus an et quando* и въ *dies certus an incertus quando*; напротивъ, въ *dies incertus an et quando* и въ *dies incertus an certus quando* имѣетъ мѣсто соединеніе условія и срока.

II. *Допустимость сроковъ.* Нѣкоторыя сдѣлки не допускаютъ никакихъ сроковъ: упомянутыя въ § 58 I *actus legitimi* и назначеніе наследника (кроме завѣщаній солдатъ<sup>3</sup>, § 401 пр. 1).

III. *Дѣйствіе отлагательнаго срока.* Спорно, возникаетъ ли само правоотношеніе тотчасъ послѣ заключенія юр. сдѣлки съ отлагательнымъ срокомъ и только его дѣйствіе или исковое осуществленіе откладывается до назначеннаго времени, или же правоотношеніе возникаетъ *ipso iure* лишь съ наступленіемъ срока. По отношенію къ вещнымъ правамъ, по яснымъ опредѣленіямъ источниковъ<sup>4</sup>, оказывается вѣрнымъ второе мнѣніе; относительно же обязательствъ источники колеблются между первымъ и вторымъ<sup>5</sup>; слѣдовало бы предпочесть первое мнѣніе, такъ какъ

<sup>1</sup> I. 22. пр. D. quando dies 36, 2.—<sup>2</sup> I. 21. пр. D. quando dies 36, 2; I. 56. D. de c. i. 12, 6; I. 8. C. de test. man. 7, 2.—<sup>3</sup> I. 75. l. 79. § 1. D. de cond. 35, 1; I. 4. l. 13. D. quando dies 36, 2; I. 12. § 1. D. de leg. 2 (31); I. 104. § 6. D. de leg. 1 (30).—<sup>4</sup> I. 21. пр. I. 22. пр. D. quando dies 36, 2; I. 36. § 1. D. de cond. 35, 1; I. 49. §§ 2. 3. D. de leg. 1 (30).—<sup>5a</sup> I. 68. § 3. D. de leg. 1 (30).—<sup>5</sup> I. 46. D. ad. sct. Tr. 36, 1; I. 26. § 2. D. quando dies 36, 2; I. 18. § 2. D. de al. 34, 1; I. 5. C. quando dies 6, 53.—<sup>6</sup> I. 34. D. de her. inst. 28, 5; § 9. I. eod. 2, 14, l. 15. § 4. D. de test. mil. 29, 1; это отмѣнил Reichsmilitärgesetz 2-го мая 1874 г. § 44.—<sup>7</sup> Исключеніе см. въ I. 4. D. de serv. 8, 1.—<sup>8</sup> I. 6. D. de us. leg. 33, 2; I. 6. пр. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>9</sup> fr. Vat. § 283; I. 4. D. de serv. 8, 1; I. 56. § 4. D. de v. o. 45, 1; I. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. de v. o. 3, 15; I. 55. D. de leg. 1 (30); I. 26. C. de leg. 6, 37; I. 2. C. de don. s. mod. 8, 54.—<sup>10</sup> I. 1. § 2. D. qu. m. us. am. 7, 4; I. 9. § 2. D. usufr. qu. cav. 7, 9; I. 72. § 5. D. de cond. 35, 1; I. 2. пр. D. de statul. 40, 7.—<sup>11</sup> См. съ одной стороны Gai. 3, 124; I. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; I. 41. § 1. D. de v. o. 45, 1; съ другой стороны § 2. I. de v. o. 3, 15; I. 46. пр. D. eod. 45, 1; I. 213. D. de v. s. 50, 16.



объщающій является тотчасъ связаннымъ: *in diem debitor*, который уплатить по извинительному заблужденію свой долгъ еще до наступленія срока, не можетъ уплаченнаго потребовать (посредствомъ *condicio indebiti*) назадъ<sup>12</sup>; далѣе, ожиданіе отказа, оставленнаго подъ вполнѣ опредѣленнымъ срокомъ (*dies certus an et quando*), приобрѣтается тотчасъ со смертью наследодателя и переходитъ поэтому къ наследникамъ получающаго отказъ, если послѣдній умираетъ до срока<sup>13</sup> (ср. § 443 sub I).

IV. *Дѣйствіе отлѣнительнаго срока.* Въ немногихъ случаяхъ (въ которыхъ отлѣнительный срокъ допускался уже въ древнемъ *ius civile*) право съ наступленіемъ конечнаго срока *ipso iure* прекращается<sup>14</sup>, а съ нимъ вмѣстѣ прекращаются и права, происшедшія отъ него въ промежуточное время (такъ, при *ususfructus*, при закладномъ правѣ). Въ прочихъ случаяхъ, по римскому праву, временно-ограниченное право не прекращается *ipso iure*<sup>15</sup>; для временно-управомоченнаго возникаетъ только личная обязанность отказаться отъ права или перенести его обратно и устранить установленныя имъ вещныя права; причина такого явленія заключается въ томъ, что допустимость срока введена впервые преторскимъ эдиктомъ; поэтому въ настоящее время многіе юристы правильно считаютъ это различіе устарѣлымъ: съ наступленіемъ конечнаго срока въ настоящее время *ipso iure* прекращаются временно-ограниченное право и права, происшедшія отъ него. Обратное дѣйствіе прекращенія, конечно, не имѣетъ мѣста.

### с. § 60. Modus (возложеніе). Предположеніе.

v. *Scheurl*, Lehre v. d. Nebenbestimmungen. §§ 71—73. 1871.— *Windscheid*, die Lehre von der Voraussetzung. 1850.— *Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft. Стр. 83—200. 1879.— *Savigny*, §§ 128. 129.— *Vangerow*, § 98.— *Windscheid*, §§ 97—100.— *Brinz*, §§ 556. 557.— *Bekker*, §§ 118. 119.— *Regelsberger*, §§ 166. 167.

I. *Modus.* Къ юр. сдѣлкамъ, направленнымъ на перенесеніе имущественныхъ правъ, могутъ быть прибавлены опредѣленія объ извѣстномъ дѣйствіи, которое обязанъ исполнить приобрѣтающій право; дѣйствіе можетъ состоять въ издержаніи опредѣ-

<sup>12</sup> l. 10. l. 16. l. 17. de c. i. 12, 6. — <sup>13</sup> l. 5. pr. § 1. D. quando dies. 36, 2. — <sup>14</sup> l. 1. § 3. D. qu. m. usufr. 7, 4; l. 16. § 2. D. fam. ere. 10, 2; l. 21. pr. C. de usufr. 3, 33; l. 6. pr. D. qu. m. pign. 20, 6. — <sup>15</sup> l. 4. pr. D. de serv. 8, 1; l. 55. D. de leg. 1 (30); l. 44. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 56. § 4. D. de v. o. 45, 1.



леннымъ образомъ полученнаго или въ какомъ либо другомъ дѣяніи или упущеніи. Такое опредѣленіе, будучи прибавлено къ *возмездной* сдѣлкѣ, образуетъ часть воздѣйствія, къ которому обязана противная сторона; стало быть, его исполненія или убытковъ вслѣдствіе неисполненія можно требовать посредствомъ иска изъ договора; такъ, напр., если покупательъ дома обязывается предоставить въ немъ квартиру продавцу даромъ или за извѣстную плату<sup>1</sup>; если хозяинъ обѣщаетъ давать нанимателю извѣстную сумму денегъ на ремонтъ дома<sup>2</sup>. — Отчасти иныя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если къ безвозмезднымъ сдѣлкамъ (§ 48, а именно, къ назначенію наследника, отказу, даренію) прибавляется опредѣленіе (*modus*, возложеніе, опредѣленіе цѣли, опредѣленіе способа употребленія), что получатель долженъ издержать все полученное или часть его на извѣстную цѣль, или вообще совершить за это какое либо дѣйствіе или упущеніе, напр., *ut monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus aceret vel ut ex eo partem alii restitueret*<sup>3</sup>, или *ut alicui nubat*<sup>4</sup> и т. п.<sup>5</sup>. *Итакъ, modus есть возложеніе обязанности, прибавленное къ какому либо безвозмездному предоставленію выгоды (назначенію наследника, отказу, даренію).* Это есть видъ самоограниченія воли: воля предоставить другому какую либо выгоду безвозмездно и добровольно—возложеніемъ на него обязанности ограничиваетъ самое себя.—*Modus не препятствуетъ приобрѣтенію, но затрудняетъ пользованіе приобрѣтеннымъ:* поэтому призванный къ наследованію можетъ тотчасъ принять наследство, но не пользуется защитой въ своемъ наследственномъ правѣ, пока не исполнитъ *modus*<sup>6а</sup>; управомоченный по отказу или даренію можетъ требовать предоставленія себѣ отказаннаго предмета не прежде, чѣмъ исполнитъ *modus* или обезпечитъ его исполненіе посредствомъ *cautio*<sup>6</sup>. Если наследникъ принялъ наследство или управомоченный по отказу или даренію получилъ предметъ, то:

1. ихъ можно понуждать къ исполненію *modus* или доставле-

<sup>1</sup> l. 21. §§ 4. 6. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>2</sup> l. 58. § 2. D. loc. 19, 2.—<sup>3</sup> l. 17. §. 4. D. de cond. 35. 1.—<sup>4</sup> l. 1. C. de his quae sub. modo 6, 45.—<sup>5</sup> l. 71. pr. §§ 1. 2. l. 80. l. 92 D. de cond. 35, 1; l. 17. § 1. D. de man. test. 40, 4; l. 3. C. de don. quae sub modo 8, 54; l. 49. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>6а</sup> l. 1. § 3. D. ubi pup. ed. 27, 2; l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7.—<sup>6</sup> l. 40. § 5. l. 71. pr. §§ 1. 2. l. 80. D. de cond. 35, 1; l. 19. D. de leg. 3 (32); l. 48. D. de fid. lib. 40, 5.



нiю обезпеченiя. Лицо понуждающее въ отдѣльныхъ случаяхъ бываетъ различно. Если *sub modo* призванъ къ наслѣдованiю единственный наслѣдникъ, то для этого чрезвычайныя принудительныя мѣры примѣняетъ власть<sup>7</sup>; если призвано нѣсколько наслѣдниковъ, то каждый изъ нихъ можетъ принудить другого къ исполненiю *modus* (посредствомъ *act. familiae erciscundae*<sup>8</sup>). Получившаго отказъ или подарокъ къ исполненiю *modus* можетъ принудить наслѣдникъ или даритель (*act. praescriptis verbis*<sup>9</sup>); въ чрезвычайныхъ случаяхъ вмѣшивается власть<sup>10</sup> (напр., въ случаѣ отказа *sub modo* эманципировать свое дитя); если *modus* клонится къ выгодѣ сторонняго лица, то его исполненiя можетъ требовать это послѣднее<sup>11</sup> (§ 217 пр. 10).

2. Если *modus* не исполненъ по винѣ обязаннаго, то наслѣдникъ все-таки не теряетъ наслѣдства (ибо *semel heres semper heres*, § 401 sub I. 1); напротивъ, получившiй отказъ или подарокъ можетъ быть принужденъ наслѣдникомъ или дарителемъ къ возвращенiю полученнаго<sup>12</sup>. Но во всякомъ случаѣ предполагается, что *modus* съ самаго начала не состоялъ въ чемъ либо невозможномъ или неразумномъ и не сдѣлался таковымъ вполнѣдствiи; въ противномъ случаѣ *modus pro non scripto habetur*<sup>13</sup>. Далѣе, предполагается, что *modus* составляетъ какой либо интересъ (имущественный или нравственный) для лица, предоставляющаго выгоду, или для получающаго, или для сторонняго лица; въ противномъ случаѣ, мы имѣемъ дѣло съ простымъ совѣтомъ (*nudum praescriptum*), который не обязываетъ получателя<sup>14</sup>; поэтому, напр., добавленiе къ денежному отказу *modus*, чтобы получающiй купилъ на эти деньги участокъ, дѣйствительно лишь въ томъ случаѣ, если управомоченный есть легкомысленный и неопытный человекъ, котораго наслѣдодатель хотѣлъ охранить отъ растраты отказа<sup>15</sup>.—*Modus* имѣетъ нѣкоторое сходство съ

<sup>7</sup> l. 8. § 6. D. de cond. inst. 28, 7; l. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 1. § 3. D. ubi pup. 27, 2.—<sup>8</sup> l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 18. § 2. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>9</sup> l. 7. i. f. D. de ann. leg. 33, 1; l. 2. C. de don. quae s. mod. 8, 54; l. 9. C. de don. 8, 53. l. 8. C. de rer. perm. 4, 64.—<sup>10</sup> l. 92. D. de cond. 35, 1.—<sup>11</sup> l. 2. C. de his quae sub modo 6, 45; l. 3. C. de don. quae s. mod. 8, 54.—<sup>12</sup> l. 21. § 3. D. de ann. leg. 33, 1; l. 17. D. de usu leg. 33, 2.—<sup>13</sup> l. 7. D. de ann. leg. 33, 1; l. 113. § 5. D. de leg. 1 (30); l. 8. § 7. D. de cond. inst. 28, 7; l. 1. C. de his quae sub modo 6, 45.—<sup>14</sup> l. 13. § 2. D. de i. v. et u. 24, 1; l. 114. § 14. D. de leg. 1 (30); l. 38. § 4. l. 93. пр. D. de leg. 3 (32).—<sup>15</sup> l. 71. пр. D. de cond. 35, 1.



неказуальнымъ суспензивнымъ условіемъ; различіе между ними заключается главнымъ образомъ въ томъ, что въ случаѣ *modus* не бываетъ нерѣшительнаго состоянія, которое сопровождается условною сдѣлку; далѣе, въ томъ, что условно-управомоченный по сдѣлѣкъ подѣ неказуальнымъ условіемъ не обязанъ исполнить условія, между тѣмъ какъ получатель *sub modo* обязанъ исполнить *modus*; обыкновенно это выражаютъ такъ: *суспензивное условіе откладываетъ (супендируетъ) приобрѣтеніе, но не принуждаетъ, modus не откладываетъ приобрѣтенія, но зато принуждаетъ.*

II. *Предположеніе.* Предположеніе, *causa*, иногда *condicio* (понятіе, установленное лишь въ новѣйшее время и далеко не всѣми признанное) есть недоразвитое условіе: лицо, изъявляя волю подѣ предположеніемъ, желаетъ, чтобы правоотношеніе имѣло мѣсто лишь при извѣстномъ положеніи вещей, но не ставитъ правоотношенія въ зависимость отъ этого положенія; поэтому правоотношеніе существуетъ, хотя бы предположеніе не оправдалось, но во многихъ случаяхъ (*не всегда*) можетъ быть опровержено искомъ и возраженіемъ. Къ предположеніямъ относятся: а) мотивъ, а именно, въ области безвозмездныхъ сдѣлокъ въ томъ случаѣ, если при отсутствіи его сдѣлка не была бы заключена, въ области возмездныхъ сдѣлокъ лишь въ томъ случаѣ, если дѣйствующія лица сдѣлали его *составною частью сдѣлки*; напр., если завѣщатель полагаетъ, что его дитя уже умерло, что назначенный наслѣдникомъ есть его дитя, что оставленная имъ вещь — его собственность; если женихъ, дѣлая невѣстѣ подарокъ, думаетъ, что вступить съ одаренною въ бракъ; если совершающій дареніе на случай смерти думаетъ, что не переживетъ одареннаго, или не спасется отъ опасности, угрожающей его жизни (§ 51 пр. 2—11. § 346 пр. 14. § 459 пр. 5. 6); б) цѣль, преслѣдуемая лицомъ при такъ наз. абстрактной сдѣлѣкъ (§ 67), наприм., цѣль посредствомъ перенесенія собственности основать обязательство, установить *dos*, дать *argna*, подарить и т. д. (§ 131 пр. 14 и сл.); далѣе, цѣль сторонъ, заключающихъ абстрактный обязательственный договоръ (§ 214). — Обыкновенно особымъ видомъ предположенія считается и *modus*; по этому поводу необходимо отмѣтить, что *modus* и предположеніе лишь сродны другъ съ другомъ, но содержаніе ихъ не одно и то же: посредствомъ по-



дus преслѣдуется *побочная* цѣль рядомъ съ *главною*; поэтому, если *modus* вслѣдствіе случая не можетъ быть исполненъ, то сдѣлка обсуждается, какъ заключенная безъ *modus* (выше пр. 13); если же не исполняется предположеніе вслѣдствіе случая, то сдѣлка остается оспоримою<sup>16</sup>.

### С. § 61. Содержаніе юр. сдѣлки.

*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. § 14. 1888.—*J. Pfaff*, zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. 1892.—*Neff*, Beitr. zur L. v. d. frau legi facta in den Digesten. 1895.—*Windscheid*, §§ 70. 81. 85.—*Brinz*, §§ 546—548. 555.—*Bekker*, §§ 97. 99. 113.—*Regelsberger*, § 147. 165.

Содержаніе юр. сдѣлки не можетъ быть вполне неопредѣленнымъ: обѣщаніе подарить данному лицу „что нибудь“—ничтожно (§ 208 sub II. 2).—Содержаніе сдѣлки вообще подлежитъ свободному усмотрѣнію совершающаго; оно можетъ относиться къ вещнымъ, обязательственнымъ, семейственнымъ, наследственнымъ правоотношеніямъ; содержаніемъ сдѣлки можетъ быть возникновеніе, перенесеніе, окончаніе, сохраненіе, измѣненіе правоотношенія. Но иногда для этого бываютъ установлены извѣстные предѣлы, о которыхъ мы будемъ говорить особо при отдѣльныхъ институтахъ; *общая* граница заключается въ томъ, что содержаніе сдѣлокъ не можетъ состоять ни въ чемъ такомъ, что физически или юридически невозможно или что запрещено (недозволено). Физически невозможна сдѣлка о погибшей уже вещи<sup>1</sup>. Юридически невозможна сдѣлка о *res extra commercium*<sup>1a</sup>; далѣе, по общему правилу,—*вещное* распоряженіе чужою вещью, потому что обыкновенно право распоряженія вещью принадлежитъ только собственнику, а не-собственнику—лишь съ согласія<sup>2</sup> или утвержденія (*ratihabitio*<sup>3</sup>) собственника, или по особому предписанію закона (какъ, напр., опекуну); напротивъ, *обязательственные* обѣщанія можно брать на себя и относительно чужой вещи<sup>4</sup> (§ 286 пр. 8. § 293 пр. 3).—Запрещеннымъ можетъ быть что либо или положи-

<sup>16</sup> 1. 6. пр. D. de cond. 35, 1; 1. 1. C. de his quae sub modo 6, 45; 1. 2. § 7. D. de don. 39, 5; 1. 7. D. de fid. lib. 40, 5.

<sup>1</sup> 1. 15. пр. D. de c. e. 18, 1.—<sup>1a</sup> 1. 39. §§ 8—10. D. de leg. 1 (30); 1. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; 1. 34. §§ 1. 2. D. de c. e. 18, 1.—<sup>2</sup> 1. 20. пр. D. de pign. a. 13, 7; 1. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; 1. 9. § 2. D. de don. 39, 5; 1. 9. § 4. D. de a. r. d. 41, 1; 1. 2. l. 5. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>3</sup> 1. 20. пр. D. de pign. a. 13, 7; 1. 16. § 1. D. de pign. 20, 1; 1. 38. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; 1. 3. C. de reb. al. 4, 51.—<sup>4</sup> 1. 28. D. de c. e. 18, 1; 1. 7. l. 9. пр. § 6. D. loc. 19, 2.



тельнымъ предписаніемъ права (напр., отчужденіе извѣстныхъ вещей, § 127, дареніе между супругами, § 347), или нравственнымъ закономъ (*boni mores*), или я тѣмъ и другимъ, напр., совершеніе преступленія.—Если содержаніемъ сдѣлки поставлено что либо невозможное, то сдѣлка ничтожна<sup>5</sup>; то же слѣдуетъ сказать о сдѣлкѣ, запрещенной нравственнымъ закономъ<sup>6</sup>; къ сдѣлкѣ, запрещенной положительною нормою права, это начало примѣняется только тогда, когда норма есть *lex perfecta* (§ 12). То же относится къ сдѣлкамъ, совершеннымъ съ цѣлью обойти запретительный законъ (*quod in fraudem legis fit*<sup>7</sup>), т. е. основанное на ложномъ буквальномъ толкованіи закона устроение дѣла такъ, чтобы оно не подходило подъ законъ, признается недѣйствительнымъ; поэтому если супруги для совершенія (запрещеннаго между супругами) даренія разводятся и, совершивъ дареніе, опять заключаютъ бракъ, то дареніе ничтожно.

Къ содержанію юр. сдѣлокъ относятся слѣд. термины новыхъ юристовъ: *essentialia*, *naturalia*, *accidentalia negotii*. Такъ какъ отдѣльныя сдѣлки по своему содержанію бываютъ различны, то тѣ постановленія дѣйствующихъ лицъ, отъ наличности которыхъ зависитъ существованіе *опредѣленной* юр. сдѣлки, называютъ *essentialia negotii*, существенными, необходимыми составными частями; такъ, для договора купли существенною частью является соглашеніе двухъ сторонъ о покупаемой вещи и ея цѣнѣ<sup>8</sup>, для завѣщанія существенною частью признается назначеніе наследника<sup>9</sup>. Если опредѣленная сдѣлка уже есть налицо, то диспозитивныя опредѣленія права связываютъ съ нею извѣстное содержаніе, которое поэтому уже не должно быть необходимо опредѣлено сторонами; это содержаніе именуется *naturalia negotii*, естественными или обыкновенными составными частями<sup>10</sup>; такъ, обыкновенное содержаніе договора купли,—что передача вещи и цѣны послѣдуютъ одна за другою; договора найма,—что хозяинъ первый исполнить свою обязанность (дать нанятую вещь). Такъ какъ *naturalia negotii* опредѣляются *диспозитивными* нормами

<sup>5</sup> l. 1. §§ 9—11. D. de o. et a. 44, 7; l. 35. pr. l. 97. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 31. l. 185. D. de r. i. 50, 17.—<sup>6</sup> l. 112. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 4. C. de inut. stip. 8, 39.—<sup>7</sup> l. 29. l. 30. D. de leg. 1, 3; l. 7. pr. § 1. D. ad. sct. Mac. 14, 6; l. 29. § 1. l. 32. § 3. D. ad. sct. Vell. 16, 1.—<sup>8</sup> § 1. l. de emt. 3, 23; l. 72. pr. D. de c. e. 18, 1.—<sup>9</sup> § 34. l. de leg. 2, 20.—<sup>10</sup> По l. 11. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.



права (§ 12), то дѣйствующимъ лицамъ предоставляется свобода измѣнять эти части сдѣлки по своему произволу; такія произвольныя опредѣленія называются *accidentalia negotii*, случайными составными частями, въ источникахъ—*adiectio, clausula, adminicula, lex contractus*; такъ, отсрочка платежа цѣны, уговоръ о платежѣ впередъ наемной платы суть *accidentalia*.

#### D. § 62. Изъявленіе воли.

*Schliemann*, die L. v. Zwange. § 12. 1861.—*Burckhard*, die civilistischen Präsumtionen. S. 270 ff. 1866.—*Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 1—8 1868.—*Zitelmann*, Irrthum u. Rechtsgechäft. S. 239 ff. 1879.—*Röver*, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874.—*Schlossmann*, der Vertrag. §§ 14—17. 1876.—*Schall*, der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877.—*Windscheid*, Wille und Willenserklärung. 1878.—*Leonhard*, der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach R. R. 2 Th. 1882. 1883.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 7—12. 1888.—*Ehrlich*, die stillschweigende Willenserklärung. 1893.—*Savigny*, §§ 130—132.—*Vangerow*, § 92.—*Windscheid*, § 72.—*Bekker*, §§ 83. 84. 92. 93.—*Regelsberger*, §§ 136—138.

*Юридическая сдѣлка существуетъ лишь тогда, когда воля, на которой она зиждется, перешла во внѣшній міръ, какъ явленіе, когда она сознательно изъявлена.* Изъявленіе есть не только средство познанія воли, но и необходимый составной элементъ сдѣлки, ибо неизъявленная воля для права не существуетъ. Какъ сама воля, такъ и обстоятельства, препятствующія существованію воли, а также и мотивы ея (§§ 50—51), принимаются во вниманіе только при условіи своего проявленія во внѣшнемъ мірѣ. Но неправильно мнѣніе, будто и такое волеизъявленіе, которое несогласно съ волею изъявляющаго, достаточно для возникновенія сдѣлки въ томъ случаѣ, если оно другой договаривающейся стороной показалось или могло показаться выраженіемъ воли изъявляющаго; это, выставленное лишь въ новѣйшее время, мнѣніе (т. н. теорія изъявленія, теорія довѣрія, теорія оборота въ противоположность къ господствующей т. н. теоріи воли, волевой теоріи) упускаетъ изъ виду, что необходимымъ основаніемъ волеизъявленія является воля; можно признать лишь то положеніе, что возникшее изъ *dolus* и основанное на безнравственной *reservatio mentalis* волеизъявленіе всегда признается дѣйствительнымъ, несмотря на отсутствіе воли (§ 50 sub I), а равно, что связываетъ и такое изъявленіе, при которомъ отсутствіе воли основывается на *culpa lata* (§ 71 пр. 13<sub>a</sub>); но если послѣднее произошло влѣдствіе *culpa levis* или безъ всякой вины изъ-



являющаго, то сдѣлка признается ничтожною, и отъ ошибшагося можно лишь потребовать возмѣщенія убытковъ (т. н. отрицательнаго договорнаго интереса, ср. § 208 пр. 9).—Относительно изъясненія воли возникаютъ два вопроса: I. Какимъ образомъ воля *можетъ* быть изъяснена? II. Достаточенъ ли *всякій* способъ изъясненія воли?

ad I. Воля можетъ быть изъяснена прямо (явно, непосредственно) или молчаливо (косвенно).

1. Прямымъ называется такое изъясненіе, котораго *единственное* назначеніе—служить выраженіемъ воли. Прямое изъясненіе воли можетъ быть формальнымъ и неформальнымъ. Формальный способъ изъясненія воли можетъ состоять въ употребленіи опредѣленныхъ устныхъ словъ (напр., вербальный контрактъ, § 209), въ опредѣленномъ письменномъ начертаніи (напр., римскій literalный контрактъ, § 209), въ изъясненіи предъ судомъ (*actis, gestis, insinuare*, судебная инсинуація, напр., въ случаѣ даренія свыше 500 *solidi*, § 69), предъ судомъ или нотариусомъ (напр., т. н. *pignus publicum, intercessio* женщинъ, §§ 206, 256), предъ свидѣтелями (обыкновенное частное завѣщаніе, § 393): Неформальный способъ изъясненія состоитъ въ произнесеніи или написаніи словъ, все равно какихъ, въ знакахъ (напр., морскіе сигналы) и мимикѣ (киваніе головою, *nutus*<sup>1</sup>).

2. Молчаливое (косвенное) изъясненіе воли происходитъ путемъ дѣйствій, которыя, преслѣдуя самостоятельныя цѣли, даютъ тѣмъ не менѣе возможность достовѣрно заключить о наличности изъясненія воли (т. н. *facta concludentia*, выразительныя дѣйствія). Напр., если вѣритель возвращаетъ долговую росписку должнику безъ платежа со стороны послѣдняго, то въ этомъ заключается прощеніе долга<sup>2</sup>; въ занятіи дѣлами по наслѣдству со стороны призваннаго къ наслѣдованію заключается принятіе наслѣдства (*pro herede gestio*<sup>3</sup>); въ согласіи вѣрителя подъ залогъ на продажу послѣдняго залогодателемъ заключается отреченіе отъ закладнаго права<sup>4</sup> и т. д.<sup>5</sup>. — Для того, чтобы *facta concludentia*

<sup>1</sup> 1. 52. § 10. D. de o. et. a. 44, 7; 1. 21. пр. D. de leg. 3 (32); 1. 17. D. de nov. 46, 2.—<sup>2</sup> 1. 2. § 1. D. de pact. 2, 14; 1. 7. C. de rem. pign. 8, 25.—<sup>3</sup> § 1. 20. пр. § 1. D. de a. h. 29, 2; § 7. I. de her. qual. 2, 19.—<sup>4</sup> 1. 4. § 1. 1. 8. § 15. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>5</sup> 1. 1. 1. 2. пр. D. de iud. 5, 1; 1. 15. D. de iurisd. 2, 1.—<sup>6</sup> 1. 57. пр. D. de pact. 2, 14; 1. 26. § 1. D. de pign. 20, 1; 1. 12. D. de ev. 21, 2; 1. 5. D. ratam rem 46. 8.



не имѣли значенія молчаливаго изъявленія воли, совершающій ихъ долженъ сдѣлать прямое противоположное изъявленіе; послѣднее называется обыкновенно *protestatio* (напр., если призванный наслѣдникъ принимаетъ на себя управленіе наслѣдствомъ, заявляя, что онъ хочетъ не принять наслѣдство, а только предохранить его отъ ущерба<sup>7</sup>); оно называется *reservatio*, если имѣетъ цѣлью устранить заключеніе объ отреченіи отъ права (напр., если вѣритель подъ залогъ даетъ свое согласіе на продажу заложенной вещи, заявляя, что онъ сохраняетъ за собою закладное право<sup>8</sup>).— Возникаетъ вопросъ, составляетъ ли молчаніе на дѣйствиіе или вопросъ другого также *factum concludens*? Римское право выставляетъ по этому предмету неправильное общее начало: *is qui tacet non utique fatetur, sed verum est, eum non negare*<sup>9</sup>; но изъ отдѣльных рѣшеній слѣдуетъ, какъ правило римскаго права, что молчаніе только въ томъ случаѣ толкуется какъ согласіе, когда обычай и обстоятельства принуждаютъ высказаться и, слѣд., непротиворѣчіе не допускаетъ иного разумнаго толкованія, какъ въ смыслъ согласія; иначе говоря: выводы изъ простаго молчанія составляютъ особый видъ молчаливаго изъявленія воли. Напр., молчаніе дочери при обрученіи ея отцомъ принимается за согласіе; таково же послѣдствіе молчанія отца при обрученіи дочери<sup>10</sup>; хозяинъ, который оставляетъ у нанимателя пользованіе вещью по истеченіи срока, продолжаетъ этимъ договоръ найма<sup>11</sup> и т. п.<sup>12</sup>. Напротивъ, въ молчаніи лица, которому дѣлается предложеніе заключить договоръ, вовсе не заключается согласіе.

Каноническое право повторило римское общее начало: *is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare videtur*<sup>13</sup>; но рядомъ съ этимъ оно выставило также противорѣчащее начало: *qui tacet consentire videtur*<sup>14</sup>. Въ настоящее время слѣдуетъ руководствоваться римскими нормами.

ad II. Можетъ ли быть достаточнымъ изъявленіе, какъ бы оно ни было совершено? Вопроса этого нельзя рѣшить общимъ правиломъ. Нормы права для нѣкоторыхъ сдѣлокъ требуютъ соблю-

<sup>7</sup> l. 20. § 1. D. de a. h. 29, 2.—<sup>8</sup> l. 4. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>9</sup> l. 142. D. de r. i. 50, 17.—<sup>10</sup> l. 12. pr. l. 7. § 1. D. de spons. 23, 1.—<sup>11</sup> l. 1. § 4. D. de agn. 25, 3.—<sup>12</sup> l. 12. l. 16. D. ad set. Mac. 14, 6.—<sup>13</sup> l. 13. § 11. D. loc. 19, 2.—<sup>14</sup> l. 5. D. de ad. 1, 7; l. 1. § 3. D. de trib. 14, 4; l. 6. § 2. D. mand. 17, 1; l. 2. § 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 37. pr. D. ad. set. Tr. 36, 1; l. 19. D. de aqua pl. 39, 3; l. 4. § 3. D. de fil. 46, 1; l. 5. pr. C. de rec. 2, 55; l. 5. l. 25. C. de nupt. 5, 4; l. 1. l. 6. l. 8. C. de rem. pign. 8, 26.—<sup>15</sup> c. 44. in VI. de r. i. 5, 12.—<sup>16</sup> c. 43. eod.



денія опредѣленныхъ формъ или для того, чтобы поставить внѣ всякаго сомнѣнія достовѣрность воли и фактъ совершенія сдѣлки (*stipulatio*), или чтобы по возможности предупредить противозаконныя вліянія (завѣщаніе), или чтобы затруднить совершеніе сдѣлокъ (дареніе свыше 500 *solidi*); при другихъ сдѣлкахъ способъ изъясненія предоставляется умотрѣнію сторонъ. Прибавимъ лишь историческую замѣтку, что первоначально римское право требовало соблюденія формы для весьма многихъ случаевъ; но вслѣдствіе дальнѣйшаго развитія права эти формы снизошли до минимума.—Часто сами стороны, приступая къ заключенію обязательства, договариваются объ изъясненіи своей воли въ опредѣленной формѣ<sup>17</sup> (§ 213).—Гдѣ по предписанію права или по волѣ сторонъ должна быть соблюдена извѣстная форма, тамъ несоблюденіе послѣдней имѣетъ слѣдствіемъ *ничтожность* сдѣлки (§ 64 sub. I. 1).

### § 63. Толкованіе изъясненія воли.

*Hoffmann*, kritische Studien Nr. IV (*favor testamenti*). S. 103—175. 1885.—*Savigny*, § 131 и *Obligationenrecht*. § 71.—*Vangerow*, § 102.—*Windscheid*, § 84.—*Regelsberger*, § 177.

Изъясненіе должно обнаруживать волю лица; но оно дѣлаетъ это подчасъ въ слишкомъ сжатой формѣ, подчасъ недостаточно полно, заключаетъ въ себѣ темныя мѣста; въ такихъ случаяхъ отыскиваютъ волю путемъ толкованія<sup>1</sup>—въ существенныхъ чертахъ такъ же, какъ и въ области законовъ. Толкованіе можетъ быть аутентическимъ, т. е. исходить отъ самого дѣйствующаго лица<sup>2</sup>; въ области договоровъ таковымъ является согласное изъясненіе обѣихъ сторонъ<sup>3</sup>.—За отсутствіемъ аутентическаго настукаетъ судебное толкованіе; судья прежде всего уясняетъ грамматически слова изъясненія<sup>4</sup>; если въ разныхъ мѣстностяхъ данныя слова имѣютъ различное значеніе, то предпочитается тотъ смыслъ, который придается слову въ мѣстѣ совершенія изъясненія<sup>5</sup>. Если послѣ этого еще остается сомнѣніе, то дается предпочтеніе тому смыслу, который болѣе всего соотвѣтствуетъ цѣли

<sup>17</sup> l. 17. C. de fide instr. 4, 21; pr. l. de emt. vend. 3, 23.

<sup>1</sup> l. 219. D. de v. s. 50, 16; l. 7. § 2. D. de sup. leg. 33, 10; l. 3. C. de lib. praest. 6, 28.—<sup>2</sup> l. 21. § 1. D. qui test. fac. 28, 1.—<sup>3</sup> l. 12. D. de pact. 2, 14; l. 83. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> l. 25. § 1. l. 69. pr. D. de leg. 3 (32).—<sup>5</sup> l. 34. D. de r. i. 50, 17; l. 6. D. de ev. 21, 2.



сдѣлки <sup>6</sup> и поддерживаетъ ея дѣйствительность <sup>7</sup>. Если дѣло идетъ объ объемѣ принятаго обязательства, возложеннаго обремененія, то въ случаѣ сомнѣнія выбирается меньшее <sup>8</sup> (поэтому stipulatio, договоръ купли, договоръ найма въ случаѣ сомнѣнія толкуются *противъ вѣрителя* <sup>9</sup>); но отсюда исключаются покровительствуемые отношенія (causae favorabiles), въ пользу которыхъ обыкновенно рѣшается сомнѣнiе; сюда относятся dos <sup>10</sup>, распоряженія на случай смерти <sup>11</sup> и свобода людей <sup>12</sup>.—Если изъясненiе такъ темно, что нельзя разъяснить его смысла, то сдѣлка въ соотвѣтственной части или совсѣмъ не имѣетъ силы <sup>13</sup>.

### III. § 64. Недѣйствительность юр. сдѣлокъ.

(Недостатокъ какого либо условія. Прекращенiе недостатка. Отпаденiе условія. Превращенiе акта).

*L. Seuffert*, Ratihabition der Rechtsgeschäfte. §§ 20—24. 1868.—*Dedekind*, die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen. 1872.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. §§ 20 слѣд. 1877.—*Gradenwitz*, die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1877.—*Savigny*, §§ 202, 203.—*Vangerow*, §§ 100, 101.—*Windscheid*, §§ 70. 82. 83.—*Regelsberger*, §§ 174—176.

**I. Недостатокъ условія.** Если юр. сдѣлкѣ недостаетъ одного изъ условій, изложенныхъ въ §§ 49—51. 61. 62, то такая сдѣлка недѣйствительна; другія причины недѣйствительности, *необщаго* характера, будутъ указаны при изложенiи отдѣльныхъ сдѣлокъ. Существуютъ два рода недѣйствительности юр. сдѣлокъ: *ничтожность и оспоримость* (опорочимость).

1. *Сдѣлка—ничтожна*, это значить, съ самаго начала юридически не существуетъ; на нее могутъ смотрѣть, какъ на несуществующую, не только стороны, но и всякое лицо, на отношенія котораго она могла бы повліять. Судъ долженъ принять обнаружившуюся изъ обстоятельствъ дѣла ничтожность *ex officio*. Искъ о признанiи ничтожности (т.-н. *querela nullitatis*) не требуется, поэтому источники р. пр. о немъ и не упоминаютъ; но онъ

<sup>6</sup> l. 67. D. de r. i. 50, 17; l. 29. D. loc. 19, 2; l. 43. pr. D. de damn. inf. 39, 2.—<sup>7</sup> l. 34. § 1. D. de leg. 2 (31); l. 21. D. de reb. dub. 34, 5; l. 80. D. de v. o. 45, 1.—<sup>8</sup> l. 39. § 6. D. de leg. 1 (30); l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 9. l. 34. D. de r. i. 50, 17.—<sup>9</sup> l. 26. D. de reb. dub. 34, 5; l. 38. § 18. l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 39. D. de pact. 2. 14; l. 21. l. 33. D. de c. e. 18, 1; l. 172. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>10</sup> l. 85. pr. D. de r. i. 50, 17; l. 70. D. de i. d. 23, 3.—<sup>11</sup> l. 12. D. de r. i. 50, 17; l. 24. D. de reb. dub. 34, 5.—<sup>12</sup> l. 179. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> l. 62. § 1. D. de her. inst. 28, 5; l. 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 73. § 3. D. de r. i. 50, 17.



можетъ быть полезнымъ, чтобы разъ навсегда прекратить всякіе споры о ничтожности или дѣйствительности сдѣлки. — Ничтожность иногда касается только части сдѣлки; напр., обѣщаніе чрезмѣрныхъ процентовъ было по р. пр. дѣйствительно до размѣра законныхъ, дареніе безъ судебной инсинуаціи на сумму, превышающую 500 solidi, дѣйствительно до 500 solidi, въ закладномъ договорѣ съ lex commissoria недѣйствительна только послѣдняя<sup>1</sup>; поэтому каноническое право установило положеніе: *utile non debet per inutile vitari*<sup>2</sup>; но, конечно, если часть, пораженная ничтожностью, составляетъ фундаментъ сдѣлки, то ничтожны, по общему правилу, и прочія части<sup>3</sup>; поэтому вмѣстѣ съ главными договорами падаютъ и побочные<sup>4</sup>, вмѣстѣ съ назначеніемъ наследника падаютъ обыкновенно и отказы<sup>5</sup>. — Ничтожность иногда зависитъ отъ произвола стороны или третьяго заинтересованнаго лица, которыя могутъ заявить, должно ли обсуждать сдѣлку, какъ дѣйствительную или какъ ничтожную (напр., по *set. Velleianum* поручительство женщины, § 255, далѣе, по Имп. уставу о конкурсахъ § 6, юридическія дѣйствія общаго должника по открытіи производства конкурса); до этого заявленія ничтожность еще не рѣшена, нерѣшительна (ее называютъ обыкновенно относительною ничтожностью въ противоположность къ абсолютной, рѣшительной).

2. *Юр. сдѣлка можетъ быть опорочена, оспорена*; это значитъ, что сама по себѣ сдѣлка существуетъ, но одна изъ сторонъ или третье заинтересованное лицо имѣетъ право ее уничтожить. До уничтоженія оспоримая сдѣлка юридически существуетъ; если наступило уничтоженіе, то возстановляется прежнее состояніе, какъ оно было до заключенія сдѣлки<sup>6</sup>, но права, прибрѣтенныя въ промежуточное время третьими лицами, остаются въ силѣ<sup>7</sup> (въ этомъ заключается различіе между оспоримостью и относительною ничтожностью). Опороченіе сдѣлки совершается или непосредственно путемъ судебного рѣшенія по требованію оспаривающаго (напр., въ случаяхъ *in integrum restitutio, querela*

<sup>1</sup> l. 34. pr. l. 35. § 3. C. de don. 8, 53; l. 3. C. de pact. pign. 8, 34.—  
<sup>2</sup> c. 37. in. VI d. r. i. 5, 12; cf. l. 1. § 5. l. 110. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § 1. l. 12. l. 13. D. de pec. const. 13, 5; l. 42. C. de transact. 2, 4.—  
<sup>3</sup> l. 178. l. 129. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>4</sup> l. 70. § 4. D. de fid. 46, 1.—<sup>5</sup> l. 1. § 1. i. f. D. de leg. 3 (32); l. 16. D. de i. cod. 29, 7; l. 181. D. de r. i. 50, 17.—<sup>6</sup> l. 6. D. de resc. vend. 18, 5; l. 10. C. eod. 4, 44; l. 23. §§ 1. 7. l. 60. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>7</sup> l. 43. § 8. D. de aed. ed. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. pign. 20, 6.



inoff. testamenti, §§ 111. 415), или косвенно при рѣшеніи процесса, возникшаго на основаніи оспоримой сдѣлки (противопоставленіемъ иску противника *exceptio peremptoria*, § 92 sub B. 1) <sup>8</sup>.

II. *Прекращеніе недостатка*. Дѣйствительность сдѣлки обсуждается по времени ея совершенія (или ея *perfectio*) <sup>9</sup>; поэтому абсолютно ничтожная сдѣлка не можетъ сдѣлаться обратно дѣйствительною (*convalescere*) вслѣдствіе того, что впослѣдствіи отпадаетъ обстоятельство, повлекшее за собою ея ничтожность (напр. недѣеспособный становится дѣеспособнымъ), или вслѣдствіе того, что послѣдуетъ отреченіе отъ ничтожности или признаніе сдѣлки (подтверженіе, одобреніе): *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* <sup>10</sup>. Изъ этого правила, впрочемъ, есть исключенія (т. н. исцѣлимо-ничтожныя сдѣлки), напр.: даренія между супругами по *oratio Severi et Caracallae* (§ 347 sub 4 b), случаи, въ которыхъ дѣйствительность сдѣлки зависитъ отъ согласія третьяго лица (отца, опекуна; ибо такое согласіе, данное позднѣе, относится назадъ, § 66 пр. 13 <sup>11</sup>). Относительно-ничтожная сдѣлка вслѣдствіе признанія, изъясленнаго лицомъ, отъ воли котораго зависитъ ея сила, разсматривается какъ дѣйствительная съ самаго начала. — Въ случаѣ оспоримости, *convalescentia* (вѣрнѣе неоспоримость) можетъ быть легко достигнута, такъ какъ право оспаривать теряется отреченіемъ, давностью, признаніемъ сдѣлки (*ratihabitio*) <sup>11a</sup>.

III. *Отпаденіе условія*. Сдѣлка, заключенная дѣйствительно, можетъ стать недѣйствительною впослѣдствіи (*infirmatio*). Основанія этого явленія будутъ указаны при отдѣльныхъ сдѣлкахъ (ср. § 269 пр. 1. § 405 sub II. § 442 sub II). Нѣкоторые римскіе юристы <sup>12</sup> держались того мнѣнія, что сдѣлка становится недѣйствительною, если какое либо условіе, наличное при ея заключеніи, позднѣе перестаетъ существовать: но это правило вѣрно лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ (напр., вещь, служащая предметомъ сдѣлки попадаетъ *extra commercium* <sup>13</sup>), а не всег-

<sup>8</sup> l. 6. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>9</sup> l. 8. пр. D. mand. 17, 1; l. 12. D. de sct. Mac. 14, 6; l. 58. § 2. D. pro soc. 17, 2; l. 1. §§ 13. 30. D. dep. 16, 3.—<sup>10</sup> l. 29. D. de r. i. 50, 17; cf. l. 201. l. 210. eod.—<sup>11</sup> l. 7. пр. C. ad sct. Mac. 4, 28; l. 20. пр. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>11a</sup> l. 3. § 1. D. de min. 4, 4; l. 4. C. de his quae vi 2, 20.—<sup>12</sup> l. 3. § 2. D. de his quae pro non scriptis 34, 8; l. 16. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 98. пр. D. de v. o. 45, 1.—<sup>13</sup> l. 83. § 5. l. 136. § 1. D. de v. o. 45, 1; § 2. l. de inut. st. 3, 19.



да<sup>15</sup> (этого не бываетъ, напр., въ томъ случаѣ, если одна изъ сторонъ станетъ недѣеспособною<sup>16</sup> или потеряетъ право распоряженія вещью).—Еще дальше пошли юристы 17-го и 18-го вѣковъ, выставивъ положеніе, что всякая сдѣлка заключается подъ *clausula rebus sic stantibus* и, слѣдовательно, подлежитъ опороченію вслѣдствіе «перемѣны обстоятельствъ»; это мнѣніе отвергнуто новыми романистами, но тѣмъ не менѣе перешло въ нѣкоторыя партикулярныя законодательства.

**IV. Превращеніе акта.** Если какой либо актъ не удовлетворяетъ условіямъ той сдѣлки, которую хочетъ совершить сторона, но удовлетворяетъ условіямъ другой однородной сдѣлки, то онъ обсуждается и сохраняется въ силѣ, какъ послѣдняя (превращеніе, *conversio*); поэтому, напр., въ *acceptilatio*, совершенной по поводу невербальнаго договора (§ 268), заключается  *Pactum de non petendo*<sup>17</sup>.

#### IV. § 65. Соучастіе и представительство при юр. сдѣлкахъ.

Сравни лит. къ § 219.—*L. Seuffert*, *Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte*. §§ 18. 19. 1868.—*Ihering*, *gesammelte Aufsätze*. Т. 1. Стр. 122—290. 1881.—*Leonhard*, *die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*. §§ 1—20. 1892.—*Savigny*, § 113.—*Windscheid*, § 73.—*Regelsberger*, §§ 159—162.

Обыкновенно выступающія при сдѣлкѣ лица дѣйствуютъ въ собственномъ интересѣ, поэтому послѣдствія сдѣлки по общему правилу касаются всѣхъ лицъ, участвовавшихъ въ ея заключеніи. Но есть I. случаи, когда сдѣлка касается не всѣхъ, а лишь нѣкоторыхъ изъ дѣйствовавшихъ лицъ, II. случаи, когда сдѣлка предпринимается вовсе не въ интересѣ дѣйствующихъ, а въ интересѣ третьихъ лицъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ соучастіемъ, во второмъ—съ представительствомъ.

I. *Соучастниками называются лица, дѣйствующія вмѣстѣ съ тѣми лицами, которыхъ касается сдѣлка.* Соучастіе бываетъ добровольное и предписанное закономъ. Добровольное: напр., стороны привлекаютъ свидѣтелей *ради доказательства* (доказательные свидѣтели). Предписанное закономъ: напр., *законъ предписываетъ* привлекать свидѣтелей *ради доказательства* (напр., законъ

<sup>14</sup> I. 49. § 1. D. her. inst. 28, 5.—<sup>15</sup> I. 85. § 1. D. de r. i. 50, 17; I. 140. § 2. D. de v. o. 45, 1; I. 31 pr. D. de don. 39, 5.—<sup>16</sup> I. 6. § 1. I. 20. § 4. D. qui test. fac. 28, 1; § 1. I. quib. non est perm. 2, 12.—<sup>17</sup> I. 8. pr. 1. 19. pr. I. 23. D. de acc. 46, 4; I. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>18</sup> I. 3. D. de test. mil. 29, 1.—<sup>19</sup> I. 1. D. de iure cod. 29, 7.—<sup>20</sup> I. 1. § 4. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>21</sup> I. 9. D. de spons. 23, 1.



имп. Льва о *pignus publicum vel quasi*); или законъ предписываетъ привлекать свидѣтелей для *большей торжественности формы* (*testes solemnes*, формальные свидѣтели, напр., при завѣщаніяхъ); или законъ требуетъ *согласія* (или *ratihabitio*) отца (напр., при займѣ подвластнаго сына), опекуна (напр., при обязательствахъ опекаемаго), суда (напр., при отчужденіи вещей опекаемыхъ). Соучаствующій не получаетъ участія въ послѣдствіяхъ сдѣлки.

II. *Представителями называются лица, дѣйствующія вмѣсто тѣхъ лицъ, которыхъ касается сдѣлка.* Представительство мыслимо въ двухъ видахъ: представительство въ изъявленіи воли и представительство въ волѣ.

1. *Представительство въ изъявленіи воли:* здѣсь лица, которыхъ касается сдѣлка, сами опредѣляютъ ея содержаніе и только совершаютъ изъявленіе своей воли черезъ другихъ, наприм., черезъ посланныхъ, которые служатъ органомъ *выраженія* ихъ рѣшеній (какъ письмо). Такое представительство допускается, поскольку оно не противорѣчитъ формѣ сдѣлки. Стало быть, оно возможно, напр., для консенсуальныхъ договоровъ<sup>1</sup>, но не для стипуляцій. Посланный не участвуетъ въ послѣдствіяхъ сдѣлки.—Нѣкоторые юристы называютъ посланнаго не представителемъ (въ изъявленіи воли), а помощникомъ, что не измѣняетъ существа дѣла.

2. *Представительство въ волѣ:* здѣсь лица, которыхъ касается сдѣлка, не устанавливаютъ сами ея содержанія, предоставляя это другому; послѣдній обыкновенно получаетъ инструкцію, въ предѣлахъ которой онъ можетъ дѣйствовать. Такой представитель изъявляетъ не чужую волю, а свою собственную, которую онъ самъ составилъ и которую долженъ признать представляемый; выдача инструкціи сущности дѣла не измѣняетъ, потому что *instruens* направилъ на сдѣлку только свое *намѣреніе, рѣшеніе* же составляется представителемъ, какъ его личное дѣйствіе. Представительство въ волѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и теперь вовсе не допускается; при сдѣлкахъ въ области семейственнаго права (заключеніе брака, *adoptio*, *emancipatio*), при составленіи завѣщанія. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда такое представительство

<sup>1</sup> 1. 1. § 1. D. mand. 17, 1; 1. 2. § 2. D. de o. et a. 44, 7; 1. 14. § 3. D. de p. c. 13, 5.



допускается, оно возможно въ двухъ формахъ: представитель или прямо заявляетъ, что онъ совершаетъ сдѣлку для другого (открытый представитель, просто представитель), или не дѣлаетъ этого заявленія (скрытый представитель, комиссіонеръ, *interposita persona*<sup>2</sup>).—Что касается вопроса о послѣдствіяхъ сдѣлки, заключенный чрезъ представителя, то мыслимы два способа достиженія цѣли представительства: непосредственный и косвенный: *Непосредственный*: настоящее и ближайшее послѣдствіе сдѣлки возникаетъ для представляемаго, а не для представителя, напр., вслѣдствіе купли, совершенной для меня другимъ, я становлюсь покупщикомъ какъ по правамъ, такъ и по обязанностямъ, стало быть, представитель не дѣлается субъектомъ заключеннаго имъ обязательства; дѣйствіе и его послѣдствія рѣзко раздѣляются здѣсь въ субъективномъ отношеніи. *Косвенный*: представитель устанавливаетъ послѣдствія сдѣлки какъ активныя, такъ и пассивныя только для себя самого, а отношеніе представительства проявляется лишь между нимъ и представляемымъ; напр., вслѣдствіе купли, которую онъ заключилъ для меня, онъ самъ становится покупщикомъ; продавецъ можетъ отношенія представительства не принимать во вниманіе, между продавцомъ и мною не возникаетъ никакого обязательства; зато въ силу другого обязательства, существующаго между представителемъ и мною, на меня долженъ быть перенесенъ хозяйственный результатъ сдѣлки въ прибыли и убыткахъ; дѣйствіе и его послѣдствія субъективно соединены, зато рѣзко раздѣлены два правоотношенія (одно между представителемъ и третьимъ лицомъ, другое между представителемъ и представляемымъ), а цѣль представительства достигается здѣсь въ болѣе отдаленномъ экономическомъ результатѣ, а не въ ближайшемъ формальномъ юридическомъ послѣдствіи<sup>3</sup>.

а. Если дѣйствующее лицо выступаетъ въ качествѣ скрытаго представителя, то послѣдствія сдѣлки, конечно, касаются только его; другими словами: цѣль представительства можетъ быть здѣсь достигнута лишь *косвенно*.

б. Но и въ томъ случаѣ, если онъ дѣйствуетъ въ качествѣ открытаго представителя, римское право примѣняетъ тѣ же на-

<sup>2</sup> I. 18. D. de spons. 23, 1; I. 5. § 2. D. de don. i. v. et u. 24, 1; I. 57. D. de cond. 35, 1; I. 4. D. de don. 39, 5.—<sup>3</sup> Keller, Pand. § 61.



чала. Никто не можетъ заключить сдѣлки съ непосредственными послѣдствіями для другого; *pec resciscendo pec legem dicendo pec stipulando quisquam alteri cavere potest*<sup>4</sup>; сдѣлка, содержаніе которой направлено на другое лицо, недѣйствительна: *tibi non vis pec illi potes*<sup>5</sup>. Это начало основано на томъ, что приобрѣтеніе и обязательство суть послѣдствія воли (рѣшенія); но здѣсь воля принадлежитъ не представляемому. Въ одномъ случаѣ сдѣлка, совершенная представителемъ, производитъ и по римскому праву непосредственныя послѣдствія для представляемаго, а именно, при приобрѣтеніи владѣнія<sup>6</sup>, слѣдовательно, и собственности, гдѣ послѣдняя приобрѣтается путемъ владѣнія (*occupatio, traditio, давность*)<sup>7</sup>, слѣдовательно, и при тѣхъ обязательствахъ, которыя устанавливаются путемъ перенесенія владѣнія и собственности: при займѣ<sup>8</sup> и (по закону Юстиніана) закладномъ правѣ, которое устанавливается въ пользу этого займа<sup>9</sup>; наконецъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ при приобрѣтеніи наслѣдственного права (§§ 419. 421)<sup>10</sup>. Какъ изъятіе, приводятъ часто правило римскаго *ius civile*, по которому всякое приобрѣтеніе подвластнаго лица тотчасъ же *ipso iure* принадлежитъ его властителю<sup>11</sup>; но это исключеніе только кажущееся, потому что для примѣненія этого правила безразлично, дѣйствуетъ ли подвластный въ качествѣ представителя своего владыки, или нѣтъ.—Кромѣ приведенныхъ выше случаевъ, цѣль представительства можетъ быть достигнута по римскому праву лишь описаннымъ выше *посредственнымъ* образомъ; средній путь, который избрали преторскій эдиктъ и юристы для извѣстныхъ случаевъ при обязательствахъ, мы изложимъ ниже (§ 221 сл.)

По новому обычному праву, ведущему свое начало еще отъ среднихъ вѣковъ, цѣль представительства можетъ быть достигнута *непосредственно*: сдѣлка, заключенная открытымъ представителемъ, производитъ непосредственныя послѣдствія для представляемаго и только для него; съ этимъ согласуется обыкновенно и редація сдѣлки: представитель заявляетъ не то,

<sup>4</sup> l. 73. § 4. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5</sup> l. 6. C. si quis alteri 4, 50; l. 26. C. de iure dot. 5, 12.—<sup>6</sup> l. 1. C. per. quas pers. 4, 27. l. 1. C. de acq. poss. 7, 32; l. 11. § 6. D. de pign. a. 13, 7; § 5. l. per. qu. p. 2, 9; Pauli sent. V. 2. § 2.—<sup>7</sup> § 5. l. cit.; l. 20. § 2. D. de acq. r. d. 41, 1; l. 24. D. de n. g. 3, 5.—<sup>8</sup> l. 2. § 4. l. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; l. 2. C. per. qu. p. 4, 27.—<sup>9</sup> l. 2. C. cit.; изъ нея слѣдуетъ, что l. 21. pr. D. de pign. 20, 1 интерполирована; древнее право находимъ въ l. 11. § 6. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>10</sup> l. 3. § 7. l. 15. l. 16. D. de b. p. 37, 1; l. 18. pr. § 2. C. de i. d. 6, 30; l. 1. § 2. D. de off. proc. Caes. 1, 19.—<sup>11</sup> l. 45. pr. D. de v. o. 45, 1; Gai. 2, 86—96. 3, 163. 167; pr. § 3. l. p. q. p. 2, 9.



что онъ совершаетъ сдѣлку отъ имени представляемаго, а что представляемый совершаетъ сдѣлку черезъ него. О значеніи этого обычнаго права идетъ оживленный споръ; такъ какъ онъ касается главнымъ образомъ обязательствъ, то въ этомъ отдѣлѣ онъ и будетъ разсмотрѣнъ (§ 223). Каноническое право прямо призвало обычное: *potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum*<sup>12</sup>.

### § 66. Основаніе представительства.

*L. Seuffert*, die Lehre von der Rathabition der Rechtsgeschäfte. §§ 4—15. 1868.—*Zimmermann*, L. v. d. stellvertretenden neg. gestio. 1876.—*Hellmann*, die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. Стр. 113—145. 1881.—*Vangerow*, § 88.—*Windscheid*, § 74.—*Bekker*, § 107.—*Regelsberger*, §§ 163. 164.

Въ § 65 шла рѣчь о *цѣли* представительства; теперь мы разсмотримъ его *поводъ* и *основаніе*. *Поводъ* представительства сводится къ двумъ фактамъ. Во первыхъ, нѣкоторымъ лицамъ недостаетъ собственной дѣеспособности; представительство служить восполненіемъ этого недостатка. Во вторыхъ, для многихъ лицъ недостаточно своей дѣеспособности вслѣдствіе количества или свойствъ ихъ дѣлъ; путемъ представительства какъ бы умножаются юридическіе органы лица. *Основаніемъ* представительства поэтому бываетъ:

1. Должность, въ компетенцію которой входитъ представительство недѣеспособныхъ лицъ, а именно, должность опекуна или управителя имущества юр. лица.

2. Изъявленіе воли, которымъ одно лицо (*dominus sc. negotii*, хозяинъ дѣла, принципаль) поручаетъ другому (*procurator*) быть его представителемъ (*mandatum*)<sup>1</sup>. Съ порученіемъ можетъ быть соединено полномочіе (довѣренность), т. е. такое изъявленіе воли поручающаго, въ которомъ онъ своего представителя легитимизируетъ въ качествѣ таковаго по отношенію къ третьимъ лицамъ; порученіе, такимъ образомъ, есть изъявленіе воли, обращенное дающимъ порученіе къ принимающему его; напротивъ, довѣренность, полномочіе, обращена къ третьимъ лицамъ. Полномочіе или порученіе можетъ перенести на представителя какое либо одно правомочіе (спеціальное полномочіе)<sup>2</sup>, или же нѣсколько (общее полномочіе); особенно слѣдуетъ отмѣтить то полномочіе, по кото-

<sup>12</sup> с. 68. с. 72. in VI. de r. i. 5, 12.

<sup>1</sup> t. D. 3, 3; t. C. 2, 12: de proc.—<sup>2</sup> I. 1. § 1. D. h. t. 3, 3.



рому данное лицо дѣлается *procurator omnium bonorum* (общее полномочіе, общая довѣренность въ тѣсномъ смыслѣ); правомочія *procurator'a omnium bonorum* зависятъ отъ свойствъ управляемаго имущества. Последними въ частности опредѣляется его право отчужденія; такъ, напр., онъ можетъ отчуждать, если это обыкновенно дѣлалъ его принципаль<sup>3</sup>, или если вещи принадлежать къ торговой лавкѣ; но во всякомъ случаѣ ему принадлежитъ право отчуждать вещи, легко подвергающіяся порчѣ<sup>4</sup>; далѣе, съ цѣлью уплатить долгъ<sup>5</sup>, или принять одну вещь за другую вмѣсто платежа<sup>6</sup>; никогда онъ не можетъ дарить (это было бы щедростью на чужой счетъ<sup>7</sup>), ни отчуждать себѣ самому<sup>8</sup>. Прежде существовала теорія, которая различала, назначенъ ли *procurator omnium bonorum—cum libera* (scil. *administratione*) или безъ таковой, и предоставляла первому свободное право отчужденія, а второму—только въ случаѣ необходимости; но эта теорія не подтверждается источниками римскаго права. Возможно, конечно, что порученіе дается безъ соотвѣтственнаго полномочія (тогда мандатарь можетъ дѣйствовать лишь въ качествѣ скрытаго представителя), или, наоборотъ, что полномочіе дается безъ порученія; въ этомъ случаѣ нѣтъ обязательственнаго договора, а имѣется только управомочивающее дозволеніе (ср., напр., § 307 sub III. 1).

3. Последующее согласіе (*ratihabitio*). Если сдѣлку для другого заключаетъ лицо, неуполномоченное имъ (*negotiorum gestor*<sup>10</sup>, часто наз. *procurator*<sup>11</sup>), то такая сдѣлка находится въ нерѣшительномъ состояніи, какъ бы условная; но если послѣдуетъ прямое или молчаливое согласіе принципала, то дѣйствуетъ правило: *ratihabitio mandato comparatur*<sup>12</sup>; влѣдствіе послѣдовавшаго согласія сдѣлка укрѣпляется во всѣхъ отношеніяхъ, стало быть, и во времени своего происхожденія; поэтому послѣдующее согласіе имѣетъ обратную силу<sup>13</sup>, не умаляя, однако, приобрѣтенныхъ правъ третьихъ лицъ.

<sup>3</sup> l. 12. D. de pign. a. 13, 7; l. 60. D. de proc. 3, 3.—<sup>4</sup> l. 63. D. de proc. 3, 3.—<sup>5</sup> l. 59. eod.—<sup>6</sup> l. 58. eod.—<sup>7</sup> l. 7. pr. D. de don. 39, 5.—<sup>8</sup> l. 34. § 7. l. 46. D. de c. e. 18, 1.—<sup>9</sup> c. 4. in. VI. de proc. 1, 19.—<sup>10</sup> t. D. de neg. gest. 3, 5.—<sup>11</sup> l. 13. § 12. D. de her. pet. 5, 3; l. 8. § 6. D. de lib. leg. 34, 3; l. 58. pr. § 2. D. de sol. 46, 3.—<sup>12</sup> l. 12. § 4. D. de sol. 46, 3; l. 60. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> l. 25. i. f. C. de don. i. v. et. u. 5, 16; l. 7. pr. C. ad set. Mac. 4, 28; l. 24. § 1. D. rat. rem. 46, 8; ср. также l. 24. D. de neg. gest. 3, 5.



## V. ЦѢЛЬ ЮР. СДѢЛКИ.

## A. § 67. Вообще.

*Zitelmann*, Irrthum und Rechtsgeschäft. Стр. 83—200. 1879.—*Brinz*, § 559.—*Bekker*, § 100.—*Regelsberger*, § 167.

Такъ какъ юр. сдѣлка есть дѣйствіе разумнаго существа, то совершающій ее всегда имѣетъ въ виду какую либо особую цѣль. Но нѣкоторыя сдѣлки таковы, что цѣль дѣйствующаго лица въ самой сдѣлкѣ не выражается, изъ ней не видна; такія сдѣлки называются абстрактными; сюда относятся перенесеніе собственности путемъ *traditio* и т. н. абстрактный договоръ (§§ 131. 214). Но не слѣдуетъ забывать, что дѣйствующія лица и при абстрактной сдѣлкѣ преслѣдуютъ извѣстную цѣль (*causa traditionis*, *causa stipulationis*); этимъ объясняется то обстоятельство, что обнаруженіе этой цѣли сторонами производитъ тройкое вліяніе на сдѣлку. Во первыхъ, въ цѣли можетъ заключаться предположеніе, подъ которымъ заключена сдѣлка, и, если это предположеніе не оправдывается, то сдѣлка можетъ быть оспорена (§ 60). Во вторыхъ, если цѣль не одобряется правомъ, то сдѣлка тоже можетъ быть оспорена (§ 214 пр. 8. § 283). Наконецъ, нѣкоторыя цѣли влекутъ за собой особенное обсужденіе сдѣлки; сдѣлка подлежитъ особымъ началамъ, если цѣль ея есть дареніе, установленіе приданаго, назначеніе отказа. Всякая сдѣлка съ одною изъ указанныхъ цѣлей подлежитъ особымъ началамъ; слѣдовательно, изложеніе ихъ относится къ общей части системы; но ученіе о *dos* излагается обыкновенно въ связи съ ученіемъ о бракѣ, ученіе объ отказахъ—съ наследственнымъ правомъ; и такъ излагать удобнѣе, потому что эти институты находятся другъ съ другомъ въ тѣсной связи. Поэтому для общей части остается изложить дареніе.

## B. Дареніе.

tt. D. 39, 5; C. 8, 53; I. II, 7: de donationibus.—v. *Meyerfeld*, die Lehre von den Schenkungen nach Römischen Recht. 2 тома. 1835. 1837—*Savigny*, §§ 142—176.—*Vangerow*, § 120—125.

## 1) § 68. Понятіе и условія даренія.

*Burckhardt*, über Schenkungsannahme. 1892.—*Savigny*, §§ 142—161.—*Vangerow*, § 121.—*Windscheid*, § 365.—*Brinz*, § 560.—*Bekker*, § 102.—*Regelsberger*, § 168.

Дареніе (*donatio*) въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякій актъ щедрости (*liberalitas*). въ области имущественнаго права, т. е.



всякую сдѣлку, направленную на безвозмездное, добровольное предоставленіе имущественной выгоды изъ благоволенія къ получающему<sup>1</sup>; въ этомъ смыслѣ дареніе заключается и въ отказѣ<sup>2</sup>, *precarium*<sup>3</sup>, *commodatum*, *depositum*, *mandatum*. Въ тѣсномъ смыслѣ дареніе (*donatio*) есть такой актъ щедрости, который содержитъ въ себѣ уменьшеніе имущества дарителя (*donator, is qui donat*) и увеличеніе имущества одареннаго (*donatarius*)<sup>4</sup>. Ниже идетъ рѣчь лишь о дареніи въ тѣсномъ смыслѣ; его признаки суть слѣд.:

I. Дареніе есть актъ щедрости, т. е. безвозмездное, добровольное предоставленіе выгоды, совершенное изъ благоволенія къ одаряемому: *dat propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*<sup>4a</sup>.

1. Безвозмездное предоставленіе выгоды; поэтому, такъ наз. *negotium onerosum* составляетъ противоположность даренію<sup>5</sup>; но дареніе можетъ быть налицо и въ томъ случаѣ, если избранъ лишь виѣшній видъ *negotium onerosum*, наприм., въ случаѣ платежа завѣдомо недолжнаго<sup>6</sup>. Въ одной и той же сдѣлкѣ можетъ быть соединено безвозмездное предоставленіе съ возмезднымъ (*negotium mixtum cum donatone*<sup>7</sup>), наприм., продажа вещи изъ благоволенія къ покупщику за слишкомъ низкую цѣну<sup>8</sup>, *donatio sub modo*<sup>10</sup> (§ 70) и т. д.; въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ, если возможно, выдѣлить ту часть сдѣлки, которая заключаетъ въ себѣ дареніе, и обсуждать ее, какъ дареніе<sup>11</sup>; ср. § 347 пр. 9.

2. Добровольное предоставленіе<sup>12</sup>; поэтому нѣтъ даренія, если лицо было обязано предоставить выгоду, напр., уплатить по *obligatio naturalis*<sup>13</sup>; но наличность долга любви (родства, состраданія, дружбы) не исключаетъ понятія даренія.

3. Предоставленіе выгоды, происшедшее изъ благоволенія къ одаряемому (*animus donandi*); поэтому, напр., нѣтъ даренія, если кто заключаетъ мировую сдѣлку (съ цѣлью избѣжать неопредѣленности отношеній)<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> cf. l. 29. pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>2</sup> l. 36. D. de leg. 2 (31); § 1. I. de leg. 2, 20.—<sup>3</sup> l. 14. D. de prec. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2.—<sup>4</sup> cf. l. 1 pr. § 1. D. h. t. 39, 5.—<sup>4a</sup> l. 1 pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>5</sup> l. 19. §§ 5. 6. D. h. t. 39, 5; l. 3. § 1. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>6</sup> l. 53. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> l. 18. pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>8</sup> l. 5. § 5. l. 31. § 3; l. 32. § 26. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>9</sup> l. 31. § 4. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>10</sup> l. 18. §§ 1. 2. D. h. t. 39, 5.—<sup>11</sup> l. 5. §§ 2. 5. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 18 pr. D. h. t. 39, 5.—<sup>12</sup> l. 18. D. de ad. leg. 34, 4.—<sup>13</sup> l. 19. § 4. D. h. t. 39, 5.—<sup>14</sup> l. 1. D. de transact. 2, 15; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6.



II. *Дареніе есть уменьшеніе имущества дарителя.* Поэтому не признается дареніемъ: назначеніе наслѣдника или оставленіе отказа<sup>17</sup>, отреченіе отъ приобрѣтенія (напр. отъ наслѣдства, отъ отказа<sup>18</sup>), *rescagium*, *depositum*<sup>20</sup> и т. п. Напротивъ, признается дареніемъ, если одно лицо безмездно позволяетъ другому занимать свой домъ, извлекать плоды изъ своего имѣнія<sup>21</sup> (ибо будущая выгода отъ *такихъ вещей* есть уже и *теперь* составная часть имущества дарителя), если вѣритель прощаетъ должнику неуплаченные проценты<sup>22</sup>.

III. *Дареніе есть увеличеніе имущества одаряемаго*<sup>23</sup>. Поэтому не признается дареніемъ: установленіе вѣрителю закладного права или поручительства<sup>24</sup> (это только обезпечиваетъ его имущество отъ потери) и, обратно, прощеніе вѣрителемъ закладного права или поручительства<sup>25</sup>.

Изложенными тремя признаками обладаютъ сдѣлки разнообразнѣйшаго юридическаго характера; иными словами: средствомъ для совершенія даренія могутъ служить самыя разнообразныя сдѣлки: а. предоставленіе владѣнія<sup>28</sup>, собственности (*regum donatio*<sup>29</sup>), вещныхъ правъ на чужую вещь<sup>30</sup>, требованій<sup>31</sup>; б. дача обѣщанія (т. н. дарственное обѣщаніе<sup>32</sup>); в. освобожденіе отъ ограниченія собственности<sup>33</sup> или отъ долга<sup>34</sup>. Поэтому обыкновенно говорятъ: *дареніе можно совершить dando, obligando, liberando.*— Сдѣлки, совершаемыя съ цѣлью подарить, могутъ быть не только двустороннія, но и одностороннія, напр., кто либо съ цѣлью даренія сѣетъ на чужой землѣ свои сѣмена, производитъ изъ своихъ матеріаловъ постройки<sup>35</sup>, платитъ чужой долгъ и т. д.<sup>36</sup>.

<sup>15</sup> l. 23. pr. D. h. t. 39, 5. — <sup>16</sup> l. 31. § 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>17</sup> l. 5. §§ 13. 16. l. 31. § 7. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>18</sup> l. 5. §§ 13. 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 31. § 7. eod. — <sup>19</sup> l. 25. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>20</sup> l. 9. § 3. D. de i. d. 23, 3; l. 58. § 2. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>21</sup> l. 9. pr. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 8. C. de don. i. v. et u. 5, 16; l. 20. C. de i. d. 5, 12. — <sup>22</sup> l. 21. § 1. l. 54. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>23</sup> l. 5. §§ 8. 16. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>24</sup> l. 1. § 19. D. si quid in fraud. 38, 5. — <sup>25</sup> l. 18. D. quae in fraud. 42, 8; l. 1. § 1. D. qu. m. pign. 20, 6. — <sup>26</sup> l. 49. l. 5. §§ 8—12. 17. l. 7. §§ 8. 9. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 22. C. eod. 5. 16. — <sup>27</sup> l. 9. pr. D. h. t. 39, 5; l. 31. § 10. l. 50. § 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1; cf. l. 46. § 1. D. de sol. 46, 3. — <sup>28</sup> l. 46. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>29</sup> l. 23. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>30</sup> l. 9. pr. l. 27. D. h. t. 39, 5; l. 12. § 2. l. 38. l. 40. D. de usufr. 7, 1; l. 1. § 7. D. de sup. 43, 18. — <sup>31</sup> l. 2. § 1. l. 21. § 1. D. h. t. 39, 5; l. 2. l. 3. C. h. t. 8. 53. — <sup>32</sup> l. 35. § 5. C. h. t. 8, 53. — <sup>33</sup> l. 17. D. comm. praed. 8, 4. — <sup>34</sup> l. 17. D. h. t. 39, 5; l. 7. § 7. l. 50. pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1. — <sup>35</sup> l. 14. D. h. t. 39, 5; l. 2. i. f. C. de r. v. 3, 32. — <sup>36</sup> l. 8. i. f. D. de nov. 46, 2; l. 23. l. 91. D. de sol. 46, 3.



Неправильно весьма распространенное мнѣніе, что, въ случаяхъ односторонней сдѣлки, *donatio* будетъ лишь тогда *perfecta*, когда обогащенный согласится на увеличеніе своего имущества (это мнѣніе обыкновенно выражаютъ такъ: *дареніе есть всегда договоръ*); мѣста источниковъ, приводимыя въ пользу этого воззрѣнія<sup>37</sup>, относятся къ дареніямъ, которыя производятся посредствомъ *двустороннихъ* сдѣлокъ; но сверхъ того источники признаютъ дареніемъ и одностороннія сдѣлки, въ частности платежъ чужихъ долговъ, не упоминая вовсе о необходимости согласія обогащеннаго<sup>38</sup>.—Дареніе можетъ послѣдовать какъ между живыми, такъ и на случай смерти (*donatio inter vivos—mortis causa*<sup>39</sup>); дареніе на случай смерти удобнѣе излагать въ связи съ ученіемъ объ отказахъ (§ 459).

## 2) § 69. Особья правила даренія между живыми.

*Pollack*, der Schenkungswiderruf. 1886.—*Savigny*, §§ 162—169.—*Vangerow*, §§ 122—124.—*Windscheid*, § 367.—*Baron*, § 136.—*Bekker*, § 103.—*Regelsberger*, § 169.

То обстоятельство, что путемъ какой либо сдѣлки имѣется въ виду совершить дареніе, было важно въ древнемъ *ius civile* лишь въ одномъ отношеніи: издревле (*moribus*, т. е. древнимъ обычнымъ правомъ<sup>1</sup>) были запрещены даренія между супругами. Но въ концѣ періода республики законодательство находилось подъ вліяніемъ того воззрѣнія, что даренія и сродныя съ нимъ сдѣлки (отказъ, поручительство<sup>1а</sup>) легко превращаются въ расточительство и только въ извѣстныхъ границахъ приличествуютъ отцу семейства, радѣющему о своемъ домашнемъ благополучіи; вслѣдствіе этого въ позднѣйшемъ правѣ существуютъ четыре начала права, свойственныя специально даренію:

I. ничтожность его между супругами;

II. необходимость соблюденія въ нѣкоторыхъ случаяхъ опредѣленной формы;

III. возможность требовать возвращенія его въ нѣкоторыхъ случаяхъ;

<sup>37</sup> l. 19. § 2. cf. l. 10. D. h. t. 39. 5; l. 18. pr. D. de r. c. 12, 1; cf. l. 44. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 55. D. de o. et a. 44, 7; l. 16. C. de i. delib. 6, 30; Cic. top. c. 8.—<sup>38</sup> l. 5 §§ 6. 7. l. 7. § 7. l. 50 pr. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 23. D. de sol. 46, 3.—<sup>39</sup> l. 67. § 1. D. de v. s. 50, 16; § 1. l. h. t. 2, 7.

<sup>1</sup> l. 1. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>1а</sup> Gai. 2, 224 sqq. 3, 121 sqq.



**IV.** оспоримость его со стороны наследниковъ, имѣющихъ право на выдѣлъ имъ законной доли. Напротивъ, право вѣрителей оспорить даренія несостоятельнаго должника не заключаетъ въ себѣ никакого особаго начала, свойственнаго только дареніямъ; оно относится ко *всѣмъ* дѣйствіямъ общаго должника, уменьшающимъ имущество въ ущербъ кредиторамъ (§ 235).

ad. I. Объ этомъ подробности см. въ § 347.

ad. II.

1. *Историческое введеніе.* Особая формы для даренія ввела lex Cincia 550 н. э. Законъ этотъ запретилъ дареніе въ пользу адвоката, ведущаго процессъ, дозволилъ совершать даренія свыше определенной (намъ неизвѣстной) мѣры лишь нѣкоторымъ близкимъ лицамъ (personae exsertae) и, наконецъ, объявилъ дареніе другимъ лицамъ лишь тогда совершеннымъ (don. perfecta), если оно юридически и фактически (посредствомъ передачи подаренной вещи) такъ исполнено, что одаренный выигралъ бы процессъ о владѣніи. Слѣды этого закона, который лишь въ періодъ по-классической постепенно вышелъ изъ употребленія, встрѣчаются неоднократно въ юстиніановой компиляціи<sup>2</sup>; на его мѣсто со времени Констанція Хлора было введено условіе судебной инсинуаціи (insinuatio), сначала въ соединеніи съ другими еще формальностями (составленіе письменнаго акта, привлеченіе свидѣтелей, передача вещи), впослѣдствіи безъ таковыхъ<sup>3</sup>; сначала—для всѣхъ дареній, впослѣдствіи—лишь для дареній свыше извѣстной мѣры, которая была опредѣлена Юстиніаномъ суммою 500 solidi<sup>4</sup>; даренія ниже этой суммы Юстиніанъ освободилъ отъ всякихъ формальностей, такъ что неформальное дарственное обѣщаніе (pactum donationis) было снабжено искомъ<sup>5</sup> (так. наз. pact. legitimum, см. § 209, прим. 29).

2. *Догматическое изложеніе.* Слѣдуетъ различать даренія до суммы 500 solidi, съ одной стороны, и превышающія эту сумму, съ другой стороны.

Солідъ, который равняется 12 маркамъ 69 пф., практика 17-го вѣка замѣнила венгерскимъ или имперскимъ червонцемъ, равнявшимся 4-мъ гульденамъ при 18-Guldenfuss, т. е. стоившимъ 9 м. 33<sup>1</sup>/<sub>3</sub> пф., такъ что на

<sup>2</sup> I. 21. § 1. I. 24. I. 34. D. h. t. 39, 5; I. 42. D. de m. c. don. 39, 6; I. 2. C. vi bon. rapt. 9, 33.—<sup>3</sup> I. 25. I. 29. I. 31. C. h. t. 8, 53.—<sup>4</sup> I. 36. § 3. cf. I. 34. pr. C. h. t. 8, 53; § 2. I. h. t. 2, 7.—<sup>5</sup> I. 35. § 5. C. h. t. 8, 53; § 2. I. h. t. 2, 7.



германскія деньги 500 solidi = 4666 марокъ  $66\frac{2}{3}$  пфеннига; прежніе юристы, ошибочно принимая 20 - Guldenfuss, въ каковомъ случаѣ червонецъ стоить только 8 м. 40 пф., опредѣляли эту сумму въ 4200 марокъ.

Даренія ниже этой суммы не нуждаются ни въ какой особой формѣ; даренія, превышающія эту сумму (безразлично, dando, obligando или liberando), должны быть занесены въ судъ (въ какомъ бы то ни было судѣ <sup>6</sup>) въ протоколъ (insinuatio) <sup>7</sup>. Нѣсколько одновременныхъ дареній со стороны того же лица одному лицу не складываются въ одну сумму, развѣ если видно намѣреніе совершить одно дареніе, которое раздѣлено на нѣсколько частей in fraudem legis <sup>8</sup>.—Если не соблюдена судебная инсинуація тамъ, гдѣ она требуется, то дареніе ничтожно на сумму, представляющую разность подаренной суммы и 500 solidi <sup>10</sup>; стало быть, если подарена тѣлесная вещь, то возникаетъ общая собственность между дарителемъ и одареннымъ по частямъ, зависящимъ отъ стоимости дара <sup>11</sup>.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ не требуется судебной инсинуаціи и для даренія свыше 500 solidi: для pollicitatio въ пользу городской общины <sup>12</sup> (§ 211), для даренія со стороны государя или въ его пользу <sup>13</sup>, для даренія на возстановленіе разрушеннаго зданія <sup>15</sup>, для установленія dos и donatio propter nuptias, поскольку въ нихъ заключается дареніе женѣ или мужу <sup>16</sup>, для даренія на выкупъ плѣнныхъ <sup>17</sup>.

ad. III. По классическому праву, патронъ могъ безъ всякихъ основаній потребовать назадъ подаренное имъ вольноотпущеннику <sup>18</sup>; точно также родители могли требовать отъ дѣтей возвращенія дара въ случаѣ неблагодарности <sup>19</sup>; въ правѣ по-классическомъ, съ одной стороны, право ревокаціи патрона поставлено въ зависимость отъ опредѣленныхъ основаній: неблагодарности вольноотпущенника и послѣдующаго рожденія дѣтей у патрона <sup>20</sup>; съ другой стороны, право ревокаціи даренія по этимъ причинамъ предоставлено и *всѣмъ* другимъ дарителямъ <sup>21</sup>. Такимъ образомъ:

1. Вслѣдствіе *неблагодарности* одареннаго по отношенію къ да-

<sup>6</sup> I. 30. C. h. t. 8, 53; Nov. 127. c. 2.—<sup>7</sup> I. 36. § 3. C. h. t. 8, 53.—<sup>8</sup> I. 34. § 3. C. h. t. 8, 53.—<sup>9</sup> I. 34. § 4. C. h. t. 8, 53.—<sup>10</sup> I. 34. pr. C. h. t. 8, 53.—<sup>11</sup> I. 34. § 2. C. h. t. 8, 53.—<sup>12</sup> I. 3. § 1. D. de poll. 50, 12.—<sup>13</sup> I. 34. pr. C. h. t. 8, 53; Nov. 52. c. 2.—<sup>14</sup> I. 36. § 1. C. h. t. 8, 53.—<sup>15</sup> I. 36. § 2. C. h. t. 8, 53.—<sup>16</sup> I. 31. pr. C. de i. d. 5, 12; Nov. 119. c. 1; Nov. 117. c. 2.—<sup>17</sup> I. 36. pr. C. h. t. 8, 53.—<sup>18</sup> fr. Vat. §§ 212. 213.—<sup>19</sup> I. 31. § 1. D. h. t. 39, 5; I. 7. I. 9. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>20</sup> I. 1. I. 8. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>21</sup> I. 5. C. de inoff. don. 3, 29; I. 10. C. de rev. don. 8, 55.



рителю, ревокаціи подлежатъ всѣ даренія <sup>22</sup>. Неблагодарность можетъ состоять въ тяжкомъ оскорбленіи словомъ или дѣйствіемъ, въ причиненіи значительнаго имущественнаго вреда, въ намѣренномъ причиненіи опасности для жизни, въ неисполненіи обязанности (*modus*), возложенной при дареніи (§ 70 sub II). Ревокація можетъ быть осуществлена лишь дарителемъ, а не его наслѣдникомъ, и только противъ одареннаго, а не его наслѣдниковъ <sup>23</sup>. Слѣдствіемъ ревокаціи является не ничтожность даренія, а *личное* притязаніе на возвращеніе дара, поскольку послѣдній въ моментъ ревокаціи еще есть налицо у одареннаго <sup>24</sup>; это притязаніе можно осуществить судебнымъ порядкомъ посредствомъ *condictio ex lege* (§ 84 sub 6).

2. Вслѣдствіе *послѣдующаго рожденія дѣтей* патронъ могъ во всякомъ случаѣ требовать возвращенія дара отъ вольноотпущенника <sup>25</sup>; родители по р. пр. могли потребовать возвращенія дара отъ дѣтей лишь въ томъ случаѣ и въ той мѣрѣ, поскольку это было необходимо для доставленія родившимся позднѣе дѣтямъ законной доли имущества (оцѣненнаго по времени даренія) <sup>26</sup>. Но практика придавала римскимъ правиламъ ревокаціи болѣе общее значеніе: *всякій* даритель можетъ потребовать назадъ весь даръ въ случаѣ послѣдующаго рожденія дѣтей, если докажетъ, что, предвидѣвъ рожденіе дитяти, онъ бы даренія не совершилъ.

ad. IV. Объ этомъ подробности см. § 415 sub VI.

За исключеніемъ изложенныхъ выше sub I—IV началъ даренія подчиняются общимъ правиламъ о юр. сдѣлкахъ.

### 3) § 70. Отдѣльные виды дареній.

*Harburger*, die remuner. Schenkung. 1875. — *Savigny*, §§ 153 175. — *Vangerow*, § 125. — *Windscheid*, §§ 366. 368. — *Bekker*, § 104. — *Regelsberger*, § 170.

I. *Donatio remuneratoria* (*благодарственное дареніе, дареніе въ награду*). Юридическая сущность этого вида даренія—спорна. По господствующему мнѣнію, это—настоящее дареніе и поэтому оно подлежитъ правиламъ 69-го §; но многіе исключаютъ его ревокацію за неблагодарность, другіе совсѣмъ отсюда исключаютъ даръ за спасеніе жизни. Господствующее мнѣніе ошибочно, потому что

<sup>22</sup> I. 10. C. de rev. don. 8, 55. — <sup>23</sup> I. 1. 1. 7. 1. 10. C. de rev. don. 8, 55. — <sup>24</sup> I. 7. C. cit. — <sup>25</sup> См. выше пр. 20. — <sup>26</sup> I. 5. C. de inoff. don. 3, 29.



источники <sup>1</sup> называютъ благодарственное дареніе mercēs, т. е. воздѣйствіемъ за дѣйствіе (за услуги, за подарокъ); мало того, источники даже считаютъ такое дареніе исполненіемъ натурального обязательства (§ 230 sub III. 5) <sup>1a</sup> и обсуждаютъ его, какъ таковое, не требуя для его совершенія формальностей <sup>2</sup> и признавая его безвозвратнымъ <sup>3</sup>.

II. *Дареніе съ возложеніемъ обязанности (sub modo)* <sup>4</sup>. До той суммы, которой равняется modus, сдѣлка не есть дареніе: она имѣетъ слѣдствіемъ обязанность получателя предоставить что либо дающему <sup>5</sup> или стороннему лицу <sup>6</sup>, или же совершить какое либо другое дѣйствіе <sup>7</sup>. Поэтому, въ случаѣ виновнаго неисполненія modus, предоставляется усмотрѣнію дарителя, или потребовать отъ одареннаго (посредствомъ actio praescriptis verbis, § 209 пр. 19) исполненія modus <sup>8</sup>, или потребовать (посредствомъ condictio ob causam datorum) возвращенія дара <sup>9</sup> (§ 60 sub. I). Исполненія modus можетъ требовать и третье лицо, если modus имѣетъ въ виду его выгоду <sup>10</sup> (§ 217 пр. 10).

III. *Дарственное обещаніе* (принятіе на себя обязательства, donatio obligando) отличается нѣкоторыми особенностями. Даритель пользуется benef. competentiae (§ 228 sub IV), не обязанъ платить процентовъ въ случаѣ mora <sup>12</sup> (§ 42, пр. 10), не отвѣчаетъ за недостатки вещи <sup>13</sup> (§ 239).

IV. *Дареніе всего имущества (donatio omnium bonorum)*. Такое дареніе обнимаетъ собою лишь имущество наличное; на будущее имущество оно распространяется лишь въ случаѣ прямого изъясненія такой воли (что нѣкоторые считаютъ недопустимымъ).

<sup>1</sup> l. 19. § 1. l. 27. l. 34. § 1. D. h. t. 39. 5; cf. l. 25. § 11. D. de h. p. 5, 3; l. 10. § 13. l. 12. D. mand. 17, 1; l. 10. § 7. i. f. D. de in. rem. v. 15, 3. — <sup>1a</sup> l. 25. § 11. D. de her. pet. 5, 3. — <sup>2</sup> l. 27. D. h. t. 39, 5. — <sup>3</sup> l. 34. § 1. D. h. t. 39, 5; Pauli sent. rec. V. 11. § 6. — <sup>4</sup> t. C. 8, 54: de donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur. — <sup>5</sup> l. 1. l. 2. C. h. t. 8, 54; l. 9. l. 22. C. de don. 8, 53; l. 3. C. de c. e. 4, 38; l. 8. C. de rer. perm. 4. 64. — <sup>6</sup> l. 3. C. h. t. 8, 54. — <sup>7</sup> l. 2. § 7. D. de don. 39, 5; l. 71. пр. D. de cond. 35, 1; l. 13. § 2. l. 14. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 36. § 2. C. de don. 8, 53. — <sup>8</sup> l. 9. l. 22. C. de don. 8, 53; l. 8. C. de rer. perm. 4, 64; l. 3. C. de c. e. 4, 38. — <sup>9</sup> l. 3. l. 8. C. de cond. ob. c. dat. 4. 6. — <sup>10</sup> l. 3. C. h. t. 8, 54. — <sup>11</sup> l. 3. C. h. t. 8, 54. — <sup>12</sup> l. 22. D. h. t. 39, 5. — <sup>13</sup> l. 62. D. de aed. ed. 21, 1. — <sup>14</sup> l. 18. § 3. D. h. t. 39, 5; l. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; cf. l. 2. C. de ev. 8. 44. — <sup>15</sup> l. 45. § 2. l. 46. D. de leg. 1 (30). — <sup>16</sup> arg. l. 46. l. 45. § 1. D. de leg. 1 (30). — <sup>16a</sup> l. 62. D. de aed. ed. 21, 1.



Дареніе имущества не заключаетъ въ себѣ всеобщаго преемства между одареннымъ и дарителемъ; отсюда два слѣдствія:

1. Одаренный пріобрѣтаетъ право собственности на тѣлесныя вещи дарителя лишь съ момента передачи<sup>17</sup>; для обязательствъ въ классическое время требовалась особая цессія<sup>18</sup>, которая въ правѣ Юстиніана<sup>19</sup> отпала вслѣдствіе измѣненія правилъ цессіи (§ 248).

2. Одаренный не отвѣчаетъ за долги дарителя предъ его вѣрителями, но самъ даритель можетъ требовать отъ него уплаты своихъ долговъ (поср. *actio praescriptis verbis*, § 209 пр. 19)<sup>20</sup>.

## Раздѣлъ второй.

### § 71. Недозволенное дѣйствіе.

*Hasse*, die Culpa des Römischen Rechts. 2. Aufl. 1838. — *Fr. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht. T. 3. 1855. — *Binding*, die Normen und ihre Uebertretung. 2. томъ 1872. — *Pernice*, Labeo II, 60 ff. 231 ff. 377 ff. — *Tuhr*, der Nothstand im Civilrecht. 1888. — *Burckhardt*, Gleichstellung von dolus und culpa lata. 1885. — *Vangerow*, §§ 103—110. — *Windscheid*, § 101. — *Regelsberger*, §§ 178. 179. — Ср. кромѣ того литературу къ § 243.

**А. Понятіе.** *Недозволены въ смыслъ частнаго права тѣ дѣйствія, которыми противозаконно нарушаются существующія права.*

Такимъ образомъ въ понятіе недозволеннаго дѣйствія входитъ:

**І. Правонарушеніе**, т. е. дѣйствіе (положительное или отрицательное, напр., неудовлетвореніе вѣрителя), слѣдствіемъ котораго является извѣстный вредъ: если дѣйствующее лицо не причинило никакого ущерба, а лишь пыталось совершить вредное дѣйствіе, то *частное право* его не преслѣдуетъ. — Вредъ состоитъ по большей части въ уменьшеніи имущества, но иногда и въ нарушеніи другихъ благъ человѣка, напр., въ оскорбленіи чести. — Уменьшеніе имущества можетъ быть совершено самыми разнообразными способами: путемъ лишенія владѣнія (въ случаѣ кражи и *deiectio* владѣльца изъ участка), поврежденія или уничтоженія чужой вещи (*damnum iniuria datum*), непредоставленія вещей или услугъ, присвоенія правъ на чужія вещи и т. д. —

<sup>17</sup> I. 35. §§ 4. 5. C. h. t. 8, 53. — <sup>18</sup> I. 11. C. h. t. 8, 53; I. 3. pr. D. pro soc. 17, 2; fr. Vat. § 263. — <sup>19</sup> I. 33. C. h. t. 8, 53. — <sup>20</sup> I. 28. D. h. t. 39, 5; I. 72. pr. D. de i. d. 23, 3; I. 2. C. de cond. ob. e. dat. 4, 6. — <sup>21</sup> I. 17. § 1. D. quae in fr. cred. 42, 8.



Такъ какъ всякое недозволенное дѣйствіе предполагаетъ нанесеніе вреда, то слѣдствіемъ его является обязанность, смотря по обстоятельствамъ, возстановить прежнее состояніе или возмѣстить причиненный вредъ деньгами (§ 243); и то, и другое, конечно, посколькѣ это возможно; невозможно, на примѣръ, возмѣстить вреда, нанесеннаго оскорбленіемъ; въ такихъ случаяхъ, вообще въ случаѣ такъ наз. нематеріальнаго вреда, потерпѣвшему долженъ быть уплаченъ должный штрафъ (спорно, ср. § 208 пр. 31). Имущественный вредъ называется въ источникахъ *id quod interest* (интересъ), *commodum, utilitas, damnum*, иногда *quantum ea res est*<sup>1</sup>; составною частью имущественнаго вреда является часто цѣнность вещи (въ источникахъ: *verum rei pretium, aestimatio*, иногда *quantum ea res est*<sup>2</sup>, ср. § 45). Иногда недозволенное дѣйствіе влечетъ за собою штрафъ (§ 81).

**II. Противозаконность правонарушенія.** Существуютъ правонарушенія непротивозаконныя; сюда относятся случаи, если кто дѣйствуетъ въ состояніи крайней необходимости или необходимой обороны<sup>3</sup>. Противозаконность можетъ заключаться въ природѣ самаго вредоноснаго дѣйствія (объективная неправда, напр., если кто безъ основанія не предоставляетъ чужой вещи ея собственнику или присваиваетъ себѣ права на нее) или предполагаетъ виновность дѣйствующаго лица (*culpa* въ обширномъ смыслѣ, субъективная неправда<sup>4</sup>). *Виновнымъ можетъ быть только лицо, способное ко вмѣненію*, т. е. человѣкъ, обладающій сознаниемъ себя самого и внѣшняго міра, а равно и достаточно развитымъ сознаниемъ своихъ обязанностей; такого сознанія лишены юридическія лица, дѣти<sup>5</sup>, душевно-больные<sup>6</sup>, опьяненные, необученные глухонѣмые, *infantiae proximi* (т. е. тѣ *impuberes*, которые еще не обладаютъ достаточнымъ развитіемъ воли и разумѣнія); *pubertati proximi* лишь отчасти способны ко вмѣненію: они могутъ совершить *dolus*.— Вина можетъ быть двухъ родовъ:

1. *Dolus (dolus malus, злой умыселъ)*, т. е. *воля нанести вредъ, происшедшая изъ злого намѣренія*. Лицо, не знающее, что его дѣй-

<sup>1</sup> 1. 68. D. de r. v. 6, 1; 1. 3. § 11. D. uti poss. 43, 17. — <sup>2</sup> 1. 179. l. 193. D. de v. s. 50, 16; 1. 1. § 4. D. si quis ius 2, 3; 1. 9. § 8. D. ad exh. 10, 4. — <sup>3</sup> 1. 4. l. 5. pr. 1. 29. §§ 3. 7. 1. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. D. ad l. Aq. 9, 2. — <sup>4</sup> 1. 5. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; 1. 3. D. dep. 16, 3; 1. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; 1. 38. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>5</sup> 1. 60. D. de r. v. 6, 1. — <sup>6</sup> 1. 5. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; 1. 111. pr. D. de r. i. 50, 17.



ствіе причиняетъ вредъ, не имѣетъ воли вредить и не совершаетъ *dolus* (напр., если кто присваиваетъ себѣ чужую вещь въ томъ убѣжденіи, что собственникъ согласенъ на это дѣйствіе)<sup>7</sup>. Равнымъ образомъ и лицо, знающее о вредности своего дѣйствія, но совершающее его по мотивамъ непредосудительнымъ, тоже не совершаетъ *dolus*; напр., если кто изъ состраданія (*misericordia*) освобождаетъ скованнаго чужого раба<sup>8</sup>, или не исполняетъ порученной ему купли вещи по дружбѣ къ другому лицу, тоже желающему купить эту вещь (*gratia*)<sup>9</sup>, или въ излишней самонадѣянности (*luxuria*) совершаетъ поджогъ<sup>10</sup>. — Особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на тотъ видъ *dolus*, который состоитъ во введеніи въ заблужденіе: *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*<sup>11</sup>; мы называемъ его обманомъ; см. § 51 sub I. 2.

2. *Culpa* въ тѣсномъ смыслѣ (*negligentia, desidia, небрежность, неосторожность*), т. е. *недостатокъ заботливости, обдуманности, при соблюденіи которой можно было бы избѣжать ущерба*. Вина можетъ быть грубая или легкая; масштабомъ, опредѣляющимъ степень вины, служитъ образъ дѣйствій или обыкновеннаго чловѣка, или добраго хозяина, *bonus paterfamilias*, или, наконецъ, образъ дѣйствій самого лица, совершившаго недозволенное дѣйствіе; образъ дѣйствій обыкновеннаго чловѣка и *bonus paterfamilias* служатъ обыкновенною, *нормальною* мѣрою вины; образъ дѣйствій лица, совершившаго недозволенное дѣяніе, есть мѣра *индивидуальная*, а поэтому — исключительная. Въ частности слѣдуетъ замѣтить:

а. Лицо, которое не прилагаетъ даже той заботливости, которая свойственна веѣмъ другимъ людямъ, совершаетъ грубую неосторожность, находится *in culpa lata: lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere quod omnes intelligunt*<sup>12</sup>; къ *culpa lata* приравнивается также упомянутая выше sub I *misericordia, gratia, luxuria. Culpa lata* обсуждается одинаково съ *dolus: magna culpa dolus est*<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> l. 46. § 7. D. de furt. 47, 2; cf. l. 61. § 5 eod., l. 1. § 47. D. dep. 16, 3. — <sup>8</sup> l. 7. pr. D. dep. 16, 3; l. 7. § 7. D. de d. m. 4, 3. — <sup>9</sup> l. 8 § 10. D. mand. 17, 1. — <sup>10</sup> l. 11. D. de inc. 47, 9. — <sup>11</sup> l. 1. § 2. D. de d. m. 4, 3; l. 7. § 9. — D. de pact. 2, 14; l. 43. § 2 de cont. emtr. 18, 1. — <sup>12</sup> l. 213. § 2. l. 223. pr. D. de v. s. 50, 16. — <sup>13</sup> l. 226. D. de v. s. 50, 16; l. 1. § 1. D. si mentor 11, 6; l. 1. § 5. D. de obl. et act. 44, 7; l. 32. D. dep. 16, 3; l. 1. § 2. D. si is qui test. 47, 4; l. 7. § 1. D. de susp. tut. 26, 10.



б. Лицо, которое не прилагаетъ заботливости добраго хозяина (*diligentia quam diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, diligentia diligentis seu boni patrisf.*<sup>14</sup>, у новыхъ юр. *diligentia in abstracto*), совершаетъ легкую вину, находится *in culpa levi, in culpa* просто (у новыхъ — *culpa abstracto*).

с. Лицо, которое не соблюдаетъ той заботливости, которую онъ *самъ* прилагалъ до сихъ поръ обыкновенно къ своимъ собственнымъ дѣламъ (*diligentia quam suis rebus adhibere solet, diligentia quam suis* просто, у новыхъ *diligentia in concreto*), совершаетъ *culpa lata*, а даже, пожалуй, *dolus*; ибо только низкій образъ мыслей можетъ побудить къ приложенію меньшей внимательности къ чужимъ дѣламъ, чѣмъ къ своимъ собственнымъ<sup>15</sup>. Эта вина (въ отличіе отъ описанной *sub b. culpa levis*) именуется новыми *culpa in concreto*.

Прежде различали еще *culpa levissima*, подъ которою разумѣли несоблюденіе чрезвычайной внимательности, превышающей внимательность добраго *paterfamilias*. Но въ настоящее время почти все отвергаютъ этотъ новый видъ *culpa*, и совершенно основательно; ср. разсужд. по этому поводу въ § 237.

Падаетъ ли на виновное лицо отвѣтственность за *dolus* (слѣд., и за *c. lata* и *in concreto*) или за *dolus* и *culpa levis* (*omnis culpa*), — этотъ вопросъ рѣшается различно для отдѣльныхъ правоотношеній (§§ 152. 236. 240. 313. 382. 432. 444). — *Dolus* или *culpa* можетъ проявиться *in faciendo* или *in non faciendo*, смотря по тому, совершено ли виновно дѣйствіе положительное или отрицательное; *culpa in faciendo* называется обыкновенно *culpa Aquiliana*, потому что по *lex Aquilia* отвѣчаетъ только то лицо, которое повредило чужую вещь посредствомъ *culpa in faciendo*<sup>16</sup> (§ 313).

В. *Компенсація вины*. О зачетѣ провинностей говорятъ въ двухъ совершенно различныхъ случаяхъ.

1. Два субъекта наносятъ другъ другу вредъ самостоятельными, другъ отъ друга независимыми, но однородными дѣйствіями, напр., оба супруга совершаютъ прелюбодѣяніе<sup>17</sup>, изъ нѣсколькихъ товарищей каждый при исполненіи товарищескаго дѣла совершаетъ виновное дѣйствіе и этимъ наноситъ вредъ прочимъ

<sup>14</sup> l. 31. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 35. § 4 de contr. emt. 18, 1; l. 11. de per. et comm. 18, 6. — <sup>15</sup> l. 32. D. dep. 16, 3; l. 22. § 3. D. ad sct. Treb. 36, 1. — <sup>16</sup> l. 13. § 2. D. de usufr. 7, 1. — <sup>17</sup> l. 39. D. sol. matr. 24, 3.



socii<sup>18</sup>; здѣсь *dolus* компенсируется съ *dolus*, *culpa* компенсируется съ *culpa*, хотя бы размѣръ штрафа или убытковъ на одной сторонѣ былъ больше, нежели на другой; стало быть, не важно, что имущество мужа больше имущества жены (размѣръ штрафа, подлежащаго платежу со стороны супруга, виновнаго въ разводѣ, зависитъ отъ размѣра его имущества); не важно, что вина одного товарища причинила большіе убытки, нежели вина другого; ни для одного, ни для другого не возникаетъ въ такихъ случаяхъ притязанія на штрафъ или на возмѣщеніе вреда. Предполагается, конечно, что одно дѣйствіе можетъ разсматриваться, какъ возмездіе за другое, поэтому нѣтъ мѣста для зачета провинностей въ томъ случаѣ, если два субъекта взаимно совершаютъ другъ у друга кражу<sup>19</sup>. — Имѣеть ли въ такихъ случаяхъ зачетъ *dolus* съ *culpa*, въ источникахъ не рѣшено, а по внутреннимъ основаніямъ подлежитъ отрицательному рѣшенію.

2. Правонарушеніе причиняется не исключительно виновнымъ дѣяніемъ другого, а вслѣдствіе присоединенія вины самого потерпѣвшаго; здѣсь другой не отвѣчаетъ, но не потому, что его вина компенсируется виною потерпѣвшаго, а потому, что его виною, самою по себѣ, вредъ не причиненъ. Поэтому, напр., если изъ двухъ *condomini* каждый такъ обременяетъ общую стѣну, что она не выдерживаетъ тяжести и, падая, повреждаетъ вещи обоихъ субъектовъ общей собственности, то они не имѣютъ никакихъ притязаній другъ къ другу, хотя бы убытки одного превышали убытки другого<sup>20</sup>; неисправный продавецъ съѣстныхъ припасовъ, которые покущикъ намѣревался употребить на прокормленіе своихъ рабовъ, не обязанъ отвѣчать за цѣнность рабовъ, умершихъ отъ недостатка пищи, ибо покущикъ долженъ былъ позаботиться объ иныхъ средствахъ пропитанія рабовъ<sup>21</sup>; поэтому нѣмецкая судебная практика не возлагаетъ ответственности за ущербъ на домохозяина, не содержащаго лѣстницы въ надлежащемъ порядкѣ, если съ этой лѣстницы упалъ пьяный квартирантъ. Предполагается стеченіе *dolus* съ *dolus* или *culpa* съ *culpa*;

<sup>18</sup> I. 10. pr. D. pro soc. 17, 2; ср. еще I. 3. § 3. D. de eo per quem 2, 10; I. 36. D. de d. m. 4, 3; I. 57. § 3. D. de cont. emt. 18, 1. I. 12. § 1. D. quod met. 4, 2. I. 7. § 3. D. quod vi 43, 24. —<sup>19</sup> I. 38. § 2. D. de nox act. 9, 4. —<sup>20</sup> I. 11. pr. D. ad l. Aq. 9, 2. —<sup>21</sup> I. 40. § 1. D. damni inf. 39, 2. —<sup>22</sup> I. 21. § 3. D. de a. e. 19, 1.



въ случаѣ же стеченія *dolus* съ *culpa*, *dolus* перевѣшиваетъ и опредѣляетъ исключительно отвѣтственность; поэтому, напр., если кто на публичной площади, предназначенной для стрѣльбы, умышленно стрѣляетъ въ проходящаго по площади, то на него падаетъ отвѣтственность<sup>23</sup>.

С. *Обязанность доказывать*. Лежитъ ли на истцѣ обязанность доказывать наличность вины отвѣтчика, или, наоборотъ, отвѣтчикъ долженъ доказать отсутствіе вины съ своей стороны (т. е., наличность случая или вины сторонняго лица)? Вопросъ этотъ господствующее мнѣніе рѣшаетъ слѣд. образомъ. Если искъ основанъ на договорномъ или законномъ обязательствѣ, существовавшемъ еще до совершенія недозволеннаго дѣйствія, то обязанность доказывать лежитъ на отвѣтчикѣ-должникѣ<sup>24</sup> (потому что онъ, будучи обязанъ по *obligatio*, утверждаетъ, что это обязательство уже прекратилось или измѣнилось); напротивъ, если искъ основанъ на недозволенномъ дѣйствіи отвѣтчика (при обязательствахъ изъ проступковъ и вещныхъ искахъ, съ которыми соединяется притязаніе по поводу *culpa* отвѣтчика, § 152 пр. 2—4), то обязанность доказывать лежитъ на истцѣ<sup>25</sup> (потому что всякій истецъ долженъ доказать *основаніе* своего иска).

## Раздѣлъ третій.

### Время, какъ юридическій фактъ.

#### 1) § 72. Общія начала. Въ частности, незапамятное время.

*Arndts*, Beiträge. Nr. 3. 1837. — *Buchka*, der unvordenkliche Besitz. 1841. — *Friedländer*, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. 1843. — *Grawein*, Verjährung und gesetzliche Befristung. 1880. — *Savigny*, §§ 177. 178. 195—201. — *Vangerow*, §§ 129. 130. — *Windscheid*, §§ 102. 105. 113. — *Brinz*, §§ 112. 164. — *Bekker*, §§ 38. 39. 86. — *Regelsberger*, §§ 126. 127. — Ср. еще лит. къ §§ 86. 140.

Юридическіе факты, какъ и всѣ явленія, происходятъ во времени. Но для многихъ правоотношеній само время является юридическимъ фактомъ. Его вліяніе на правоотношенія очень разнообразно, но можетъ быть сведено къ слѣд. видамъ:

1. Извѣстное продолженіе человѣческой жизни является усло-

<sup>23</sup> I. 9. § 4. ad l. Aq. 9, 2; cf. l. 31. eod.; l. 45. § 1. i. f. D. de act. e. 19, 1. — <sup>24</sup> I. 9. § 4. D. loc. 19, 2; l. 5. C. de pign. act. 4. 24; l. 1. § 13. D. de mag. conv. 27, 8. — <sup>25</sup> I. 18. § 1. D. de prob. 22, 3.



вѣемъ многихъ отношеній: дѣеспособности, способности къ браку, къ присягѣ, къ свидѣтельскимъ показаніямъ, къ adoptio.

2. Извѣстный моментъ времени можетъ быть началомъ или конечною точкою правоотношеній или ихъ осуществленія, напр., по срочной сдѣлкѣ (§ 59).

3. Нѣкоторыя правомочія должны быть осуществлены въ опредѣленный моментъ времени или въ теченіе извѣстнаго періода времени, въ противномъ случаѣ они прекращаются. Напр., *bonorum possessio* необходимо было испросить въ теченіе ста дней (или въ теченіе года), *querela non numeratae pecuniae* предъявлялась не позже двухъ лѣтъ, *excusatio* призваннаго къ опека— не позже пятидесяти дней и т. д. Далѣе, сюда относятся процессуальные сроки (для отвѣта на искъ, реплики и т. д.).—Наконецъ, нѣкоторыя обязанности должны быть исполнены въ теченіе извѣстнаго времени, въ противномъ случаѣ онѣ влекутъ за собою извѣстную потерю; *эмфитевзисъ*, наемное и арендное право могутъ быть отняты, если въ теченіе опредѣленнаго срока не вносится плата; *condominus* дома лишается своего права, если въ продолженіе четырехъ мѣсяцевъ не уплатитъ своей части издержекъ на зданіе и т. п.—Теперь всѣ признають, что эти сроки (т. н. преклюзивные, пресѣкательные сроки) не должны разсматриваться какъ сроки давности (ср. ниже sub 4) и не подчиняются правиламъ о давностныхъ срокахъ (ср. §§ 88—90).

4. Время служитъ часто основаніемъ возникновенія и прекращенія правъ. При извѣстныхъ условіяхъ *фактическое* состояніе, продолжаясь опредѣленное время, тѣмъ самымъ можетъ достигнуть *юридической* прочности, и, наоборотъ, права, будучи опредѣленное время неосуществляемы, теряются вполнѣ или въ самой важной своей части (правъ на искъ). Слѣдуетъ замѣтить, что вышесказанное примѣняется по римскому праву лишь къ *нѣкоторымъ опредѣленнымъ* фактическимъ состояніямъ и къ *нѣкоторымъ опредѣленнымъ* правамъ; сюда относятся: давность владѣнія (въ разныхъ формахъ, какъ-то: *usucapio*, *longi temporis praescriptio*, *longissimi temporis praescriptio*, *diuturnus usus*), прекращеніе сервитутовъ *вельдствіе nonusus* и *usucapio libertatis*, давность, погашающая закладное право, и давность, погашающая искъ. Причина того, что время имѣетъ способность производить или уничтожать право лишь при *нѣкоторыхъ* правоотношеніяхъ, заключается



въ томъ, что эта сила не присуща самому времени, какъ такому, а лишь присвоается ему законодателемъ путемъ *положительной* нормы и по особымъ соображеніямъ пользы; лишь при наличности требованій пользы сообщается времени описанная способность (§§ 86. 140).—Слѣдуетъ замѣтить, что случаи, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, рѣзко отличаются отъ упомянутыхъ sub 3; осуществленіе или неосуществленіе права въ продолженіе извѣстнаго времени служить здѣсь основаніемъ возникновенія или прекращенія правъ, между тѣмъ какъ въ случаяхъ sub 3 дѣйствительность юр. дѣйствія съ *самого начала* поставлена въ зависимость отъ соблюденія извѣстнаго срока. Тѣмъ не менѣ юристы 17-го и 18-го вѣковъ старались все эти случаи обнять однимъ понятіемъ: понятіемъ давности, *praescriptio* (последнее названіе есть, очевидно, искаженіе римской *longi temporis praescriptio*), которую они опредѣляли, какъ измѣненіе правъ вслѣдствіе фактическаго осуществленія или неосуществленія въ теченіе извѣстнаго времени, раздѣляя ее на *praescriptio acquisitiva* (положительная, приобрѣтательная давность: *приобрѣтеніе* права путемъ осуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени) и *praescriptio extinctiva* (погасительная давность: *потеря* права вслѣдствіе неосуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени). Эта теорія страдаетъ двумя крупными недостатками: во-первыхъ, изъ нея вытекаетъ, что *все* права приобрѣтаются путемъ продолжительнаго осуществленія, теряются вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія; поэтому въ самомъ дѣлѣ многіе полагали, что могутъ быть приобрѣтены по давности закладное право, заемное обязательство (путемъ тридцатилѣтняго полученія процентовъ); во-вторыхъ, изъ нея вытекаетъ распространеніе римскихъ нормъ о приобрѣтательной и исковой давности на все случаи sub 3, что совсѣмъ несообразно (если принять, напр., во вниманіе перерывъ давности). Вслѣдствіе этихъ недостатковъ теорія 17-го и 18-го вѣковъ теперь всеми отвергнута; но она перешла во многія партикулярныя законодательства, оставивъ слѣды и въ Общемъ правѣ въ одномъ институтѣ: *незапамятномъ* времени.

Въ нѣкоторыхъ, немногихъ случаяхъ римское право охраняетъ извѣстное состояніе отъ нарушеній и оспариваній лишь на томъ основаніи, что оно существуетъ съ незапамятнаго времени (*quod memoriam excedit, cuius memoria non exstat*); древность (*vetustas*)



состоянія служить для этого единственнымъ основаніемъ; другихъ условій (какъ при пріобрѣтательной и погасительной давности) не требуется. Эти случаи суть слѣд.: общинныя дороги (*viae vicinales*), которыя съ незапамятнаго времени проложены на частной землѣ, причисляются къ публичнымъ дорогамъ<sup>1</sup> и не подлежатъ, стало быть, распоряженію хозяина земли; водопроводы, существующіе на участкѣ съ незапамятнаго времени, признаются за существующіе по праву<sup>2</sup>; сооруженія, существующія для усиленія или ослабленія стока дождевой воды съ участка (плотины, насыпи, каналы), признаются построенными правомѣрно, если существуютъ съ незапамятнаго времени<sup>3</sup> (ср. § 126 пр. 12).

Новые случаи примѣненія незапамятнаго времени существуютъ въ каноническомъ правѣ и имперскихъ законахъ; по каноническому праву, налоги, взиманіе которыхъ происходитъ съ незапамятнаго времени, признаются правомѣрными<sup>4</sup>, такъ что епископъ можетъ пріобрѣсть право на десятину въ чужой епархіи, если этотъ сборъ взимается съ незапамятнаго времени<sup>5</sup>; по имперскимъ законамъ, изъятіе изъ подсудности нѣкоторымъ судамъ<sup>6</sup> и свобода отъ нѣкоторыхъ податей<sup>7</sup> обезпечивается существованіемъ этого состоянія съ незапамятнаго времени. Наконецъ, практика примѣнила незапамятную давность (такъ наз. *praescriptio immemorialis*, *praescriptio indefinita*, незапамятное владѣніе) ко *всѣмъ* правамъ, относительно которыхъ возможно продолжительное осуществленіе или неосуществленіе; такимъ образомъ, *praescriptio indefinita* стала служить дополненіемъ къ пріобрѣтательной и погасительной давности (*praescriptio definita*) въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ послѣдняя не можетъ быть примѣнена (въслѣдствіе природы права или предмета или недостатка какого либо условія); нѣкоторые новые писатели неосновательно желаютъ ее ограничить правами публичнаго характера.

Незапамятнымъ признается состояніе въ томъ случаѣ, если современники о немъ только знаютъ, а о другомъ не слышали даже и отъ своихъ предковъ<sup>8</sup>.—Для доказательства незапамятности служить, безспорно, свидѣтели; можно ли для той же цѣли пользоваться письменными документами и присягою, — вопросъ спорный, но нѣтъ никакого основанія рѣшать его въ отрицательномъ смыслѣ. Въ качествѣ свидѣтелей допускаются лишь тѣ лица, способность которыхъ къ воспріятію по крайней мѣрѣ продолжалась въ теченіе послѣднихъ сорока лѣтъ<sup>9</sup>; но отсюда

<sup>1</sup> l. 3. pr. D. de loc. et it. publ. 43, 7.—<sup>2</sup> l. 26. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 3. § 4. D. de aq. quot. 43, 20; cf. l. 7. C. de serv. 3, 34.—<sup>3</sup> l. 1. § 23. l. 2. pr. §§ 1. 3. 5. 7. 8. D. de aq. pluv. 39, 3.—<sup>4</sup> c. 21. c. 26. X. de v. s. 5, 40.—<sup>5</sup> c. 1. in. VI. de praeser. 2, 13.—<sup>6</sup> Aurea bulla c. 8. § 1.—<sup>7</sup> RA. 1548 r. §§ 56. 59. 64; RA. 1576 r. § 105.—<sup>8</sup> l. 2. § 8. D. de aq. pluv. 39, 3; l. 28. D. de prob. 22, 3.—<sup>9</sup> c. 1. in. VI. de praeser. 2, 13.



вовсе не слѣдуетъ, что свидѣтелю должно быть не менѣе 54-хъ лѣтъ (какъ нѣкоторые полагаютъ). Доказательству незапамятности состоянія можно противопоставить доказательство противнаго, а именно, что данное состояніе не существовало *непрерывно* въ теченіе двухъ послѣднихъ человѣческихъ жизней (80-ти лѣтъ) или что данное состояніе возникло въ опредѣленный моментъ времени, не заключающійся въ предѣлѣ 80 лѣтъ, неправомѣрнымъ образомъ и на основаніи этого неправомѣрнаго возникновенія существовало до настоящаго спора или нарушенія.— Впрочемъ, одни юристы считаютъ незапамятное время дѣйствительнымъ способомъ пріобрѣтенія и освобожденія (какъ пріобрѣтательную давность и потерю вслѣдствіе неосуществленія), а другіе видятъ въ немъ лишь презумпцію (предположеніе), что спорное состояніе было когда-то основано правомѣрнымъ образомъ; правильно второе мнѣніе.

Для всѣхъ отношеній, исчисленныхъ sub 1—4, имѣетъ значеніе способъ опредѣленія времени; этому посвящены §§ 73. 74.

## 2) Опредѣленіе времени.

### а. § 73. Дѣленіе времени.

- Savigny, §§ 179. 180. 192—194. — Vangerow, §§ 194. 197. — Windscheid, § 103. — Bekker, § 87. — Regelsberger, § 124.

Время подраздѣляется на извѣстные періоды; важнѣйшіе изъ нихъ суть: день (сутки), мѣсяць, годъ; эти періоды бываютъ неподвижны, или же имѣютъ подвижное начало и конецъ.

1. *Неподвижное дѣленіе времени (неподвижное время, календарное время) установлено календаремъ; по календарю день (календарный день, dies civilis) продолжается отъ полуночи до полуночи<sup>1</sup>, мѣсяць (календарный мѣсяць, mensis civilis)—отъ перваго до послѣдняго дня даннаго мѣсяца въ календарѣ, годъ (календарный годъ, annus civilis) — отъ перваго января до послѣдняго декабря. Календарный день (сутки) распадается на 24 часа; Римляне дѣлили его еще на lux (dies въ тѣсномъ смыслѣ) и пох (ночь), которыя въ свою очередь распадаются каждая на 12 часовъ (horae diei s. lucis, horae noctis) различной продолжительности, смотря по времени года<sup>2</sup>. Календарный годъ обнимаетъ*

<sup>1</sup> 1. 8. D. de fer. 2, 12.—<sup>2</sup> cf. 1. 7. D. de usurp. 41, 3; 1. 2. § 1. 1. 124. D. de v. s. 50, 16.



собою 365 дней, но къ *dies sextus ante Calendas Martias* (*Regifugium*, въ которой праздновалось бѣгство царей, теперь Матѣевъ день, въ обыкновенномъ году 24-е февраля) со времени Юлія Цезаря въ каждомъ четвертомъ году прибавлялся еще одинъ день (*dies intercalaris*<sup>3</sup>, вставочный, високосный день); послѣ улучшения календаря папою Григоріемъ XIII-мъ не бываетъ прибавленія три раза въ теченіе 400 лѣтъ; этотъ високосный день называется въ источникахъ какъ самъ, такъ и вмѣстѣ со слѣдующимъ днемъ—*bissextum*; по теперешнему исчисленію времени это есть 24-е февраля, поэтому и Матѣевъ день, который въ обыкновенномъ году приходится 24-го февраля, въ году високосномъ передвигается на 25-е. Високосный день обыкновенно обсуждается, какъ одинъ моментъ, принадлежащій къ 25-му февраля (по теперешнему счисленію); *id biddum pro uno die habetur*<sup>4</sup> (потому для лицъ, родившихся 24-го февраля и въ високосномъ году 25-го февраля, безразлично днемъ рожденія въ обыкновенномъ году будетъ 24-е февраля, и, наоборотъ, давность, начавшаяся въ обыкновенномъ году 24-го февраля, истекаетъ въ високосномъ году лишь 25-го). Но если въ *юридической сдѣлкѣ* установленъ въ качествѣ срока рядъ дней, то примѣняется вѣроятное мнѣніе дѣйствующихъ лицъ, что високосный день будетъ считаться особо (напр., если договоръ купли заключенъ съ условіемъ, что цѣна будетъ уплачена въ теченіе тридцати дней)<sup>5</sup>.—Недѣля находится внѣ календаря: она не служитъ составною частью мѣсяца или года, но проходитъ черезъ рядъ мѣсяцевъ и годовъ независимо отъ нихъ.

2. Гораздо чаще имѣетъ значеніе *дѣленіе времени на періоды съ подвижнымъ началомъ и концомъ (подвижное время)*; эти періоды зависятъ отъ опредѣленнаго факта; такъ, напр., возрасты зависятъ отъ рожденія, давность владѣнія—отъ захвата владѣнія и т. д.; поэтому календарному году, мѣсяцу, дню противопоставляется годъ, мѣсяцъ, день, какъ единицы мѣры времени (подвижной, естественный—годъ, мѣсяцъ, день). Мѣрою времени служитъ и подвижная недѣля. Подвижной годъ имѣетъ 365 дней<sup>6</sup> (ибо и здѣсь високосный день въ високосномъ году обсуждается какъ

<sup>3</sup> I. 3. § 3. D. de min. 4, 4; l. 98. D. de v. s. 50, 16. — <sup>4</sup> I. 98. pr. D. de v. s. 50, 16; I. 3. § 3. D. de min. 4, 4.—<sup>5</sup> I. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3. — <sup>6</sup> I. 51. § 2. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. § 5. D. de statul. 40, 7; l. 134. pr. D. de v. s. 50, 16; l. 2. D. de div. temp. pr. 44, 3.



одинъ моментъ, принадлежащій къ 25-му февраля, прим. 4), подвижная недѣля — 7 дней, подвижныя сутки (день) — 24 часа; о продолжительности подвижного мѣсяца источники не даютъ яснаго рѣшенія. Большая часть мѣств<sup>7</sup> полагаетъ въ мѣсяцѣ 30 дней; между тѣмъ презумпція, что дитя, рожденное въ 182-й день послѣ заключенія брака, есть дитя законное (§ 23), выражена въ одномъ мѣствѣ<sup>8</sup> слѣд. образомъ: дитя, рожденное въ *седьмомъ* мѣсяцѣ послѣ заключенія брака, признается законнымъ; такимъ образомъ, по этому мѣству, 6 мѣсяцевъ содержатъ 181 день; въ другомъ мѣствѣ<sup>9</sup> 93 дня принимаются за три мѣсяца<sup>9</sup>, въ третьемъ мѣствѣ<sup>10</sup>, наконецъ, два мѣсяца приравниваются 61-му дню. Этого противорѣчія еще примирить не удалось.

Для процессуальныхъ сроковъ, опредѣленныхъ по мѣсяцамъ и недѣлямъ, Имп. уст. г. с. § 200 предписываетъ счисленіе отъ начальнаго дня до дня, соответствующаго ему по названію или числу; если въ послѣднемъ мѣсяцѣ нѣтъ дня, соответствующаго началному, то срокъ кончается съ истеченіемъ послѣдняго дня этого мѣсяца.

### в. § 74. Исчисленіе періода времени.

(Computatio naturalis — civilis. Tempus continuum — utile).

*Krüger*, kritische Versuche. Стр. 59 слѣд. 1870. — *Hölder*, die Theorie der Zeitberechnung. 1873. — *Ubbelohde*, Berechnung des tempus utile der honorarischen Klagen. 1891. — *Savigny*, §§ 181—191. — *Vangerow*, §§ 195. 196. — *Windscheid*, §§ 103. 104. — *Brinz*, § 554. — *Bekker*, § 88. — *Regelsberger*, § 125.

Если время опредѣлено по календарю (напр., кто либо получаетъ годовую ренту 1-го января каждаго года, ежемѣсячную ренту въ первый день каждаго мѣсяца, должникъ обѣщаетъ уплатить долгъ 1-го октября 1893-го года<sup>1</sup>), то не требуется особаго исчисленія. Последнее требуется въ случаѣ *подвижныхъ* періодовъ времени для превращенія ихъ въ календарное время; оно производится по слѣдующимъ правиламъ:

1. *О начальномъ и конечномъ предѣлѣ періода времени.* Если періодъ опредѣленъ по часамъ или еще меньшимъ единицамъ времени, то предѣлы исчисляются отъ момента совершенія даннаго

<sup>7</sup> l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 11. § 6. l. 29. § 5. D. ad. l. Iul. de ad. 48, 5; l. 1. § 10. D. ad sct. Turp. 48, 16; l. 28. l. 31. § 22. D. de aed. l. 21, 1; l. 22. §§ 1. 2. C. de i. delib. 6, 30; Nov. 115. c. 2. — <sup>8</sup> l. 12. D. de stat. hom. 1, 5; cf. l. 3. § 12. D. de suis 38, 16. — <sup>9</sup> l. 2. l. 5. pr. C. de temp. et rep. app. 7, 63. — <sup>10</sup> l. 101. D. de r. i. 50, 17.

<sup>1</sup> l. 50. D. de o. et a. 44, 7; l. 42. l. 118. § 1. D. de v. o. 45, 1.



юр. факта (*ad momenta, a momento, in momentum tempus computare, естественный счетъ*); къ періодамъ, которые опредѣлены по большимъ единицамъ времени (днямъ, мѣсяцамъ, годамъ), *computatio naturalis* примѣняется лишь въ видѣ исключенія, а именно: для опредѣленія полнолѣтія (25 л.) человѣка<sup>2</sup> (до наступленія котораго возможна *restitutio in integrum propter minorem aetatem*) и, по обычаямъ прежней практики, при исчисленіи предписаннаго Юстиніаномъ<sup>3</sup> десятидневнаго апелляціоннаго срока [по оба эти случая устраниены новыми имп. законами (зак. 1875 г. и Имп. уст. г. с. §§ 200. 477)]. Причина рѣдкости примѣненія *computatio naturalis* заключается въ трудности счѣта. Поэтому въ прочихъ случаяхъ считаютъ не отъ момента до момента, а отъ дня до дня, по *календарнымъ* днямъ (*ad dies numerare, civiliter tempus computare, гражданскій счетъ*). Правила гражданского исчисленія въ прежнее время неоднократно подвергались спорамъ, въ настоящее время господствующее мнѣніе установило слѣд. правила. Первымъ считается тотъ день, въ теченіе котораго наступилъ данный юридическій фактъ, при чемъ не принимается во вниманіе, что фактъ заполнилъ лишь часть дня. Впрочемъ, по современнымъ воззрѣніямъ, получившимъ признаніе въ нѣкоторыхъ новыхъ имперскихъ законахъ<sup>3а</sup>, первымъ признается лишь тотъ день, который слѣдуетъ за юридическимъ фактомъ. Какой день будетъ послѣднимъ (*dies novissimus, postremus, extremus*), опредѣляется счѣтомъ; при этомъ слѣдуетъ различать, съ одной стороны, періоды времени, отъ истеченія коихъ зависитъ приобрѣтеніе, и, съ другой стороны, періоды, отъ которыхъ зависитъ потеря права; въ случаяхъ приобрѣтенія достаточно, чтобы начался послѣдній день (къ такимъ случаямъ примѣняется поговорка новыхъ юр.: *dies ultimus coeptus pro completo habetur*); въ случаяхъ потери слѣдуетъ ожидать истеченія послѣдняго дня (*totus postremus dies completus esse debet*). Поэтому лицо, рожденное 1-го января (хоть поздно вечеромъ), получаетъ способность составлять завѣщанія съ началомъ 31-го декабря того года, въ которомъ ему кончается 14 лѣтъ отъ роду<sup>4</sup> и т. п.<sup>5</sup> Съ другой стороны, искъ погашенъ давностью, право на *bonorum possessio* потеряно— лишь съ истеченіемъ послѣдняго дня промежутка, въ который

<sup>2</sup> I. 3. § 3. D. de min. 4, 4.—<sup>3</sup> Nov. 23. c. 1.—<sup>3а</sup> Wechselordnung Art. 32; Handelsgesetzbuch Art. 328; Civilprozessordnung §§ 199. 200—<sup>4</sup> I. 5. pr. D. qui test. fac. 28, 1; I. 1. D. de manum. 40, 1.—<sup>5</sup> I. 132. I. 134. D. de v. s. 50, 16.—<sup>6</sup> I. 49. D. de cond. 35, 1.



право еще могло быть осуществлено<sup>7</sup>. Особия затрудненія возникаютъ при примѣненіи этихъ правилъ къ счету приобрѣтательной давности, потому что въ ней содержится и приобрѣтеніе, и потеря права; и въ самомъ дѣлѣ, нѣсколько мѣстъ источниковъ<sup>8</sup> примѣняютъ то правило, которое относится къ потерѣ права, одно же мѣсто<sup>9</sup>—то правило, которое дѣйствуетъ при приобрѣтеніи права; господствующее мнѣніе видитъ въ приобрѣтательной давности лишь способъ приобрѣтенія права, а потому считаетъ давность истекшею съ началомъ послѣдняго дня; но вѣрнѣе было бы признавать ея истеченіе лишь съ момента окончанія послѣдняго дня, потому что приобрѣтеніе со стороны одного лица предполагаетъ потерю со стороны другого; упомянутое выше въ пр. 9 притивоположное рѣшеніе источниковъ, вѣроятно, интерполировано; въ своей первоначальной редакціи оно относилось, какъ это доказываетъ надпись: *libro V. interdictorum*, совѣмъ не къ давности, а къ *interdictum utrobi* (§ 120 пр. 9).

2. *О теченіи періода времени.* Если теченіе извѣстнаго періода уже началось, то считается, по общему правилу, всѣ части времени, такъ что періодъ состоитъ изъ соприкосновенныхъ частей времени, онъ есть *tempus continuum (dies continui)*<sup>10</sup>. Но иногда примѣняется иной счетъ: если для осуществленія или сохраненія извѣстнаго права, по предписанію закона, должно быть совершенно какое либо дѣйствіе въ судѣ не позже опредѣленнаго (не свыше годичнаго) срока, то не считаются тѣ дни, въ которые дѣйствіе на можетъ быть совершено по внѣшнимъ временнымъ причинамъ<sup>11</sup>, а именно: если лицо, долженствующее совершить требуемое дѣйствіе, находится въ военномъ плѣну или въ отсутствіи по государственнымъ дѣламъ, въ тяжелой болѣзни, въ извинительномъ заблужденіи<sup>12</sup>, или, если нельзя доставить другое лицо, присутствіе котораго необходимо требуется<sup>13</sup>, или, если нѣтъ доступа къ суду, въ отдѣльные дни<sup>14</sup>. Время въ такомъ случаѣ,

<sup>7</sup> 1. 6. D. de o. et a. 44, 7; 1. 1. § 9. D. de succ. ed. 38, 9; 1. 1. §§ 5. 6. D. quando app. 49, 4; ср. далѣе 1. 30. § 1. D. ad. l. Iul. de ad. 48, 5; 1. 101. D. de r. i. 50, 17.—<sup>8</sup> 1. 6. l. 7. D. de usurp. 41, 3; Gellius n. a III, 2.—<sup>9</sup> 1. 15. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3.—<sup>10</sup> 1. 31. § 1. D. usurp. 41, 3; 1. 8. C. de dolo 2, 21; 1. 7. C. de temp. in i. r. 2, 53.—<sup>11</sup> 1. 2. D. si quis ordo 38, 15; 1. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3.—<sup>12</sup> 1. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; 1. 2. D. si quis ordo 38, 15; 1. 15. §§ 4. 5. D. quod vi 43, 24; 1. 6. D. de cal. 3, 6; 1. 55. D. de aed. ed. 21, 1; 1. 8. C. de dolo 2, 21.—<sup>13</sup> 1. 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; 1. 1. §§ 7—10. D. quando app. 49, 4.—<sup>14</sup> 1. 2. §§ 1. 2. D. si quis ordo 38, 15; 1. 1. D. de div. t. pr. 44, 3.



называется *tempus utile, dies utiles*. Относящіеся сюда случаи, дѣйствующіе въ настоящее время, ограничиваются годичнымъ или болѣе короткими сроками исковой давности (§ 87); въ римскомъ правѣ были еще и другіе случаи (короткіе сроки для *bonorum possessio* и *in integrum restitutio*, §§ 421. 110)<sup>15</sup>. Но даже и къ дѣйствующимъ теперь случаямъ описанный счетъ рѣдко примѣняется, потому что суды въ настоящее время всегда доступны, между тѣмъ какъ у Римлянъ существовали лишь опредѣленные судебные дни (во время Юстиніана ихъ было около 240).

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### § 75. Осуществленіе правъ.

*Vangerow*, § 131. — *Windscheid*, § 121. — *Bekker*, §§ 22—24. — *Regelsberger*, §§ 54. 55.

Всякое частное право доставляетъ управомоченному извѣстное господство; *пользоваться этимъ господствомъ значитъ осуществлять право*. Осуществленіе права зависитъ отъ усмотрѣнія управомоченнаго<sup>1</sup>; но продолжительное неосуществленіе нѣкоторыхъ правъ ведетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ къ полной потерѣ самаго права или, по крайней мѣрѣ, права на судебную защиту; тогда говорятъ: право, искъ — погашенъ давностью (§ 72). — Управомоченный въ большинствѣ случаевъ не долженъ необходимо осуществлять право самъ лично; онъ можетъ *по большей части* осуществлять его черезъ представителя; тѣмъ не менѣе слѣдуетъ признать слишкомъ общимъ правило каноническаго права: *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*<sup>2</sup>, потому что, напримѣръ, *usuarius* и субъектъ семейственнаго права могутъ осуществлять свое право лишь сами лично (§ 162 пр. 3). — Можно всегда осуществлять право, хотя бы другое лицо терпѣло отъ этого вредъ<sup>3</sup>; отсюда поговорка новыхъ юристовъ: *qui iure suo utitur, neminem laedit*; но осуществленіе права не должно происходить съ единственною цѣлью повредить другому, безъ всякаго интереса для управомоченнаго (§ 16); это правило, впро-

<sup>15</sup> § 10. I. de b. p. 3, 9; l. 11. §§ 5. 6. I. 29. § 5. D. ad l. Iul. de ad. 48. 5; l. 1. § 7. D. quando app. 49, 4; l. 7. C. de temp. in. i. r. 2, 52; l. 1. pr. C. de ann. exc. 7, 40.

<sup>1</sup> l. 156. pr. § 4. D. de r. i. 50, 17. — <sup>2</sup> c. 68. in VI. de r. i. 5, 12. — <sup>3</sup> l. 55. l. 151. l. 155. § 1. D. de r. i. 50, 17; l. 26. D. de damn. inf. 39, 2; l. 1. § 21. l. 21. D. de aq. pl. 39, 3; l. 9. D. de s. p. u. 8, 2.



чемъ, высказано въ источникахъ не въ видѣ общаго начала, а въ нѣсколькихъ отдѣльныхъ примѣненіяхъ<sup>4</sup>, которыя указываютъ на существованіе этого общаго начала (что, впрочемъ, нѣкоторые оспариваютъ); такъ, напр., хозяинъ участка не долженъ копать на немъ колодезя съ единственною цѣлью лишить сосѣда воды; лицо, которое владѣло чужою вещью и произвело въ ней извѣстныя улучшения, не должно снимать этихъ улучшеній, если это не представляетъ для него никакого интереса; закономъ Юстиніана (Nov. 63) запрещено было собственникамъ городскихъ участковъ въ Константинополѣ возводить высокія стѣны съ тою цѣлью, что лишить другихъ домохозяевъ морского вида, и т. д.; наконецъ, читаемъ у Гая I, 53: *male nostro iure uti non debemus*, а въ l. 38. D. de r. v. 6, 1: *malitiis indulgen dumnon est*.—Можетъ случиться что управомоченный, осуществляя свое право, дѣлаетъ вполне или отчасти невозможнымъ для другого равно-управомоченнаго осуществленіе его права (коллизія, столкновеніе правъ); запретить ему этого, по общему правилу, нельзя, потому что между равно-управомоченными дѣло рѣшается предупрежденіемъ: *occupantis est melior condicio*; такимъ образомъ, изъ нѣсколькихъ корреальныхъ вѣрителей одинъ можетъ получить платежъ по требованію<sup>5</sup>, изъ нѣсколькихъ залогопринимателей одинъ можетъ продать залогъ<sup>6</sup>, изъ нѣсколькихъ личныхъ вѣрителей одинъ можетъ взыскать долгъ, лишая этимъ должника средствъ уплатить прочіе долги<sup>7</sup> (ср. § 232 пр. 3). Если никто не предупредилъ другихъ, то они взаимно ограничиваются, когда одному не принадлежитъ привилегія предъ другимъ (наприм., нѣсколько залогопринимателей, вѣрители одного должника подвергшагося конкурсу, §§ 205. 234); иногда, впрочемъ довольно рѣдко, дѣло рѣшается по жребію<sup>8</sup>, наприм., въ томъ случаѣ, если надо опредѣлить, у кого изъ сонаслѣдниковъ, получившихъ равныя доли, будутъ храниться касающіеся наслѣдованія документы.

<sup>4</sup> l. 38. D. de r. v. 6, 1; l. 1. § 12. l. 2. §§ 5. 9. D. de aq. pl. 39, 3; cf. l. 3. pr. D. de op. publ. 50, 10.—<sup>5</sup> l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. de d. r. 45, 2.—<sup>6</sup> l. 10. D. pign. 20, 1.—<sup>7</sup> l. 6. § 7. l. 24. D. quae in fr. cred. 42, 8—<sup>8</sup> l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 14. D. de iud. 5, 1; l. 24. §§ 17. 18. D. de fid. lib. 40, 5; cf. § 23. I. de leg. 2, 20.



## ГЛАВА ПЯТАЯ.

## Защита правъ.

*Предварительное замѣчаніе.*

Всякое право можетъ быть нарушено. Чтобы защитить его отъ нарушеній, т. е. предупредить еще неосуществившееся нарушеніе и уничтожить или по возможности свести до минимума послѣдствія совершеннаго нарушенія, — для этого служатъ: мѣры обезпеченія (§ 76), самооборона и самоуправство (§ 77), искъ и возраженіе (§§ 78—101), возстановленіе въ прежнее положеніе (§§ 102—111).

## Раздѣлъ первый.

## § 76. Мѣры обезпеченія.

t. D. XLVI, 5: de stipulationibus praetoriis.—tt. D. XLVI, 6—8.—t. D. II, 8: qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur.—t. C. II, 56: de satisfacendo.—t. I. IV, 11: de satisfactionibus. — *Schirmer*, die Prätor. Judicialstipulationen. 1853. — *Muther*, Sequestration und Arrest. 1856.—*Pfaff*, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung. 1868.—*Hanausek*, Lehre vom uneig. Niessbrauch. Стр. 165—179. 1879.—*G. A. Leist*, die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. 1889.—*Schenk*, d. L. vom Retentionsrecht. 1837.—*Grosskopf*, zur L. v. Retentionsrecht. 1858.—*Langfeldt*, d. L. vom Retentionsrecht. 1886.—*L. Seuffert*, zur Gesch. und Dogmatik des deutschen Concursrechts. § 1 (die Römische missio in bona). 1888.—*Vangerow*, §§ 189—193.—*Windscheid*, § 134.—*Brinz*, § 101.—*Baron*, §§ 217. 218.—*Bekker*, § 105.—*Regelsberger*, §§ 189. 193.

Здѣсь мы говоримъ лишь о мѣрахъ обезпеченія *юридическаго* свойства (cautiones въ обширномъ смыслѣ); сюда относятся:

1. *Cautiones* въ тѣсномъ смыслѣ. *Cautio* въ тѣсномъ смыслѣ есть обезпеченіе, которое одно лицо даетъ другому въ исполненіи наличной или возможной обязанности. Слѣдуетъ различать:

а. *смотря по основанію*, изъ котораго возникаетъ притязаніе на обезпеченіе, *cautio necessaria* и *voluntaria s. conventionalis*; первой можно требовать на основаніи нормы права (наприм., с. usufructuaria, damni infecti); второй на основаніи частной сдѣлки<sup>1</sup> (наприм., обѣщаніе доставить *cautio* со стороны арендатора или кассира).

б. *смотря по средствамъ*, которыми доставляется обезпеченіе, различаютъ *cautio verbalis*, *cautio iuratoria* и *cautio realis*. *Cautio*

<sup>1</sup> 1. 7. § 1. D. qui sat. 2, 8.



verbalis (repromissio, nuda promissio, т. н. cautio promissoria) должна была у Римлянъ совершаться въ формѣ stipulatio. Теперь достаточно неформальнаго обѣщанія. Cautio verbalis можетъ принести пользу только въ томъ случаѣ, если лишь въ слѣдствіе обѣщанія возникаетъ обязанность (наприм., с. damni infecti, § 315). Cautio iuratoria<sup>3</sup> совершается посредствомъ присяги (iuram. promissorium); и къ этому виду обезпеченія относится сказанное о с. verbalis, но присяга сверхъ того обыкновенно связываетъ совѣсть присягающаго. Cautio realis дается посредствомъ установленія поручительства (satisfatio, т. н. с. fideiussoria)<sup>4</sup> или закладнаго права (т. н. с. pignoratitia)<sup>5</sup>; впрочемъ, реальное обезпеченіе можетъ быть также дано путемъ предоставленія въ собственность (какъ въ римскую эпоху путемъ fiducia cum creditore, § 184 пр. 1) денегъ, цѣнныхъ бумагъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей; это т. н. pignus irregulare (ср. § 184 sub. 1)—теперь обычная форма обезпеченія при поступленіи на должность, въ процессахъ, арендныхъ отношеніяхъ. Реальное обезпеченіе представляетъ наибольшія удобства, потому что обезпечиваетъ на случай несостоятельности должника. Большая часть cautiones legales суть satisfationes<sup>6</sup>; но отъ казны и городскихъ общинъ вмѣсто satisfatio требуется лишь cautio verbalis<sup>7</sup>. Для процессуальнаго обезпеченія отъ тѣхъ лицъ, которыя обладаютъ поземельною собственностью или эмфитевзисомъ, р. право требуетъ только cautio iuratoria<sup>8</sup>; и отъ того, кто не можетъ доставить с. realis тоже требуется с. iuratoria<sup>9</sup>. Эти опредѣленія не перешли въ И. у. г. с.

2. *Sequestratio, т. е. отдача вещи на храненіе третьему лицу (sequester)*. Чаще всего секвестрація имѣетъ мѣсто по поводу спора о правѣ. Sequestratio можетъ послѣдовать какъ по соглашенію самихъ спорящихъ (т. н. sequestratio voluntaria, § 278), такъ и по судебному распоряженію (т. н. sequestratio necessaria). Sequ. necess. имѣетъ, наприм., мѣсто, если мужъ растрачиваетъ приданое душевно-больной жены<sup>10</sup>, если по поводу int. de liberis du-

<sup>2</sup> l. 1. §§ 4—8. D. de st. praet. 46, 5; l. 2. § 3. D. quod leg. 43, 3.—<sup>3</sup> § 2. I. h. t. 4, 11.—<sup>4</sup> l. 7. D. de st. praet. 46, 5; l. 1. D. qui sat. 2, 8.—<sup>5</sup> l. 4. § 8. D. de fid. lib. 40, 5; l. 1. § 9. D. de coll. 37, 6.—<sup>6</sup> l. 1. § 5. l. 7. D. de stip. praet. 46, 5.—<sup>7</sup> l. 1. § 18. l. 6. § 1. D. ut leg. serv. 36, 3; l. 3. § 5. D. si cui plus 35, 3.—<sup>8</sup> l. 15. D. qui sat. 2, 8; l. 26 § 6. C. de ep. aud. 1, 4; l. 4. § 1. C. de sport. 3, 2.—<sup>9</sup> Nov. 112. c. 2; cf. l. 7. § 2. D. qui sat. 2, 8.—<sup>10</sup> l. 22. § 8. D. sol. matr. 24, 3.



condis (§ 353) неудобно оставить дитя на время процесса подъ прежнимъ надзоромъ<sup>11</sup>, если предъявлена апелляція на executio, совершенную по отношенію къ движимой вещи<sup>12</sup> и т. п.<sup>13</sup> Иногда судья беретъ секвестрованную вещь подъ свой собственный надзоръ (т. н. *sequestratio iudicialis*). Въ нынѣшнемъ правѣ къ секвестраціи присоединилось еще наложеніе ареста, т. е. судебное распоряженіе, по которому кто-либо временно подвергается ограниченію въ распоряженіи своимъ мѣстопребываніемъ (личный арестъ) или своею вещью (вещный арестъ); подробное изложеніе этого института относится къ судопроизводству (ср. однако § 127, текстъ между пр. 11 и 12).

3. *Вводъ во владѣніе, missio in possessionem*<sup>14</sup>, т. е. судебное распоряженіе, которымъ кому либо разрѣшается взять во владѣніе (*detentio*) какую либо вещь или имущество другого лица; это дозволеніе давалось, напримѣръ, по р. праву, вѣрителямъ несостоятельнаго должника (*rei servandae causa*, такъ какъ открытіе конкурса начиналось у Римлянъ вводомъ во владѣніе, ср. § 232), тому лицу, которому оставленъ условный или срочный отказъ и которому обязанный выдать отказъ не желаетъ доставить обезпеченія (*cautio*) въ исполненіи (*legatorum nomine*, § 444 пр. 11), и т. п. *Missus* (введенный) получаетъ путемъ исполненія судебного распоряженія *detentio*<sup>15</sup> и *pignus praetorium*<sup>16</sup> (§ 189).

4. *Составленіе инвентаря, т. е. составленіе описи предметамъ, входящимъ въ составъ имущества (inventarium, repertorium)*, часто вмѣняется въ обязанность тѣмъ лицамъ, которыя должны возвратить данное имущество или совокупность отдѣльныхъ вещей или управлять ими. Безусловно обязаны составить инвентарь опекуны<sup>17</sup>, управители благотворительныхъ учрежденій<sup>20</sup>, другіе же (напр., наслѣдникъ<sup>21</sup>, узуфруктуарій<sup>22</sup>)—во избѣжаніе юридическихъ невыгодъ (ср. § 418 sub 4 b. § 446 пр. 2).

5. *Ius retentionis (право удержанія) есть право держателя вещи (который въ то же время можетъ быть юридическимъ владельцемъ или собственникомъ) не выдавать ея тому, кто имплетъ*

<sup>11</sup> l. 3. § 6. D. de lib. exh. 43. 30.—<sup>12</sup> l. 5. C. quor. app. 7, 65.—<sup>13</sup> l. 21. f. D. de app. 49, 1; l. 7. § 2. D. qui sat. 2. 8.—<sup>14</sup> t. D. 42, 4: quibus ex causis in possessionem eatur.—<sup>15</sup> l. 10. § 1. D. de a. r. p. 41, 2.—<sup>16</sup> l. 26. D. de pign. a. 13, 7; l. 35. D. de reb. auct. iud. 42, 5; l. 2. C. de praet. pign. 8, 21.—<sup>17</sup> t. D. 43, 4: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.—<sup>18</sup> l. 3. pr. § 2. l. 4. pr. D. h. t. 43, 4; l. 5. § 27. D. ut in poss. leg. 36, 4.—<sup>19</sup> l. 7. pr. D. de adm. 26, 7; l. 24. C. eod. 5, 37.—<sup>20</sup> l. 32. C. de ep. 1, 3; Nov. 131. c. 15.—<sup>21</sup> l. 22. C. de iure del. 6, 30; § 6. l. de her. qual. 2, 19.—<sup>22</sup> l. 1. § 4. D. usufr. q. c. 7, 9.



на нее притязаніе, пока тотъ не удовлетворитъ встрѣчнаго требованія, находящагося въ связи съ его притязаніемъ; такъ, напр., коммодатарій, залогоприниматель, добросовѣстный владѣлецъ могутъ удерживать вещь, пока имъ не будутъ возвращены нѣкоторыя издержки на нее<sup>23</sup> (§ 153 пр. 1—12). Ius retentionis осуществляется въ процессѣ посредствомъ exceptio doli (т. н. exc. doli generalis, § 92).

6. Неустойка (см. § 218).

## Раздѣлъ второй.

### § 77. Самооборона и самоуправство.

*J. Schmitt*, die Selbsthilfe im Römischen Privatrecht. 1868.—*Wendt*, das Faustrecht. 1883.—*Vangerow*, §§ 132. 133.—*Windscheid*, § 123.—*Brinz*, § 82.—*Regelsberger*, § 190.—*Baron*, § 177.

I. Самооборона (необходимая оборона, *inculpata tutela, inculpatae tutelae moderatio*) есть отраженіе противозаконнаго нападенія; самооборону можно осуществлять даже посредствомъ насилія<sup>1</sup>: *vim vi repellere licet*. Болѣе подробныя правила излагаются въ уголовномъ правѣ.

II. Самоуправство есть фактическое осуществленіе дѣйствительнаго или мнимаго права путемъ нападенія частнаго лица на личность или вещь другою. Достигнутое самоуправствомъ состояніе въ большинствѣ случаевъ могло быть обратно уничтожено уже по праву позднѣйшей республики (посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ, *interd. quod vi aut clam, act. quod metus*, §§ 122. 317. 324); лицо, виновное въ самоуправствѣ, подвергалось кромѣ того со времени Цезаря уголовнымъ наказаніямъ по *lex Julia de vi*<sup>2</sup>, но частно-правовыхъ наказаній (штрафовъ) самоуправство не влекло за собою вплоть до 2-го вѣка по Р. Хр.; съ этого же времени оно постепенно было обложено частными штрафами; исключеніе составляетъ лишь тотъ случай, если владѣлецъ устраняетъ самоуправствомъ причиненное ему нарушеніе владѣнія<sup>3</sup>.

<sup>23</sup> l. 15. § 2. D. de furt. 47, 2; l. 48. D. de r. v. 6, 1; l. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>24</sup> l. un. C. etiam ob chir. pec. 8, 26.

<sup>1</sup> l. 1. § 4. l. 3. D. de i. et i. 1, 1; l. 4. l. 5. pr. l. 45. § 4. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 1. §§ 27. 28. l. 3. § 9. l. 17. D. de vi 43, 16; l. 1. C. quando lic. 3, 27; l. 1. C. unde vi 8, 4.—<sup>2</sup> Paul. V, § 26. § 4; l. 12. § 2. D. qu. met. c. 4, 2.—<sup>3</sup> l. 29. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 22. § 2. D. quod vi 43, 24; cf. l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1.



Въ частности, существуютъ слѣд. опредѣленія по этому вопросу:

1. По *decretum divi Marci*<sup>4</sup> (Марка Аврелія), вѣритель, который для удовлетворенія своего требованія *самовольно* беретъ въ залогъ вещи должника, обязанъ возвратить назадъ эти вещи и лишается своего требованія; впоследствии это положеніе было распространено и на тотъ случай, если вѣритель для того, чтобы получить удовлетвореніе, принуждаетъ должника давать вещи<sup>5</sup>, или захватываетъ вещь третьяго лица (напр., соотечественника должника), или овладѣваетъ дѣтьми должника<sup>6</sup>.

2. По закону Валентиніана, Феодосія и Аркадія<sup>7</sup> 389 г. по Р. Хр., то лицо, которое *силою* отнимаетъ вещь, принадлежащую ему дѣйствительно или мнимо и находящуюся во владѣніи другого, должно отдать вещь назадъ, при чемъ, если это лицо—собственникъ, то оно лишается своего права собственности, а если нѣтъ, то должно уплатить другому цѣну вещи.

3. Дозволяется самоуправство въ томъ случаѣ, если нельзя достигнуть своевременно судебной помощи, такъ что оно служитъ для предотвращенія несправимаго ущерба (поэтому вѣритель можетъ самовольно отнять у бѣгущаго должника предметъ своего требованія<sup>8</sup>), и въ случаѣ, указанномъ выше въ пр. 3.

Изложенныя начала подтверждены каноническимъ правомъ<sup>9</sup> и имперскими законами<sup>10</sup>. Но въ новѣйшее время нѣкоторые изъ ученыхъ юристовъ утверждаютъ, что, такъ какъ германскій уголовный кодексъ не назначаетъ наказанія за самоуправство, то римскія наказанія должны быть признаны косвенно отмѣненными.

## Раздѣлъ третій.

### Судебное осуществленіе правъ.

#### § 78. Введение.

*Savigny*, § 204.—*Windscheid*, § 122.—*Regelsberger*, § 188.

Государство заботится о доставленіи судебной защиты, какъ правильнаго пути для устраненія состояній, несогласныхъ съ пра-

<sup>4</sup> l. 7. D. ad l. Iul. de vi priv. 48, 7.—<sup>5</sup> l. 13. D. qu. met. c. 4, 2.—<sup>6</sup> Nov. 52. c. 1; Nov. 134. c. 7.—<sup>7</sup> l. 7. C. unde vi 8, 4; § 1. I. vi bon. rapt. 4, 2; § 6. I. de int. 4, 15.—<sup>8</sup> l. 10. § 16. D. quae in fr. cred. 42, 8.—<sup>9</sup> c. 18. in VI. de praeb. 3, 4.—<sup>10</sup> KGO. 1521 г. Tit. 32. § 2; RA. 1532 г. Tit. 3. § 15.



вомъ; этотъ путь гарантируетъ поддержаніе общественнаго порядка и отличается отъ самоуправства своимъ безпристрастіемъ и надежностью; это—путь безпристрастный, потому что въ случаѣ спора о правѣ онъ даетъ возможность основательнаго изслѣдованія дѣла безпристрастными, свѣдущими людьми; это—путь надежный, потому что онъ не зависитъ отъ личной силы индивидуума. Эти два преимущества соотвѣтствуютъ двойственной дѣятельности суда, направленной къ защитѣ права; обязанность суда есть: а) рѣшить вопросъ о существованіи спорнаго права, б) исполнить это рѣшеніе, т. е. въ случаѣ необходимости прибѣгнуть къ принудительнымъ мѣрамъ. Дѣятельность суда не возникаетъ сама по должности, но должна быть вызвана жалобой, искомъ (actio) того лица, которое находитъ, что фактическое положеніе не соотвѣтствуетъ его праву; затѣмъ наступаетъ выслушиваніе противной стороны (отвѣтчика) и дальнѣйшія дѣйствія (доказательства), чтобы по возможности основательнѣе подготовить рѣшеніе суда. Совокупность дѣйствій суда и сторонъ составляетъ процессъ. Процессъ можетъ быть разсматриваемъ съ двухъ сторонъ: во-первыхъ, со стороны частей производства, во вторыхъ, со стороны своего вліянія на спорное право; изложеніе производства процесса относится къ наукѣ гражданскаго судопроизводства; разсмотрѣніе же матеріальнаго вліянія процесса на спорное право относится къ ученію о правахъ, т. е. къ общей части системы.

## І. ИСКЪ.

### А. § 79. Понятіе иска. Притязаніе.

tt. D. XLIV, 7; C. IV, 10: de obligationibus et actionibus. — t. I. IV, 6: de actionibus. — *Windscheid*, die Actio des Römischen Civilrechts von Standpunkt des heutigen Rechts. 1856. — *Muther*, zur Lehre von der Römischen Actio. 1857. — *Windscheid*, die Actio (возраженіе Muther'y). 1857. — *Bekker*, die Actionen des Römischen Privatrechts. 2 тома. 1871. 1873. — *Ploss*, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Стр. 30. слѣд. 1880. — *Kuntze*, die Obligationen. §§ 13—20. 1886. — *Savigny*, § 205. — *Vangerow*, § 135. — *Windscheid*, §§ 43. 44. — *Brinz*, §§ 78. 79. 92. 92<sup>a</sup>. — *Regelsberger*, §§ 52. 191.

Слову „искъ“ (actio) придаютъ двойкій смыслъ. Съ точки зрѣнія гражданскаго судопроизводства подъ нимъ разумѣютъ *процессуальное дѣйствіе*, въ которомъ одно лицо (истецъ, actor, petitor) требуетъ защиты суда противъ опредѣленнаго противника (отвѣтчика, reus, possessor), чтобы принудить послѣдняго къ



признанію утверждаемаго истцомъ права и къ соотвѣтствующему поведенію. *Съ точки зрѣнія матеріальнаго права подъ искою разумѣютъ правомочіе субъекта права требовать въ случаѣ нужды судебной защиты для осуществленія своего права, т. е. правомочіе на искъ въ процессуальномъ смыслѣ; въ этомъ смыслѣ обыкновенно говорятъ: собственнику, вѣрителю, наслѣднику принадлежитъ искъ. Если мы имѣемъ правоотношеніе, въ которомъ субъекту права не принадлежитъ искъ, то это не есть право полное, совершенное, а или зачатки права, или, наоборотъ, право замирающее (ср. случаи натуральныхъ обязательствъ и вещнаго права послѣ погашенія иска давностью, §§ 91. 230). Право на искъ существуетъ раньше возможности своего осуществленія, оно возникаетъ (какъ возможное, потенциальное) вмѣстѣ съ самимъ правомъ; ибо всякій субъектъ права имѣетъ притязаніе на защиту и осуществленіе своего права; поэтому право на искъ не есть чтото чуждое для права, прибавленное къ нему извнѣ; *напротивъ, это есть власть, присущая каждому праву: осуществленіе каждаго права можетъ быть вынуждено, каждому праву принадлежитъ то свойство, что въ случаѣ, если бы ему не соотвѣтствовало фактическое состояніе, субъектъ можетъ добиться его осуществленія, — конечно законнымъ путемъ, путемъ процесса. Такимъ образомъ, если фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ праву, то измѣняется характеръ права на искъ; къ основанію, на которое опирается искъ (самому праву), присоединяется тогда поводъ къ иску (противоположное фактическое состояніе); право на искъ изъ *потенціальнаго* становится *наличнымъ*: *actio nata est* (§ 87). Поэтому неосновательно мнѣніе, будто право на искъ возникаетъ лишь вслѣдствіе нарушенія права; и легальное опредѣленіе *actio* говоритъ противъ него: *actio nihil est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur*<sup>1</sup>.**

Описанное отношеніе права къ праву на искъ не вездѣ проведено въ римскомъ законодательствѣ. Въ области права *iuris civilis*, дѣйствительно, каждое право на искъ предполагаетъ существованіе права; напротивъ, тѣ *actiones*, которыя возникли изъ *ius honorarium*, не имѣютъ (вслѣдствіе особеннаго положенія римскихъ магистратовъ, которые, хотя и не пользовались прямо

<sup>1</sup> pr. I. h. t. 4, 6; I. 51. D. h. t. 44, 7.



законодательною властью, но могли въ своихъ эдиктахъ давать и отнимать иски, такъ что на дѣлѣ осуществляли право законодательства) въ своемъ основаніи никакого права, являясь скорѣе матеріаломъ, изъ котораго лишь можно выводить право; источники часто довольствуются тѣмъ, что присваиваютъ кому либо *actio*, между тѣмъ какъ слѣдовало бы ожидать присвоенія права (отсюда часто повторяющіяся выраженія въ преторскихъ эдиктахъ: *actionem dabo, iudicium dabo*). Встрѣчается и противоположное явленіе: у управомоченнаго по *ius civile* — *ius honorarium* отнимаетъ *actio*, такъ что цивильное право сводится къ какой то безжизненной тѣни (напр., *nudum ius Quiritium, heres sine re*, § 388 пр. 7. 8). Такія явленія влекутъ за собою въ римскомъ правѣ независимость иска отъ права: право (цивильное) часто лишено иска, *actio (honoraria)* не имѣетъ въ своемъ основаніи никакого права. Эта независимость не оправдывается внутренними основаніями (и въ настоящее время должна быть отвергнута вслѣдствіе измѣненія государственнаго устройства).

Въ новѣйшее время выставлено мнѣніе, что понятіе *actio* (иска) слѣдуетъ оставить, замѣнивъ его понятіемъ *притязанія*. Приверженцы этого мнѣнія излагаютъ различіе между притязаніемъ и искомъ слѣд. образомъ: притязаніе есть *личное* направленіе всякаго права въ субъективномъ смыслѣ; ибо всякое право въ субъективномъ смыслѣ даетъ лицу господство воли надъ другими, обязательственное и семейственное право — непосредственную власть, вещное и наслѣдственное право — косвенную; лица должны такъ вести себя, какъ этого требуетъ право въ субъективномъ смыслѣ; и вотъ, *притязаніе есть правомочіе субъекта права требовать отъ противостоящихъ ему лицъ поведенія, согласнаго съ его правомъ*; притязаніе является непосредственнымъ слѣдствіемъ всякаго права въ субъективномъ смыслѣ. Но у Римлянъ не было ни понятія притязанія, ни подходящаго выраженія; понятіе притязанія замѣняется у нихъ понятіемъ *actio*; *actio* есть правомочіе субъекта права *принудить судебнымъ порядкомъ* противостоящихъ лицъ къ поведенію, согласному съ его правомъ. Притязаніе и *actio* относятся какъ основаніе и слѣдствіе; такъ какъ существуетъ притязаніе, то его можно осуществить судомъ, но притязаніе не состоитъ въ одной только судебной осуществимости, а и въ иномъ осуществленіи помимо суда (напр., *compensatio*,



retentio), а также и въ правѣ утверждать (напр., посредствомъ напоминанія); съ другой стороны есть притязанія, которыя могутъ быть осуществлены не путемъ иска, а лишь путемъ возраженія, напр., притязаніе владѣльца чужой вещи на возмѣщеніе издержекъ (§ 153 sub 1), притязаніе на *beneficium excussionis* и *divisionis* (§ 246 пр. 11—13); *однимъ словомъ, притязаніе есть болѣе широкое понятіе, нежели actio*. Поэтому логически и практически вѣрнѣе было бы говорить о притязаніи, нежели объ *actio*, а иное отношеніе Римлянъ къ этому вопросу объясняется историческими причинами (а именно, указаннымъ нами выше положеніемъ римскихъ магистратовъ); кромѣ того Римляне развили въ связи съ *actio* такія понятія и нормы, которыя, независимо отъ судебного осуществленія, скорѣе имѣютъ въ виду лежащее въ основаніи притязаніе; такъ, на примѣръ, выраженіе *actio poenalis* означаетъ не только судебную осуществимость штрафа, но главнымъ образомъ существованіе притязанія на штрафъ, и правило, что *actio vindictam spirans* прекращается смертью лица (§ 82), означаетъ не только, что въ такомъ случаѣ становится невозможнымъ судебное преслѣдованіе, но также, что смертью вполне устраняется самое притязаніе.—Нельзя этому новому мнѣнію отказать въ основательности; но въ дальнѣйшемъ изложеніи мы оставимъ его въ сторонѣ именно потому, что предметъ нашего изложенія—римское право.

## В. Виды исковъ.

### 1) § 80. *Actiones in personam, in rem, quae mixtam causam habent.*

*Savigny*, §§ 206—209.—*Vangerow*, §§ 136. 137.—*Windscheid*, §§ 43. 45.—*Brinz*, §§ 84. 88.—*Baron*, § 203.—*Regelsberger*, § 53.

I. Главное дѣленіе исковъ есть дѣленіе на *actiones in personam* (*act. personales*, *actiones* просто, личные иски) и *actiones in rem* (*vindicationes*, *petitiones*, вещные иски<sup>1</sup>). *Actio in personam* есть искъ, который направленъ на какое либо дѣйствіе лица, съ самаго начала опредѣленнаго, стало быть—искъ изъ обязательства. Подъ *actio in rem* слѣдуетъ разумѣть всякій другой искъ, такъ какъ слова „*in rem*“ имѣютъ чисто отрицательное значеніе, которое

<sup>1</sup> § 1. I. h. t. 4, 6; *Gai.* 4, 1—3; l. 25. pr. l. 28. D. h. t. 44, 7; l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16.



повторяется и въ связи съ другими выраженіями (*pacta in rem, exceptio in rem*<sup>2</sup>); поэтому къ *actiones in rem* относятся:

а. иски изъ вещныхъ правъ (*actiones in rem speciales*<sup>2a</sup>);

б. иски изъ правъ семейственныхъ (наприм., *vindicatio filii*<sup>3</sup>, § 353);

с. иски изъ наслѣдственнаго права (*actiones in rem de universitate*<sup>4</sup>);

д. *praeiudicia* (*actiones praeiudiciales*), т. е. тѣ процессы, которые имѣютъ цѣлью не присужденіе противника, а только признаніе или непризнаніе какого либо отношенія, *status* лица (признаніе даннаго лица свободнымъ, свободно-рожденнымъ, законно-рожденнымъ<sup>5</sup>), или фактическаго событія (наприм., *an venditio bonorum iure facta sit, quanta dos sit*<sup>6</sup>); отъ признанія или непризнанія отношенія зависятъ всѣ связанные съ нимъ вопросы и процессы, такъ что теперешній процессъ является предварительнымъ процессомъ, *praeiudicium* (этотъ установительный искъ вновь признанъ И. у. г. с. §§ 231. 253).

Съ *act. in rem* нельзя смѣшивать *actio in rem scripta*; это названіе присвоено въ источникахъ<sup>7</sup> иску *quod metus* (*actio in rem scripta quod metus*), потому что подвергшееся угрозамъ лицо можетъ предъявить его не только противъ самого угрожавшаго, но и противъ всякаго лица, которое обогатилось вслѣдствіе угрозъ (§ 51 пр. 29).

II. *Actiones quae mixtam causam habent*. Такъ названы въ источникахъ<sup>12</sup> три иска о раздѣлѣ (*act. familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*). Въ самомъ дѣлѣ, у нихъ двойственное содержаніе; эти иски направлены, съ одной стороны, на раздѣлъ общей собственности или установленіе межей, чего можно требовать отъ какого угодно участника въ общей собственности или какого угодно сосѣда, но, съ другой стороны, между данными опредѣленными участниками въ общей собственности или

<sup>2</sup> I. 7. § 8. I. 17. § 5. I. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; I. 19. § 1. D. quod met. 4, 2; I. 10. D. de o. n. n. 39, 1; I. 1. § 3. D. de int. 43, 1; I. 5. § 13. D. quod vi 43, 24.—<sup>2a</sup> I. 1. pr. § 1. De de rei vind. 6, 1.—<sup>3</sup> I. 1. § 2. D. de r. v. 6, 1; Gai. 1, 134. 168; Ulp. fr. 11, 6—8. 19, 11.—<sup>4</sup> I. 1. pr. I. 27. § 3. D. de r. v. 6, 1; I. 25. § 18. I. 49. D. de h. p. 5, 3.—<sup>5</sup> § 13. I. h. t. 4, 6.—<sup>6</sup> Gai. 3, 123. 4, 44; Paul. V, 9. § 1; I. 30. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—<sup>7</sup> I. 9. § 8. D. quod met. 4, 2; I. 4. § 33. D. de dol. exc. 44, 4.—<sup>8</sup> § 31. I. t. h. 4, 6.—<sup>9</sup> I. 6. § 5. I. 12. D. de aq. pl. 39, 3.—<sup>10</sup> I. 1. § 13. D. quod leg. 43, 3.—<sup>11</sup> § 5. I. de nox. act. 4, 8; I. 1. § 12. D. si quadr. 9, 1.—<sup>12</sup> § 20. I. h. t. 4, 6.



опредѣленными сосѣдами существуетъ обязательство изъ общности имущества или отношенія сосѣдства (§§ 304. 305), и обязанности, отсюда проистекающія (praestationes personales), также преслѣдуются тѣми исками<sup>13</sup>.

## 2) § 81. Actiones rei persequendae causa, poenae persequendae causa, mixtae.

*Ihering*, das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. § 58 ff. 1867. (Vermischte Schriften S. 219 ff. 1879).—*Savigny*, §§ 210—212.—*Vangerow*, § 142.—*Windscheid*, §§ 263. 326.—*Brinz*, § 85.—*Regelsberger*, § 53.

1. *Помятіе*. Смотря по объекту, иски, касающіеся имущества, дѣлятся на actiones rei persequendae causa, poenae persequendae causa, mixtae<sup>1</sup>.

1. Actiones rei persequendae causa (у новыхъ юр.— actiones rei persecutoriae, иски о возмѣщеніи, охранительные иски) направлены на возстановленіе нарушеннаго имущественнаго положенія лица; сюда относятся иски изъ вещныхъ правъ и обязательственныхъ договоровъ.

2. Actiones poenae persequendae causa, poenales, штрафные иски; они служатъ для того, чтобы причинить правонарушителю извѣстное зло, состоящее въ томъ, что имущество нарушителя уменьшается на извѣстное quantum (poena), которое при дается къ имуществу лица потерпѣвшаго, наприм., actio furti, iniuriarum.

3. Actiones mixtae, смѣшанные иски, направленные и на возстановленіе нарушеннаго юридическаго положенія лица, и на увеличеніе его имущества на счетъ нарушителя въ наказаніе послѣднему. Сюда, напр., относится act. vi bonorum raptorum, а также и act. legis Aquiliae, потому что вслѣдствіе особаго способа оцѣнки (*найвысшая* цѣна за послѣдній годъ или мѣсяць<sup>3</sup>) потерпѣвшій обыкновенно получаетъ болѣе, чѣмъ потерялъ отъ правонарушенія.

II. *Особыя правила о штрафныхъ и смѣшанныхъ искахъ*. Здѣсь необходимо упомянуть слѣд. два правила:

<sup>13</sup> l. 1. D. fin. reg. 10, 1; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40; §§ 4—7. l. 1e off. iud. 4, 17; Gai. 4, 42.—<sup>14</sup> l. 7. C. de h. p. 3, 31.

<sup>1</sup> §§ 16—27. l. h. t. 4, 6; Gai. 4, 6—9. — <sup>2</sup> l. 40. D. de d. m. 4, 3. — <sup>3</sup> § 9. l. ad l. Aq. 4, 3; cf. l. 23. § 8. l. 51. § 1. D. ad. Aq. 9, 2—<sup>4</sup> §§ 19. 26. l. h. t. 4, 6—<sup>5</sup> §§ 25. 27. l. h. t. 4, 6; l. 45. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>6</sup> §§ 19. 23. 26. l. h. t. 4, 6; Nov. 18. c. 8. — <sup>7</sup> § 17. l. h. t. 4, 6; l. 1. § 1. D. dep. 16, 3.



1. Если нѣсколько лицъ совершаютъ delictum (§ 209) или сродное дѣяніе, преслѣдуемое штрафнымъ или смѣшаннымъ искомъ, то каждое изъ виновныхъ лицъ уплачиваетъ полный штрафъ, который такимъ образомъ уплачивается столько разъ, сколько было участниковъ въ незаконномъ дѣяніи<sup>8</sup>.

2. Actiones rei persecutoriae могутъ быть осуществлены противъ наслѣдниковъ нарушителя (actiones in heredem competunt), а штрафные иски не могутъ<sup>10</sup>: in poenam heres non succedit<sup>11</sup>; смѣшанные иски могутъ быть по р. пр. осуществлены противъ наслѣдниковъ лишь въ размѣрѣ ихъ обогащенія отъ дѣянія наслѣдодателя<sup>12</sup>; каноническое право<sup>13</sup> возложило на наслѣдниковъ неограниченную отвѣтственность за вредъ (iuxta facultates suas), но по обычному толкованію практики наслѣдники отвѣчаютъ за вредъ лишь въ размѣрѣ наслѣдства (iuxta facultates hereditatis). Впрочемъ, если искъ (штрафной или смѣшанный) былъ вчатъ противъ самого нарушителя, который умеръ послѣ litiscontestatio (§ 94), то такой искъ можно продолжать со всѣми его послѣдствіями противъ наслѣдниковъ<sup>14</sup>, такъ какъ въ litiscontestatio заключается т. н. novatio necessaria (§ 267 пр. 2).

III. *Нынѣшняя примѣнимость штрафныхъ и смѣшанныхъ исковъ.* Что касается штрафныхъ и смѣшанныхъ исковъ, а также и другихъ сродныхъ исковъ въ ихъ штрафномъ элементѣ, то ихъ нынѣшняя примѣнимость спорна въ теоріи и на практикѣ. Большинство юристовъ согласны въ томъ, что штрафные иски не примѣнимы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ теперь имѣеть мѣсто уголовное наказаніе (а именно, въ случаѣ кражи, обмана, насилія и iniuria), далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, которые находятся въ связи съ чисто римскими институтами (act. populares, § 84) или особенностями римскаго судопроизводства (напр., при act. quod metus, redhibitoria, при искахъ, гдѣ lis infitendo crescit in duplum). Съ другой стороны, иски, направленные на штрафы за расторженіе брака и за заключеніе вторичнаго брака (§§ 349 и сл.) безспорно имѣють силу и въ настоящее время. Относительно прочихъ штрафныхъ исковъ слѣдуетъ принять во вниманіе, что въ практикѣ

<sup>8</sup> l. 11. § 2. l. 51. i. f. D. aq. l. Aq. 9, 2; l. 55. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 5. § 3. D. si quis eum 2, 7; l. 1. C. de cond. furt. 4, 8.—<sup>9</sup> l. 1. § 4. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. quod met. 4, 2; l. 1. § 10. l. 3. l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 17. pr. D. de dol. 4, 3.—<sup>10</sup> § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 5. §§ 5. 13. D. de his qui eff. 9, 3; l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1.—<sup>11</sup> l. 22. D. de o. n. n. 39, 1.—<sup>12</sup> l. 4. § 2. D. de inc. 47, 9; l. 35. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 38. l. 44. D. de r. i. 50, 17; l. 1. § 6. D. de eo per quem fact. 2, 10; l. 42. l. 52. D. de r. v. 6, 1.—<sup>13</sup> c. 14. X. de sep. 3, 23; c. 9. X. de us. 5. 19; c. 5. X. de rapt. 5, 17; c. 28. X. de sent. exc. 5, 39.—<sup>14</sup> § 1. I. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 26. l. 58. D. de o. et a. 44, 7; l. 139. l. 164. D. de r. i. 50, 17; l. 28. D. de ini. 47, 10.



судовъ можно насчитать лишь весьма немного случаевъ ихъ примѣненія. Если держаться той точки зрѣнія, что римское право реципировано не in complexu, а лишь поскольку наступило его примѣненіе (§ 1), то склонимся въ пользу непримѣнимости штрафныхъ исковъ.

### 3) § 82. Такъ наз. actiones vindicatam spirantes.

*Pollack* въ соч. цит. въ § 69. — *Savigny*, § 230. — *Vangerow*, § 145. — *Regelsberger*, § 53.

Цѣль нѣкоторыхъ исковъ состоитъ въ томъ, чтобы дать потерпѣвшему удовлетвореніе за личную обиду; вслѣдствіе этого ихъ можетъ вчинать лишь самъ потерпѣвшій, но не его наслѣдники<sup>1</sup>; но если потерпѣвшее лицо уже начало процессъ, то наслѣдники могутъ его продолжать, такъ какъ въ *litiscontestatio* заключается *novatio necessaria*<sup>2</sup> (§ 267 пр. 2). Объ этихъ искахъ источники выражаются: *vindictam continent, ad ultionem pertinent*; новые юр. называютъ ихъ *actiones vindictam spirantes*. Сюда относятся: *act. iniuriarum*<sup>3</sup>, искъ о возвращеніи дара вслѣдствіе неблагодарности<sup>4</sup>, *querela inofficiosi testamenti*<sup>5</sup> и нѣкот. др.

### 4) § 83. Actiones simplices, duplices.

*Eck*, die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und Gemeinen Deutschen Rechts. 1870. — *Savigny*, § 225. — *Brinz*, § 89. — *Regelsberger*, § 53.

Обыкновенно иски бываютъ *actiones simplices*, т. е. истецъ проситъ присудить отвѣтчика или (въ *praecidia*) признать извѣстное отношеніе; отвѣтчикъ проситъ отказать противнику въ искѣ или признать противоположное отношеніе. Въ нѣкоторыхъ же искахъ каждая сторона по необходимости соединяетъ въ своемъ лицѣ роль истца и отвѣтчика вмѣстѣ; это — *actiones duplices* (обоюдные, взаимные иски); сюда относятся иски о раздѣлѣ<sup>1</sup> (§ 80 sub II); въ приговорѣ о раздѣлѣ каждой сторонѣ что либо присуждается и въ чемъ либо отказывается. Источники<sup>2</sup>, далѣе, причи-

<sup>1</sup> § 1. I. de perp. act. 4, 12; l. 2. § 4. D. de coll. 37, 6. —<sup>2</sup> § 1. i. f. I. de perp. act. 4, 12; l. 139. D. de r. i. 50, 17. —<sup>3</sup> l. 13. pr. l. 28. D. de ini. 47, 10. —<sup>4</sup> l. 1. l. 7. l. 10. C. de rev. don. 8, 55. —<sup>5</sup> l. 6. § 2. l. 7. l. 15. § 1. D. de inoff. 5, 2; l. 5. C. eod. 3, 28. —<sup>6</sup> l. 4. D. de cal. 3, 6. —<sup>7</sup> l. 6. l. 10. D. de sep. viol. 47, 12. —<sup>8</sup> l. 9. D. de rel. 11, 7. —<sup>9</sup> l. 4. § 1. l. 24. D. de in ius voc. 2. 4. —<sup>10</sup> l. 5. § 5. D. de his qui eff. 9, 3. —<sup>11</sup> l. 15. § 1. D. sol. matr. 24, 3.

<sup>1</sup> l. 2. § 1. D. comm. div. 10, 3; l. 2. § 3. l. 44. § 4. D. fam. ere. 10, 2; l. 10. D. fin. reg. 10, 1; l. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7. —<sup>2</sup> § 7. I. de int. 4, 15; l. 2. pr. D. de int. 43, 1; l. 3. § 1. D. uti poss. 43, 17; l. 37. § 1. D. de o. et a. 44, 7; Gai. 4 160.



сляютъ къ обоюднымъ искамъ *interdicta retinendae possessionis* (§ 120); но обоюдность вытекаетъ здѣсь не изъ самаго понятія этихъ интердиктовъ, а изъ требованія сторонъ; поэтому ея можетъ и не быть (§ 120 sub 1. b), и даже тамъ, гдѣ обоюдность имѣетъ мѣсто (§ 120 sub 1. a), она состоитъ не въ томъ, что каждая сторона въ одно и то же время и побѣждаетъ и подвергается присужденію, а напротивъ, побѣждаетъ одна сторона, другая же подвергается присужденію.

### 5) § 84. Подраздѣленія исковъ, важныя въ историческомъ отношеніи.

*Schmidt*, das Interdictenverfahren der Römer. 1853.—*Pfersche*, die Interdicta des Römischen Civilprocesses. 1888.—*Bruns*, die Römischen Popularklagen въ Kleinere Schriften I. 313—375. 1882.—*Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandecten. § 15 (Bonae fidei iudicia). 1887.—*Savigny*, §§ 213—224. Beilagen 13. 14.—*Baron*, Abh. aus dem Römischen Civilprocess. 1-й томъ: die Conditionen. 1881.—*Pfersche*, die Bereicherungsklagen. Стр. 6—51. 1883.—*Vangerow*, §§ 138—141. 143. *Windscheid*, § 46.—*Brinz*, §§ 83. 86. 87. 90. 91. 227. 228.—*Baron*, §§ 142. 205. 206. 216. 220.

Для пониманія источниковъ необходимо изложить нѣкоторыя дѣленія исковъ, которыя отчасти уже въ правѣ Юстиніана, отчасти же въ современномъ правѣ не имѣютъ практическаго значенія. Сюда относятся дѣленія на:

1. *Actiones civiles* и *honorariae* (*praetoriae*, *aediliciae*); первыя принадлежатъ къ *ius civile*, вторыя введены эдиктами магистратовъ<sup>1</sup>.

2. *Actiones directae*, *utiles*, *in factum*. При введеніи новаго иска эдиктомъ магистрата могъ быть избранъ двоякій путь: или, взявъ за образецъ искъ, уже дѣйствующій для опредѣленнаго случая (по большей части *actio civilis*), переносили его на сродный случай, напр., искъ собственника на эмпитевту, искъ *cedentis* на цессіонарія, искъ *heredis* на *bonorum possessor'a*; тогда искъ, послужившій образцомъ, получалъ названіе *actio directa*, искъ, составленный по его образцу, назывался *actio utilis*<sup>2</sup>; или составляли искъ совершенно новый, примѣненный только къ фактическимъ обстоятельствамъ даннаго случая; тогда искъ получалъ наименованіе *actio in factum*<sup>3</sup>, если его не предпочитали назвать по имени

<sup>1</sup> l. 25. § 2. D. de o. et a. 44, 7; §§ 3. 12. I. h. t. 4, 6.—<sup>2</sup> l. 21. D. de pr. v. 19, 5; § 16. I. ad l. Aq. 4, 3.—<sup>3</sup> Gai. 4, 46. 107; l. 1. pr. l. 3. § 1. D. nautae 4, 9.



изобрѣтателя (напр., act. Serviana, Pauliana) или по основанію предъявленія (напр., act. doli, pecuniae constitutae). Но въ одномъ случаѣ actio in factum имѣетъ иное значеніе, а именно, такъ называютъ *цивильный* искъ изъ contractus innominatus (act. in factum civilis, praescriptis verbis in factum<sup>4</sup>, § 209 пр. 19). Act. in factum (въ обыкновенномъ смыслѣ слова) можетъ въ свою очередь послужить образцомъ для новаго иска; такъ, act. Serviana послужила образцомъ для act. hypothecaria.—Съ изложеннымъ дѣленіемъ на actio directa и utilis нельзя смѣшивать различія между actio directa и contraria; это различіе находится въ связи со свойствами нѣкоторыхъ обязательствъ (т. н. bilaterales inaequales, § 215 sub I).

3. Actiones въ тѣсномъ смыслѣ, въ противоположность къ extraordinariae cognitiones и къ interdicta. Въ періодъ формулярнаго процесса обыкновенное производство (такъ наз. ordo iudiciorum Romanorum privatorum) дѣлилось на двѣ части: а) производство in iure, состоящее въ краткомъ изложеніи сторонами своихъ требованій предъ магистратомъ и завершающееся отосланіемъ дѣла одному или нѣсколькимъ присяжнымъ (iudex, arbiter, recuperatores) или постоянному суду (decemviri, centumviri) для разбора; б) производство in iudicio, состоящее въ подробномъ разборѣ дѣла и въ постановленіи суд. рѣшенія присяжными или судомъ. По исключенію въ нѣкоторыхъ процессахъ (напр., о гонорарѣ, alimenta, о фидеикоммиссахъ) это дѣленіе въ императорскую эпоху было оставлено, такъ что магистратъ самъ разбиралъ дѣло и постановлялъ рѣшеніе. Обыкновенное производство называлось actio, чрезвычайное—extraordinaria cognitio<sup>5</sup>; чрезвычайное производство въ искахъ имущественныхъ называлось также extraordinaria persecutio<sup>6</sup>.—Въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣло мѣсто совсѣмъ особое производство<sup>7</sup>, а именно, по просьбѣ истца магистратъ приказывалъ отвѣтчику: въ случаѣ правильности показаній истца исполнить его требованіе, и лишь въ томъ случаѣ, когда этотъ приказъ оказывался безуспѣшнымъ, назначался присяжный для разбора дѣла и постановленія рѣшенія. *Условный приказъ магистрата*

<sup>4</sup> I. 1. пр. 1. 4. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>5</sup> t. D. 50, 13: de extraordinariis cognitionibus; l. 17. D. de r. c. 12, 1.—<sup>6</sup> l. 178. § 2. D. de v. s. 50, 16.—<sup>7</sup> Gai. 4, 139—170; t. D. 43, 1: de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt; t. C. 8, 1; t. I. 4, 15: de interdictis.



назывался *interdictum*; содержаніемъ интердикта могло быть требованіе, чтобы отвѣтчикъ выдалъ или предъявилъ какую либо вещь, или чтобы онъ не причинялъ насилія истцу, или и то и другое; поэтому интердикты *по своей цѣли* распадаются на *int. restitutoria, exhibitoria, prohibitoria* и *mixta*<sup>8</sup>. Интердикты встрѣчаются во всѣхъ областяхъ права<sup>9</sup>, поэтому *по юридическому основанію* ихъ подраздѣляютъ на *int. de divinis rebus* (напр., *de locis sacris, religiosis*) и *de humanis rebus*; послѣдніе бываютъ *publicae utilitatis causa* (напр., *de via publica, de flumine publico*), или *sui iuris tuendi causa* (напр., *de liberis exhibendis*), или *officii causa* (напр., *de libero homine exhibendo*), или *rei familiaris causa*; *int. rei familiaris c.* бываютъ<sup>10</sup> или *adipiscendae possessionis* (напр., *int. quorum bonorum, Salvianum*), или *retinendae possessionis* (*int. uti possidetis, utrobi*), или *recuperandae possessionis* (*int. unde vi, de precario*). — Прежде часто утверждали, что всѣ интердикты были ускоренными (суммарными) процессами; новѣйшія изслѣдованія показали, что этимъ свойствомъ обладали лишь нѣкоторые интердикты. — При Юстиніанѣ описанное раздѣленное производство исчезло, и *extraordinaria cognitio* сдѣлалась обыкновеннымъ производствомъ<sup>11</sup>. Особенности производства интердиктовъ въ правѣ Юстиніана также исчезли: интердиктъ уже не издается судьей въ видѣ приказа отвѣтчику, а является приказомъ для всѣхъ, т. е. обыкновенною нормою права, на которой основывается искъ (*actio ex causa interdicti*<sup>12</sup>); тѣмъ не менѣ названія, которыя употребляли классическіе юристы, и теперь въ ходу.

4. *Actiones arbitrariae*. Такъ называются нѣкоторые иски вслѣдствіе одной особенности своего производства. Такъ какъ въ періодъ формулярнаго процесса присужденіе выражалось въ денежной суммѣ<sup>13</sup>, а это не всегда бываетъ цѣлесообразнымъ, то судья въ нѣкоторыхъ искахъ старался побудить отвѣтчика *добровольно* выдать или предъявить вещь истцу<sup>14</sup>; такой приѣмъ употреблялся при *act. restitutoriae* и *exhibitoriae*, были ли это иски вещные (напр., *rei vindicatio, act. hypothecaria*), или личные (напр., *act. ad exhibendum, quod metus*), и состоялъ обыкновенно въ слѣдую-

<sup>8</sup> § 1. I. h. t. 4, 15; I. 1. § 1. D. h. t. 43, 1.—<sup>9</sup> I. 2. §§ 1. 3. D. h. t. 43, 1; cf. I. 1. pr. eod.—<sup>10</sup> Ср. однако I. 1. pr. D. de tab. exh. 43, 5.—<sup>11</sup> pr. I. de succ. subl. 3, 12; § 8. I. h. t. 4, 15.—<sup>12</sup> pr. § 8. I. h. t. 4, 15.—<sup>13</sup> Gai. 4, 48. 52.—<sup>14</sup> § 31. I. h. t. 4, 6.



шемъ: судья до постановленія рѣшенія предлагалъ отвѣтчику добровольно исполнить требуемое дѣйствіе (*arbitrium de restituendo, de exhibendo*), освобождалъ его отъ иска въ случаѣ добровольнаго исполненія и присуждалъ въ противномъ случаѣ къ уплатѣ денежной суммы, которая при *dolus* или *culpa lata* отвѣтчика опредѣляется клятвенною оцѣнкою истца (*iusiurandum in litem*, § 45)<sup>15</sup>. Такъ какъ по праву Юстиніана (и нынѣшнему) присужденіе отвѣтчика направляется на самоѣ спорную вещь, то *arbitrium de restituendo* или *exhibendo* совсѣмъ исчезло<sup>16</sup>.

5. *Actiones stricti iuris* и *bonae fidei*<sup>17</sup>. *Actio stricti iuris*<sup>18</sup> есть такой искъ, къ которому примѣняется *iudicium strictum*, т. е. усмотрѣнію судьи не предоставляется простора, судья здѣсь тѣсно связанъ договоромъ сторонъ<sup>19</sup>; при *act. bonae fidei* судья долженъ основываться на *bona fides*, что даетъ широкій просторъ его свободному усмотрѣнію, обсужденію по началамъ *summae aequitatis*<sup>19a</sup>. Различіе это видно изъ слѣдующихъ нормъ права.

а. Въ *bonae fidei iudicia* судья принимаетъ во вниманіе обычаи гражданскаго оборота<sup>20</sup>.

б. Въ *bonae fidei iudicia* судья принимаетъ во вниманіе неформальныя побочныя соглашенія сторонъ (*pacta adiecta*)<sup>21</sup>; въ *stricta iudicia* въ древнее время это совсѣмъ не допускалось<sup>22</sup>, въ позднѣйшее время появилось нѣсколько исключеній<sup>23</sup>.

в. *Bonae fidei iudiciis exceptio doli inest*<sup>24</sup>, т. е. отвѣтчикъ въ періодъ процесса *per formulas* не былъ обязанъ предъявлять магистрату *exc. doli* (§ 92) для внесенія ея въ формулу; въ *stricta iudicia* это было необходимымъ условіемъ, потому что въ противномъ случаѣ отвѣтчикъ предъ присяжнымъ уже не могъ обвинить истца въ *dolus* (ср. § 265 текстъ между пр. 38 и 39).

д. Въ *bonae fidei iudicia* отвѣтчикъ присуждается также къ выдачѣ всей прибыли, полученной имъ отъ предмета долга (*omnis causa*, § 95), въ частности плодовъ (какъ извлеченныхъ, такъ и упущенныхъ)<sup>25</sup>; этого не бываетъ въ *stricta iudicia*, гдѣ отвѣт-

<sup>15</sup> I. 2. § 1. D. de in lit. iur. 12, 3.—<sup>16</sup> cf. I. 68. D. de r. v. 6, 1.—<sup>17</sup> §§ 28—30. I. h. t. 4, 6.—<sup>18</sup> § 30. I. h. t. 4, 6; I. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3; I. 3. § 2. D. comm. 13, 6.—<sup>19</sup> I. 99. D. de v. o. 45, 1; Cic. pro Caec. 3.—<sup>19a</sup> § 30. I. h. t. 4, 6; I. 31. D. dep. 16, 3.—<sup>20</sup> I. 31. § 20. D. de aed. 21, 1; I. 7. D. de neg. gest. 3, 5.—<sup>21</sup> I. 7. § 5. D. de pact. 2, 14.—<sup>22</sup> arg. I. 7. § 5. D. de pact. 2, 14.—<sup>23</sup> I. 40. D. de r. c. 12, 1; I. 11. C. de usur. 4, 32.—<sup>24</sup> I. 21. D. sol. matr. 24, 3; I. 84. § 5. D. de leg. 1 (30); I. 3. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>25</sup> I. 38. § 8. sq. § 15. D. de us. 22, 1.



чикъ обязанъ выдавать *omnis causa* не съ момента *mora*<sup>26</sup>, а лишь съ момента *litiscontestatio*<sup>27</sup>.

*Actiones stricti iuris* суть иски изъ *stipulatio*<sup>29</sup>, изъ *contractus litterales*, изъ займа и *act. legati ex testamento*<sup>29a</sup>, а также, по прежнему общему мнѣнію, и всѣ *condictiones* (см. противъ этого ниже sub 6); *actiones bonae fidei* суть иски изъ реальныхъ (кромѣ займа), консенсуальныхъ контрактовъ и *quasi-контрактовъ* (кромѣ легата); въ прежнее время сюда относились также *act. fiduciæ* и *rei uxoriæ*<sup>30</sup>. Изъ этого перечисленія видно, что противоположность *act. stricti iuris* и *bonae fidei* касалась почти только исковъ изъ контрактовъ и *quasi-контрактовъ* (§ 209), и что иски изъ вещныхъ правъ и проступковъ не подходили ни подъ одинъ изъ этихъ двухъ классовъ; искъ *hereditatis petitio* лишь Юстиніаномъ былъ преобразованъ въ *act. bonae fidei*. Въ настоящее время эта противоположность вообще не существуетъ, по крайней мѣрѣ что касается исковъ, перешедшихъ изъ римскаго права: во всѣхъ этихъ искахъ предоставленъ извѣстный просторъ свободному усмотрѣнію судьи; новыя отношенія, впрочемъ, породили новые иски безъ усмотрѣнія судьи, въ частности сюда относятся иски по векселю.

6. *Conditiones*. Иски эти причислялись прежде общимъ мнѣніемъ къ *actiones stricti iuris*<sup>31</sup>; по мнѣнію, выставленному авторомъ этого учебника и признанному теперь общимъ мнѣніемъ, *condictio* есть *абстрактный* искъ изъ требованія, признаннаго *цивильнымъ правомъ*, т. е. личный искъ, при предъявленіи котораго основаніе иска (*causa debendi*) не указывается магистрату и не вносится въ формулу; отвѣтчикъ обязанъ указать основаніе иска *лишь присяжному*; неопровержимымъ доказательствомъ основательности этого положенія служатъ дошедшія до насъ формулы исковъ *cond. furtiva*, *cond. indebiti*<sup>32</sup> и иска изъ займа<sup>33</sup> (*si paret Numerium dare oportere*). Поэтому-то классическіе юристы подраздѣляютъ *condictiones* только по ихъ объекту: на *cond. certi*<sup>34</sup> (объектъ—денежная сумма), *cond. triticaria*<sup>35</sup> (—другіе опредѣ-

<sup>26</sup> l. 38. § 7. D. de us. 22, 1; l. 3. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>27</sup> l. 31. pr. D. de r. e. 12, 1; l. 1. l. 2. l. 4. C. de us. et fruct. 6, 47.—<sup>28</sup> l. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7.—<sup>29</sup> l. un. § 2. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 5. § 4. D. de in lit. iur. 12, 3.—<sup>29a</sup> Gai. 2, 280.—<sup>30</sup> §§ 28. 29. I. h. t. 4, 6; Gai. 4, 62; 2, 280.—<sup>31</sup> Ср. противъ этого l. 66. D. de cond. i. 12, 6.—<sup>32</sup> Gai. 4, 4; § 14. I. de act. 4, 6; § 1. I. qu. m. re contr. obl. 3, 14; Gai. 3, 91; cf. 4, 64. 86.—<sup>33</sup> l. 5. § 3. D. de o. et a. 44, 7; Cic. pro Q. Rosc. comoedo c. 5.—<sup>34</sup> t. D. 12, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condicione; t. C. 4, 2: si certum petatur.—<sup>35</sup> t. D. 13, 3: de condicione triticaria.



ленные предметы) и *cond. incerti*<sup>36</sup> (—неопредѣленные дѣйствія). Но у нихъ не было дѣленія по основаніямъ иска; принятое въ настоящее время дѣленіе на *cond. ex mutuo, indebiti, causa data, causa non secuta, ob turpem causam, ob iniustam causam, sine causa, ex lege*—ведетъ свое происхождение не отъ классическихъ юристовъ, а отъ Юстиніана; классическіе юристы или совѣмъ не знаютъ этихъ названій, или не придають имъ техническаго значенія (§ 280). Основанія иска классическіе юристы никогда не называютъ въ связи съ *condictio*, они не говорятъ (что до сихъ поръ считалось непонятнымъ) *condictio ex stipulatu*, но *actio ex stipulatu*.—Именно потому, что *condictio* не связана ни съ какими основаніями исковъ, искъ этотъ можетъ быть вчать на любомъ основаніи, признанномъ *iure civili*: *contractus, delictum, testamentum*; это прямо подтверждается источниками<sup>37</sup>. — Если *condictio* предъявлена въ томъ случаѣ, гдѣ можно было вчать *actio famosa* (§ 27), то присужденіе отвѣтчика не влечетъ за собою его *infamia*<sup>38</sup>, именно потому, что формула *condictionis* не содержитъ въ себѣ основанія иска. Такъ какъ въ нынѣшнемъ правѣ<sup>39</sup> основаніе иска должно быть всегда поименовано, то понятіе *condictio* имѣетъ чисто историческое значеніе.

7. *Actiones privatae* и *populares*. *Actiones privatae* предназначены для защиты частныхъ интересовъ; *actiones populares* имѣютъ въ виду интересы общественныя и могутъ быть предъявлены каждымъ гражданиномъ (какъ бы представителемъ государства). Всѣ *actiones populares*—штрафные иски (§ 81 sub I. 2); онѣ введены или специальными законами (какъ, напр., *actio de termino moto* въ *lex agraria* Цезаря<sup>40</sup>), или эдиктами преторовъ и эдиловъ; въ искахъ, введенныхъ специальными законами, штрафъ идетъ въ пользу народа; въ искахъ, введенныхъ преторомъ или эдилами,—въ пользу истца. Къ числу *actiones populares* относятся *act. de effusis et eiectis, de albo corrupto* и т. п.<sup>41</sup> Въ настоящее время такихъ исковъ уже не существуетъ, государство вмѣшивается въ дѣло *ex officio*.

<sup>36</sup> l. 60. D. de leg. 1 (30); l. 3. D. de cond. sine causa 12, 7; l. 12. D. de nov. 46, 2.—<sup>37</sup> l. 9. pr. § 1. D. de r. c. 12, 1.—<sup>38</sup> l. 36. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>39</sup> Reichs-civil-processordnung, § 230.—<sup>40</sup> l. 3. pr. D. de term. moto 47, 21.  
<sup>41</sup> t. D. 47, 23: de popularibus actionibus.



## С. Прекращеніе исковъ.

### 1. § 85. Стеченіе исковъ.

*Kleinschrod*, zur Lehre von der Concurrenz der Klagen. 1849.—*Martens*, über Concurrenz und Collision der Römischen Civillagen. 1856.—*Merkel*, über den Concursus der Actionen. 1877.—*Savigny*, §§ 231—236.—*Vangerow*, § 153.—*Windscheid*, § 121.—*Regelsberger*, § 180.

I. *Современная теорія. Concursus actionum* (стеченіе исковъ, прежде называвшееся *concurus electivus*) *бываетъ въ томъ случаѣ, когда одно матеріальное право можетъ быть осуществлено нѣсколькими исками.* Причина этого, самого по себѣ страннаго, явленія можетъ корениться въ различныхъ обстоятельствахъ. Она можетъ заключаться въ томъ, что есть нѣсколько обязанныхъ лицъ; если нѣсколько лицъ обязаны въ качествѣ корреляльных или только солидарныхъ должниковъ, въ качествѣ главныхъ и придаточныхъ должниковъ (§§ 244—247), то мы имѣемъ столько же исковъ, сколько лицъ. Или она можетъ заключаться въ наличности нѣсколькихъ формъ одного и того же обязательства; если о существующемъ обязательствѣ заключена добавочная ституляція (§ 266 пр. 24), то къ иску изъ существовавшаго уже раньше обязательства присоединяется еще искъ изъ ституляціи (такое же отношеніе существуетъ теперь между долгомъ по книгамъ, по счетамъ и долгомъ по векселю). Или она можетъ заключаться въ томъ, что однимъ дѣйствіемъ нарушены различныя права одного и того же лица, но вредъ причиненъ одинъ; напр., лицо, повредившее ссуженную ему вещь, нарушило права ссудившаго, какъ собственника и какъ вѣрителя, а потому отвѣчаетъ предъ нимъ по *act. legis Aquiliae* и по *act. commodati*<sup>1</sup>. Или она можетъ заключаться въ особенностяхъ развитія процессуальнаго права, прибавляющаго новые иски къ уже существующимъ; напр., *condictio furtiva* дается обкраденному собственнику противъ вора на-ряду съ *rei vindicatio*<sup>2</sup> (§ 311 пр. 35 слѣд.).— Ко всѣмъ этимъ случаямъ примѣняется правило: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*<sup>3</sup>. Стало быть, если притязаніе вполне осуществлено посредствомъ одного иска, то уже другого иска предъявить нельзя. Но если предъявленъ искъ, который по своему объекту менѣе обширенъ, чѣмъ конкурирующій искъ, и поэтому осуществлено лишь меньшее требованіе, то посредствомъ конкурирующаго иска можно потребовать добавленія того, что не добыто первымъ искомъ<sup>4</sup>; поэтому, напр., лицо, давшее

<sup>1</sup> l. 7. § 1. D. comm. 13, 6.—<sup>2</sup> l. 11. § 6. D. de a. et v. 19, 1; l. 13. § 1. D. dep. 16, 3.—<sup>3</sup> l. 9. § 1. D. de furt. 47, 2.—<sup>4</sup> l. 57. D. de r. i. 50, 17.—<sup>5</sup> l. 34. §§ 1. 2. l. 41. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 43. § 1. D. de r. i. 50, 17; l. 38. § 1. l. 43. l. 47. пр. D. pro soc. 17, 2; l. 17. пр. D. de iolo 4, 3; l. 1. § 10. l. 4. D. de his qui eff. 9, 3; l. 2. § 3. D. de priv. del. 47, 1.



вещь въ ссуду и сначала преслѣдовавшее поврежденіе своей вещи ссудоприноимателемъ посредствомъ act. commodati, можетъ затѣмъ посредствомъ act. legis Aquiliae потребовать того, что этотъ искъ даетъ больше, чѣмъ act. commodati, вслѣдствіе своего особеннаго масштаба оцѣнки (§ 313 пр. 6) <sup>6</sup>.

II. *Прежнія теоріи*. Вышеизложенное стеченіе исковъ заслуживаетъ этого названія (ибо здѣсь *одно* матеріальное право можетъ быть осуществлено посредствомъ *нѣсколькихъ* исковъ); но до половины нашего столѣтія стеченіе исковъ понимали совершенно съ внѣшней стороны, раздѣляя его на concursus electivus, alternativus, cumulativus и successivus.

1. Подъ с. electivus разумѣли стеченіе, изложенное нами sub I.

2. Подъ с. alternativus разумѣли тѣ случаи, когда лицу предоставляется выборъ между *различными матеріальными* правами, а, слѣдовательно, по общему правилу, и между различными исками; рѣшившись посредствомъ litiscontestatio на осуществленіе *одного* права, лицо тѣмъ самымъ лишается другого права и другого иска, *хотя бы дѣло не дошло до удовлетворенія избраннаго права*. Напр., если купля заключена подъ lex commissoria, и цѣна въ срокъ не уплачена, то продавцу предоставляется на выборъ требовать или цѣны, или возвращенія вещи <sup>7</sup>; если продана вещь съ недостатками, то покупщику принадлежитъ выборъ между прекращеніемъ договора купли (посредствомъ act. redhibitoria) и требованіемъ назадъ уплаченнаго выше стоимости (посредствомъ act. quanti minoris <sup>8</sup>). Въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло со стеченіемъ правъ, а не исковъ.

3. Подъ с. cumulativus разумѣли тѣ случаи, когда сходится вмѣстѣ нѣсколько исковъ, возникшихъ изъ одного общаго основанія. Такъ, напр., изъ проступка часто возникаетъ одинъ искъ о возмѣщеніи вреда и въ то же время другой искъ о штрафѣ, напр., изъ кражи—cond. furtiva и act. furti (§ 209 sub B. 2); отъ каждаго изъ нѣсколькихъ лицъ, совершившихъ проступокъ, можно требовать полнаго штрафа (§ 81 sub II. 1). Эти случаи не пред-

<sup>6</sup> I. 7. § 1. D. comm. 13, 6.—<sup>7</sup> I. 7. D. de lege comm. 18, 3.—<sup>8</sup> I. 18. pr. I. 19. § 6. D. de aed. ed. 21, 1; I. 25. § 1. D. de exc. rei iud. 44, 2.—<sup>9</sup> I. 8. C. de cod. 6, 36.—<sup>10</sup> I. 1. C. de furt. 6, 2; I. 5. § 1. D. de calumn. 3, 6; I. 20. C. de furt. 6, 2; § 10. I. de obl. quae ex del. 4, 1; I. 76. § 8. D. de leg. 2 (31); I. 84. § 13. D. de leg. 1 (30); I. 3. § 5. I. 6. § 4. D. nautae 4, 9; I. 1. § 3. furti adv. naut. 47, 5.



ставляютъ ни стеченія исковъ, ни стеченія правъ, а управомоченному принадлежитъ нѣсколько самостоятельныхъ правъ, и, слѣдовательно, нѣсколько исковъ для ихъ осуществленія.

4. Подъ с. *successivus* разумѣли тѣ случаи, когда одинъ искъ служитъ подготовленіемъ для другого. Такъ, *act. ad exhibendum* служитъ для подготовленія *rei vindicatio* (§ 139 нач.), *rei vindicatio* и *hereditatis petitio*—для подготовленія *act. communi dividundo* и *familiae erciscundae* (§ 302 пр. 20). Очевидно, здѣсь только можетъ быть рѣчь о послѣдовательности исковъ, а не стеченія.

## 2. Исковая давность.

### а. § 86. Понятіе, оправданіе и исторія исковой давности.

*Unterholzner*, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (въ особенності 6-я книга). 2. Aufl. 1858.—*Demelius*, Untersuchungen aus dem Römischen Civilrecht. Nr. 1. 1856.—*Savigny*, §§ 237. 238. 252.—*Vangerow*, §§ 146. 152.—*Windscheid*, §§ 105. 106.—*Brinz*, §§ 112—114.—*Baron*, § 177.—*Regelsberger*, § 181. 182.

1. *Понятіе и оправданіе исковой давности. Исковая давность состоитъ въ прекращеніи права на искъ вслѣдствіе его неосуществленія въ теченіе опредѣленнаго закономъ времени.* Самъ по себѣ искъ не зависитъ отъ времени: онъ не прекращается вслѣдствіе того, что его не вчинаютъ въ теченіе извѣстнаго періода времени. Тѣмъ не менѣе есть внутреннія основанія, которыя говорятъ въ пользу ограниченія иска во времени положительною нормою. Прежде всего необходимо принять во вниманіе, что правоотношенія людей легко подвергаются спорамъ и сомнѣніямъ, если противъ этого не приняты чрезвычайныя мѣры; необходимо найти средство, которое бы, наконецъ, устранило эту спорность и сомнительность и доставило правоотношеніямъ окончательную прочность; такимъ средствомъ является отказъ государства въ содѣйствіи попыткамъ перемѣнить установившіяся отношенія, если уже истекло опредѣленное время. Сюда присоединяется еще то обстоятельство, что предьявленіе иска зависитъ отъ произвола истца, который откладываніемъ иска можетъ затруднить защиту отвѣтчика, потому что могутъ исчезнуть нѣкоторыя средства доказательства (напр., вслѣдствіе смерти свидѣтелей); справедливость требуетъ ограничить извѣстнымъ временемъ такую власть лица, управомоченнаго ко вчатію иску, такъ какъ этою властью



легко злоупотреблять. Во многих случаях еще присоединяется вѣроятность, что право, преслѣдуемое искомъ, уже не существуетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ управомоченный не мѣшкалъ бы такъ долго со вчатіемъ иска. Прежде старались еще оправдать исковую давность тѣмъ, что ее считали *roena negligentiae*<sup>1</sup>; въ самомъ дѣлѣ, управомоченный, вѣдь, не лишается своего иска тотчасъ, а лишь послѣ продолжительнаго бездѣйствія; тѣмъ не менѣе въ исковой давности нельзя видѣть наказанія за небрежность, потому что она имѣетъ мѣсто и въ такихъ случаяхъ, когда причиною невчатія иска являются иныя обстоятельства, напр., нежеланіе вѣрителя притѣснять своего должника или вести процессъ противъ несостоятельнаго должника.

II. *Исторія исковой давности.* Изложенныя основанія въ пользу исковой давности совсѣмъ не встрѣтили признанія въ древнемъ правѣ, въ правѣ классическомъ были признаны лишь отчасти, а полное признаніе получили только въ позднѣйшее императорское время. Первоначально иски обладали неограниченною продолжительностью; лишь преторскій эдиктъ ввелъ нѣсколько исковъ (а именно штрафныхъ), ограничивъ ихъ дѣйствіе истеченіемъ одного *annus utilis*, такъ что если искъ не былъ предъявленъ въ теченіе года, то отвѣтчику давалась *annua exceptio*<sup>2</sup>; еще болѣе короткіе сроки были установлены эдилами для исковъ изъ купли вещи съ недостатками (§ 289)<sup>3</sup>; затѣмъ были подвергнуты дѣйствію давности и нѣкоторые гражданскіе иски: иски противъ *sponsor'a* и *fidepromissor'a*, иски о *status*, иски казны о *bona vacantia* и штрафахъ, но въ особенности *actiones in rem actiones speciales* (§ 80 пр. 2<sup>a</sup>)<sup>4</sup>, которыя должны были терять силу противъ добросовѣстнаго владѣльца съ *iustus titulus* по истеченіи 10-ти лѣтъ *inter praesentes*, 20-ти *inter absentes* (*longi temporis praescriptio*, § 140); къ этой давности *actiones in rem* Константинъ прибавилъ еще давность 30-ти и 40-а лѣтъ на тотъ случай, если у владѣльца вещи недостаетъ титула или добросовѣстности (*longissimi temp. praescr.*, § 140 sub 4)<sup>5</sup>; наконецъ Θεодосій II

<sup>1</sup> cf. l. 2. l. 3. C. de ann. exc. 7, 40. —<sup>2</sup> pr. l. de perp. et temp. act. 4, 12; l. 30. § 5. D. de pec. 15, 1; l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24. —<sup>3</sup> l. 38. pr. D. de aed. 21, 1. —<sup>4</sup> Gai. 3, 121; tt. D. 40, 15; C. 7, 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur; l. 1. §§ 2. 3. D. de iure fisci 49, 14; l. 1. C. de quadr. praescr. 7, 37; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. D. de requir. 48, 17. —<sup>5</sup> l. 2. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.



постановилъ въ 424 г. по Р. Х., что всѣ иски, которые до этого времени еще не были ограничены болѣе краткимъ срокомъ, въ томъ числѣ *hereditatis petitio* (*in rem actio de universitate*, § 80 пр. 4) и большая часть личныхъ исковъ должны погашаться по истеченіи 30-ти лѣтъ<sup>6</sup> (*praescriptio triginta annorum*). Законъ Θεодосія II далъ исковой давности почти всеобщую примѣнимость, подвергнувъ 30-лѣтней давности большую массу личныхъ исковъ; впрочемъ, нѣкоторые иски Θεодосій освободилъ отъ дѣйствія давности, а юристы еще умножили ихъ число, произвольно толкуя его законъ, но позднѣйшіе законы императоровъ мало-по-малу подвергли давности прежнія изъятія, для нѣкоторыхъ, впрочемъ, установивъ болѣе продолжительный срокъ, нежели 30 лѣтъ<sup>7</sup>. Въ правѣ Юстиніана вполнѣ изъяты изъ дѣйствія исковой давности лишь *vindicatio in libertatem*<sup>8</sup>, *vindicatio* колона поземельнымъ собственникомъ<sup>9</sup> и *curiala* городомъ<sup>10</sup> и, наконецъ, искъ казны о недоимкахъ<sup>11</sup> (изъ означенныхъ случаевъ въ настоящее время существуетъ только послѣдній). Сюда присоединяются еще иски о раздѣлѣ въ той мѣрѣ, въ какой они имѣютъ цѣлью только раздѣлъ или восстановленіе межей (стало быть, въ той мѣрѣ, въ какой они являются исками *in rem*, § 84 sub II),—потому что притязаніе на это возобновляется въ каждый моментъ времени; во всѣхъ же прочихъ отношеніяхъ (т. е. поскольку они являются исками *in personam*) и иски о раздѣлѣ подвержены дѣйствію давности<sup>12</sup>.—Еще надо отмѣтить слѣдующее:

а. Иски, погашаемые истеченіемъ 30-ти и болѣе лѣтъ, называются *actiones perpetuae*, прочіе иски—*actiones temporales, temporariae*.

б. Отъ давности иска слѣдуетъ отличать давность процесса; для первой важенъ вопросъ: въ теченіе какого времени можно не предъявлять иска безъ вредныхъ послѣдствій? для второй:—въ теченіе какого времени долженъ быть оконченъ процессъ послѣ предъявленія иска? По праву классическому, погашались (*lis mo-*

<sup>6</sup> l. 3. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>7</sup> l. 4. l. 9. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; t. C. 7, 40: de annali exceptione Italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptio-nibus eorum. — <sup>8</sup> l. 3. C. de l. t. praescr. quae pro libertate 7, 22. — <sup>9</sup> l. 23. pr. C. de agricol. 11, 47. — <sup>10</sup> l. 5. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>11</sup> l. 6. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>12</sup> l. 5. C. comm. div. 3, 37; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40.



ritur, tempore amittitur) iudicia legitima по истечении 18-ти мѣсяцевъ, iudicia imperio continentia—съ оставленіемъ должности со стороны магистрата, который привелъ въ движеніе процессъ<sup>13</sup>. Въ сводъ Юстиніана это положеніе не вошло: зато Юстиніанъ издалъ нѣсколько постановленій<sup>14</sup>, изъ коихъ дѣйствовало до недавняго времени слѣд.: если процессъ остался безъ движенія, то его можно еще опять возобновить въ теченіе 40-а лѣтъ; послѣ этого времени онъ уже признается погашеннымъ<sup>15</sup>. Это опредѣленіе въ Уст. в. г. с. не вошло, поэтому теперь *нѣтъ процессуальной давности*.

## в. Условія исковой давности.

### *Предварительное замѣчаніе.*

По римскому праву для исковой давности необходимы два условія: истеченіе установленнаго закономъ срока (§ 87), безъ осуществленія права на искъ (§ 88). Каноническое право еще прибавило сюда для нѣкоторыхъ случаевъ добросовѣстность противника (§ 89).

### а. § 87. Истеченіе срока.

*Demelius*, Untersuchungen Nr. 2. 1856.—*Savigny*, §§ 239—241. 247.—*Vangerow*, §§ 147. 148.—*Windscheid*, §§ 107. 110.—*Brinz*, § 114.—*Regelsberger*, §§ 183. 185.

Излагая истеченіе срока, мы должны отвѣтить на три слѣд. вопроса: I. Съ какого момента начинается теченіе давностнаго срока? II. Какова продолжительность давностнаго срока? III. Въ какой моментъ теченіе давностнаго срока окончено?

ad I. Моментъ, съ котораго начинается теченіе давностнаго срока, называется *actio nata*<sup>1</sup>; по вопросу объ опредѣленіи этого момента въ настоящее время есть двѣ теоріи; по одной изъ нихъ, *actio est nata* тогда, если право потерпѣло нарушеніе, по другой—тогда, если фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ праву. Споръ этотъ не имѣетъ большого значенія:

а. По отношенію къ *rei vindicatio* и прочимъ вещнымъ искамъ; всѣ согласны, что теченіе давностнаго срока здѣсь начинается съ момента нарушенія права, стало быть, въ случаѣ *rei vindicatio*—

<sup>13</sup> Gai. 4, 104, 105.—<sup>14</sup> l. 13. C. de iud. 3. 1.—<sup>15</sup> l. 9. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40.

<sup>1</sup> l. 3. l. 7. § 1. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; l. 1. § 1. C. de ann. exc. 7, 40; l. 30. C. de iure dot. 5, 12.



съ момента завладѣнія вещью другимъ лицомъ; тогда лишь возникаетъ фактическое состояніе, не соответствующее праву.

в. По отношенію къ обязательствамъ, которыя направлены на несовершенство чего либо (*in non faciendo*); всѣ согласны, что теченіе давностнаго срока начинается здѣсь съ того момента, когда обязанный совершаетъ дѣйствіе, противное обязательству.

с. По отношенію къ обязательствамъ, которыя направлены на что либо положительное и по существу своему не рассчитаны на извѣстную продолжительность (напр., требованіе изъ *stipulatio*, требованіе цѣны и объекта купли и т. д.); относительно такихъ обязательствъ всѣ согласны, что теченіе давностнаго срока начинается съ момента возникновенія требованія (*obligationis exordium*<sup>2</sup>).

Но спорять:

д. По поводу тѣхъ обязательствъ, которыя направлены на что либо положительное и по существу своему рассчитаны на извѣстный промежутокъ времени, но въ которыхъ контрагенты оставили этотъ промежутокъ неопредѣленнымъ (напр., заемъ, *precatium* даны просто, безъ опредѣленія срока, дана вещь на храненіе): начинается ли теченіе давностнаго срока съ момента возникновенія обязательства (вторая теорія), или же только съ того момента, когда вѣритель безуспѣшно потребовалъ отъ должника исполненія, сдѣлалъ напоминаніе (первая теорія)? Назначенію исковой давности соответствуетъ вторая теорія; ее подтверждаетъ и нѣсколько мѣстъ въ источникахъ<sup>3</sup>; наконецъ, справедливость этой теоріи слѣдуетъ изъ того, что *всѣ* обязательства, по которымъ срокъ исполненія особо не опредѣленъ ни закономъ, ни волею сторонъ, подлежатъ исполненію съ момента возникновенія (тогда же, стало быть, можно вчать и искъ); такимъ образомъ то обстоятельство, что нѣкоторыя обязательства по существу своему рассчитаны на извѣстный промежутокъ времени, не оказываетъ никакого вліянія на моментъ наступленія времени требовать ихъ исполненія, ср. § 227 sub II.

Надо еще замѣтить слѣдующее:

1. При условныхъ правоотношеніяхъ теченіе давности начи-

<sup>2</sup> 1. 7. § 6. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>3</sup> 1. 1. § 22. D. dep. 16, 3; 1. 94. § 1. D. de sol. 46, 3; 1. 8. § 7. D. de prec. 43, 26; cf. 1. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5.



нается съ момента исполненія условія, при срочныхъ — съ момента наступленія *dies* <sup>4</sup>.

2. При двустороннихъ обязательствахъ теченіе давностнаго срока начинается съ момента возникновенія, а не отдѣльно (какъ нѣкоторые утверждаютъ) для каждаго контрагента съ того момента, когда онъ исполнилъ свое обязательство (совершилъ дѣйствіе); ибо каждый контрагентъ можетъ съ момента возникновенія обязательства тотчасъ требовать совершенія воздѣйствія за дѣйствіе (которое онъ готовъ совершить, § 215).

3. Для такихъ правъ, осуществленіе которыхъ предполагаетъ еще заявленіе вѣрителя о своемъ желаніи осуществить право (напр., для права отступить отъ договора, для займа до востребованія или до извѣстнаго срока послѣ востребованія), теченіе давности начинается не съ момента заявленія вѣрителя, а уже съ того времени, когда это заявленіе можетъ быть сдѣлано. Хотя справедливости этого положенія нельзя доказать на основаніи источниковъ (и поэтому оно спорно), но оно оправдывается внутренними основаніями; въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ заявленіе зависитъ отъ воли вѣрителя и даже можетъ быть сдѣлано уже въ искѣ, то оно не можетъ служить препятствіемъ для вчатія иска, и, стало быть, не откладываетъ возникновенія права на искъ <sup>6</sup>. Въ прежнее время было выставлено подобное же, но еще болѣе обширное правило: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris*; это правило теперь всеми отвергнуто; изъ него, напр., вытекаетъ то слѣдствіе, что давность иска о возвращеніи приданаго начинаетъ течь не съ момента расторгненія брака <sup>6</sup>, а уже съ того момента, когда супругъ совершаетъ поступокъ, дающій другому супругу поводъ расторгнуть бракъ.

4. Если предметомъ обязательства служатъ періодическіе взносы (проценты, рента), то давность начинается для каждаго взноса съ наступленіемъ срока его платежа <sup>7</sup>, но положительною нормою опредѣлено, что въ томъ случаѣ, если будетъ погашенъ давностью главный долгъ, признается погашеннымъ и искъ о всѣхъ неуплаченныхъ пропентахъ <sup>8</sup>. Можетъ ли быть погашено право на про-

<sup>4</sup> 1. 7. § 4. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>5</sup> 1. 9. § 3. D. de pign. a. 13, 7.—  
<sup>6</sup> cf. 1. 48. D. de v. o. 45. 1.—<sup>6a</sup> 1. 7. § 4. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>7</sup> 1.  
 7. § 6. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>8</sup> 1. 26 pr. C. de usur. 4, 32.



центы и ренту *въ цѣломъ объемѣ*? Это—вопросъ спорный и неза-  
тронутый источниками; его слѣдуетъ рѣшить утвердительно, если  
должникъ оспариваетъ право *въ цѣломъ объемѣ*, а вѣритель все-  
таки не вчинаетъ иска.

5. Для act. tutelae несовершеннолѣтняго и act. tutelae utilis  
неполнолѣтняго (минора) давность, по положительной нормѣ права,  
начинаетъ течь лишь послѣ окончанія опеки<sup>9</sup>.

ad II. *Срокъ давности* по общему правилу составляетъ 30  
лѣтъ, во многихъ случаяхъ онъ продолжительнѣе, во многихъ—  
короче; эти исключенія мы укажемъ въ соответствующихъ инсти-  
тутахъ, но и здѣсь заслуживаютъ упоминанія нѣкоторыя особенно  
замѣчательныя изъятія. Въ 40 лѣтъ погашаются тѣ иски церковей  
и благотворительныхъ учрежденій, для которыхъ обыкновен-  
ный срокъ—10, 20, 30 лѣтъ<sup>10</sup>; иски кафедральнаго собора въ  
Римѣ погашаются лишь истеченіемъ 100 лѣтъ<sup>11</sup>; 40 лѣтъ слу-  
жить въ нѣкоторыхъ случаяхъ давностнымъ срокомъ для act.  
hypothecaria<sup>12</sup>; требуется ли 40 лѣтъ для погашенія исковъ каз-  
ны (государя и его супруги)—вопросъ спорный; римское право  
требовало 40 лѣтъ<sup>13</sup> лишь для иска о fundi patrimoniales<sup>14</sup>. (Прак-  
тика перенесла это требованіе на всѣ иски казны, государя и его супруги).  
Штрафные иски казны погашаются въ 20 лѣтъ<sup>15</sup>, ея иски о bona  
vacantia—въ 4 года<sup>16</sup>. Искъ о status лица умершаго, въ част-  
ности querela inofficiosi<sup>18</sup>, погашается по истеченіи 5-и лѣтъ послѣ  
смерти<sup>19</sup>; преторскіе штрафные иски погашаются обыкновенно  
истеченіемъ одного года<sup>20</sup>, искъ объ in integrum restitutio пога-  
шается со времени Юстиніана въ 4 года<sup>21</sup>; эдильская act. redhi-  
bitoria погашается истеченіемъ 6-и мѣсяцевъ, act. quanti minoris—  
истеченіемъ одного года<sup>22</sup>.

Кромѣ того нѣсколько новыхъ германскихъ законовъ ввели короткіе  
давностные сроки, въ томъ числѣ: двухлѣтній срокъ для исковъ о возна-

<sup>9</sup> l. 4. § 3. D. de adm. 27, 3; l. 2. l. 14. C. de adm. 5, 37.—<sup>10</sup> Nov. 111; Nov. 131. c. 6.—<sup>11</sup> c. 13. c. 14. c. 17. X. de praescr. 2, 26; c. 2. in VI. de praescr. 2, 13.—<sup>12</sup> l. 7. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>13</sup> l. 6. C. de fund. rei priv. 11, 65.—<sup>14</sup> l. 14. C. de fund. patr. 11, 61.—<sup>15</sup> l. 13. pr. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 2. § 1. l. 3. l. 4. § 1. D. de requir. 48, 17; l. 1. § 3. D. de i. f. 49, 14.—<sup>16</sup> l. 10. § 1. D. de div. temp. pr. 44, 3; l. 1. § 2. D. de i. f. 49, 14; l. 1. C. de quadr. pr. 7, 37.—<sup>17</sup> l. 2. C. de vect. 4, 61.—<sup>18</sup> l. 34. C. de inoff. 3, 28.—<sup>19</sup> tt. D. 40, 15; C. 7, 21: ne de statu defunctorum post quinquen-  
nium quaeratur.—<sup>20</sup> l. 35 pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 8. D. de act. pop. 47, 23.—  
<sup>21</sup> l. 7. C. de temp. i. i. r. 2, 52.—<sup>22</sup> l. 19. § 6. D. de aed. ed. 21, 1.



граждениі противъ желѣзнодорожныхъ предпринимателей, горнопромышленниковъ и т. д. въ случаяхъ смерти или тѣлесныхъ поврежденій<sup>22a</sup> (§ 314 кон.), пятилѣтній срокъ для требованія возврата незаконнаго роста<sup>22b</sup> (§ 43).

Не требуется, чтобы теченіе давностнаго срока все время продолжалось между тѣми же лицами; путемъ преемства (универсальнаго или сингулярнаго) на мѣсто прежняго должника можетъ вступить другое лицо<sup>23</sup>; это выражаютъ такъ: имѣть мѣсто *accessio temporis*.

ad III. Завершается давность истеченіемъ послѣдняго дня, такъ какъ дѣло идетъ о потерѣ права<sup>24</sup> (§ 74).

### β. § 88. Неосуществленіе права на искъ.

*Savigny*, § 242.—*Vangerow*, § 150.—*Windscheid*, § 108.—*Brinz*, § 114.—*Regelsberger*, § 184.

Для того, чтобы искъ считался осуществленнымъ, недостаточно его предъявленія компетентному суду или третейскому суду<sup>1</sup>, но, по классическому римскому праву, для этого требуется *litis contestatio*<sup>2</sup>, по праву по-классическому<sup>3</sup> (и нынѣшнему<sup>4</sup>),—сообщеніе иска отвѣтчику. Если надъ имуществомъ должника открытъ конкурсъ, то давность прерывается, по У. о конкурсахъ § 13, сообщеніемъ конкурснаго требованія конкурсному суду.

### γ. § 89. *Bona fides* лица, въ пользу котораго течетъ давность.

*Möllenthal*, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820.—*Savigny*, §§ 244—246.—*Vangerow*, § 149.—*Windscheid*, § 111.

*Bona fides*, т. е. незнаніе о спорномъ правѣ со стороны лица, въ пользу коего течетъ давность, требовалась прежде въ одномъ случаѣ, въ случаѣ *longi temporis praescriptio*; но такъ какъ этотъ институтъ, превратившись въ послѣдствіи въ пріобрѣтательную давность (давность владѣнія, § 140), пересталъ относиться къ случаямъ исковой давности, то, по праву Юстиніана, *bona fides* нигдѣ не требуется для погашенія иска.

Но каноническое право постановило<sup>1</sup>: *nulla valeat absque bona fide*

<sup>22a</sup> Reichsgesetz 7-го іюня 1871 г. § 8.—<sup>22b</sup> Reichsgesetz 24-го мая 1880 г. Art. 3.—<sup>23</sup> l. 7. §§ 1. 2. i. f. C. de praescr. XXX vel. XXXX ann. 7, 39.—<sup>24</sup> l. 6. D. de o. et a. 44, 7.

<sup>1</sup> l. 7. C. ne de statu 7, 21; l. 5. § 1. C. de rec. 2, 55.—<sup>2</sup> l. 9. § 3. D. de iurei. 12, 2; l. 8. § 1. D. de fidei. et nom. 27, 7.—<sup>3</sup> l. 3. C. de ann. exe. 7, 40; l. 7. pr. § 5. C. de pr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.—<sup>4</sup> Reichscivilprozessordnung, § 239. 633.

<sup>1</sup> c. 20. c. 5. X. de praescr. 2, 26.



praescriptio...,—qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. Насчетъ значенія этихъ словъ составилось четыре мнѣнія. Первое изъ нихъ относить это положеніе только къ давности владѣнія: нововведеніе противъ римскаго права заключается въ томъ, что давностный владѣлецъ долженъ быть *in bona fide* не только въ началѣ владѣнія, но и *vo все время теченія давности* (§ 144); это мнѣніе опровергается тѣмъ, что словамъ *praescriptio, qui praescribit* (§ 72) принадлежитъ болѣе широкое значеніе. Второе мнѣніе относить его ко *всѣмъ* случаямъ исковой давности; его опровергаютъ ограничивающія слова *conscientiam rei alienae*. Третье мнѣніе относитъ его ко *всѣмъ* вещнымъ искамъ, четвертое — къ тѣмъ искамъ, которые направлены на возвращеніе вещи, состоящей въ незаконномъ владѣніи, будутъ ли это вещные иски (напр., *rei vindicatio*, а. *Publiciana*) или личные (напр., *act. depositi, commodati, locati, pigneraticia*); только четвертое мнѣніе соотвѣтствуетъ словамъ закона.

### с. § 90. Перерывъ и приостановленіе исковой давности.

*Savigny*, §§ 242. 243. 252.—*Vangerow*, § 150.—*Windscheid*, §§ 108. 109.—*Bekker*, § 109. *Beil. II.*—*Regelsberger*, § 185.

Когда говорятъ „давность прервана“, то этимъ хотятъ обозначить, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго истекшая часть давностнаго срока истекла бесполезно; но потомъ можетъ начаться новое теченіе давности. Когда же говорятъ: „давность приостановилась“, то это значить, что наступило событіе, вслѣдствіе котораго послѣдующее теченіе срока не принимается въ счетъ до тѣхъ поръ, пока противоположное событіе не допуститъ дальнѣйшаго теченія давности.

1. Давность прерывается (*interruptio temporis*) сообщеніемъ иска отвѣтчику (для конкурсныхъ требованій сообщеніемъ иска конкурсному суду) и прекращеніемъ *bona fides* (т. н. *mala fides superveniens*, см. §§ 88. 89); далѣе, всякимъ признаніемъ права со стороны противника: выдачею новой долговой росписки, установленіемъ закладного права или поручительства, платежомъ процентовъ, уплатою части капитала<sup>1</sup>. *Напоминаніе (interpellatio) не прерываетъ давности.*

2. Исковая давность приостанавливается (у новыхъ юр.: *praescriptio dormit*), а) пока лицу, находящемуся подъ отеческою властью, принадлежитъ искъ по поводу какого либо права, касающагося

<sup>1</sup> 1. 7. § 5. 1. 8. § 4. *C. de praescr. XXX vel XXXX ann.* 7, 39; 1. 19. *C. de fide instr.* 4. 21; 1. 5. *C. de duob. reis* 8, 40.—<sup>2</sup> 1. 7. § 5. *C. de praescr. XXX vel XXXX ann.* 7, 39.



его *adventicia regularia*<sup>3</sup>; b) пока управомоченный къ предъявленію иска находится въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ<sup>4</sup>; c) пока онъ не достигъ полнолѣтія (*minor*), но это относится лишь къ тѣмъ искамъ, которые погашаются въ болѣе короткое время, нежели 30 лѣтъ<sup>5</sup>; d) пока особыя *юридическія* основанія препятствуютъ предъявленію иска (отсюда правило новыхъ юр.: *agere non valenti non currit praescriptio*); напр., не течетъ давность: *rei vindicationis* на застроенные строительные матеріалы<sup>6</sup> (§ 126 sub II. 4), иска противъ должника, которому дано *moratorium*<sup>7</sup>; e) пока особыя фактическія *обстоятельства* препятствуютъ предъявленію иска; это имѣло мѣсто по р. пр. въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ давностный срокъ считается по правиламъ *tempus utile*<sup>9</sup> (§ 74), далѣе, по каноническому праву, въ случаѣ вторженія непріятелей и (для искомъ римской церкви) въ случаѣ раскола<sup>10</sup>. *Простое незнаніе управомоченнаго о наличности искового права не препятствуетъ ни началу, ни дальнѣйшему теченію давности.*

#### d. § 91. Послѣдствія исковой давности.

*Savigny*, §§ 248—251. — *Vangerow*, § 151. — *Windscheid*, § 112. — *Brinz*, § 114. — *Regelsberger*, § 186. — *Büchel*, civilrechtl. Erörterungen. Томъ 1-й. Стр. 1—119. 1847.

Если искъ погашенъ давностью, а его тѣмъ не менѣе предъявляютъ въ судъ, то отвѣтчикъ можетъ противопоставить возраженіе, — обыкновенно *praescriptio triginta annorum s. longissimi temporis*; отсюда слѣдуетъ, что судья не обязанъ *ex officio* принимать во вниманіе факта истеченія давности (что нѣкоторые неправильно утверждаютъ). Послѣдствія возраженія различны для вещныхъ и для личныхъ правъ:

1. Вещное право послѣ погашенія иска продолжаетъ существовать противъ теперешняго владѣльца вещи и его преемниковъ въ видѣ права, не защищаемаго искомъ; но если вещь попадетъ во владѣніе какого либо третьяго лица, то субъектъ вещнаго права можетъ истребовать ее посредствомъ вещнаго иска<sup>1</sup>;

<sup>3</sup> 1. § 2. C. de ann. exc. 7, 40; l. 4. i. f. C. de bon. quae lib. 6, 61. —  
<sup>4</sup> 1. 3. § 1. l. 7. pr. § 1. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. —<sup>5</sup> 1. 5. C. in qu. c. i. i. r. 2, 40. —<sup>6</sup> § 29. I. de r. d. 2, 1. —<sup>7</sup> l. 8. i. f. C. qui bonis ced. 7, 71. —<sup>8</sup> l. 22. § 11. C. de iure del. 6, 30. —<sup>9</sup> l. 30. C. de iure dot. 5, 12. —<sup>10</sup> l. 55. D. de aed. ed. 21, 1; l. 6. D. de cal. 3, 6. —<sup>10</sup> c. 13. C. 16. qu. 3; c. 10. c. 14. X. de praescr. 2, 26.

<sup>1</sup> l. 8. § 1. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.



если же вещь возвращается какимъ либо правомѣрнымъ образомъ назадъ во владѣніе субъекта права, въ такомъ случаѣ то лицо, въ пользу котораго истекла давность, не можетъ ея истребовать отъ него.

2. Продолжаетъ ли обязательство послѣ истечения исковой давности существовать безъ иска (*naturalis obligatio*, § 230), или совсѣмъ уничтожается? Это вопросъ очень спорный, такъ какъ нѣкоторые рѣшенія источниковъ говорятъ въ пользу полного уничтоженія обязательства<sup>2</sup>, другія же содержатъ, повидимому, указанія въ пользу сохранения *obl. naturalis*<sup>3</sup>. Правильнѣе первое рѣшеніе<sup>4</sup>. Въ пользу него говорятъ и потребности гражданскаго оборота, ибо понятіе натурального обязательства нельзя признать удачнымъ (ср. § 230 sub. III въ концѣ).

## II. § 92. Exceptio (возраженіе).

t. D. XLIV, 1: de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.—t. C. VII, 36: de exceptionibus seu praescriptionibus.—t. I. IV, 13: de exceptionibus.—*Albrecht*, die Exceptionen des Gemeinen Deutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. 1835.—*Dernburg*, Compensation. §§ 20—22. 2. Aufl. 1876.—*Maxen*, über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861.—*Eisele*, die materielle Grundlage der Exceptio. 1871.—*Birkmeyer*, die Exceptionen im bonae fidei iudicium. 1874.—*Lenel*, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876.—v. *Koschembar-Lyskowski*, Theorie der Exceptionen. Bd. 1. 1893.—*Savigny*, §§ 226—228. 253—255.—*Vangerow*, §§ 154—156.—*Windscheid*, §§ 4. 112.—*Brinz*, §§ 105—108.—*Baron*, § 205.—*Regelsberger*, §§ 192. 187.

А. Понятіе. Отвѣтчикъ можетъ защищаться.

1. Отрицая вполне или отчасти существованіе права, утверждаемаго истцомъ (*litiscontestatio*, названная въ средніе вѣка *litiscontestatio negativa*). Отрицаніе возможно въ троякомъ видѣ: а) отвѣтчикъ или отрицаетъ факты, изъ которыхъ истецъ вывести свое право; б) или, признавая эти факты, отрицаетъ ихъ значеніе, какъ основанія для права (противоположная юридическая дедукція); в) или, признавая наличность фактовъ и ихъ юридическое значеніе, приводитъ съ своей стороны другіе факты, изъ которыхъ слѣдуетъ, что доказываемое истцомъ право совсѣмъ не возникло (напр., что обязательство ничтожно, такъ какъ лицо, давшее обѣщаніе, было лишено разсудка или нахо-

<sup>2</sup> l. 25. § 1. D. r. r. 46, 8; l. 37. D. de fid. 46, 1; l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5; l. 38. § 4. D. de sol. 46, 3.—<sup>3</sup> l. 7. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39; l. 2. C. de luit. pign. 8, 30; l. 18. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>4</sup> l. 23. § 2. D. de inoff. 5, 2.



дилось въ малолѣтнемъ возрастѣ), или въ послѣдствіи было уничтожено (напр., что обязательство погашено платежомъ).

2. Или же отвѣтчикъ признаетъ право истца, но въ то же время противопоставляетъ ему такое обстоятельство, которое умаляетъ или уничтожаетъ осуществленіе иска, результаты, преслѣдуемые искомъ<sup>1</sup>. Это обстоятельство можетъ быть различное: оно можетъ быть правомъ или фактомъ (напр., возраженіе объ узуфруктѣ противъ rei vindicatio, возраженіе объ издержкахъ противъ того же иска); оно можетъ быть основано на началахъ судопроизводства (напр., *exc. fori incompetentis*), или на началахъ матеріальнаго права (напр., возраженіе объ узуфруктѣ противъ rei vindicatio). Въ періодъ формулярнаго процесса объ этихъ обстоятельствахъ необходимо было упомянуть въ самой формулѣ въ видѣ изъятія изъ приказанія *condemnationis*, которое магистратъ давалъ судѣ<sup>2</sup>; поэтому такая добавочная часть формулы называлась *exceptio*; этимъ же названіемъ обозначалось и само право на *exceptio*; въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда *exceptio* помѣщалась въ началѣ формулы, ее называли *praescriptio*<sup>3</sup> (напр., *praescriptio longi, longissimi temporis*). Согласно съ изложеннымъ гласитъ и легальное опредѣленіе экцепціи<sup>4</sup>: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemque deductum est*. Со времени исчезновенія формулярнаго процесса *exceptio* означаетъ *правомочіе лица, сославшись на какое либо обстоятельство, воспрепятствовать вполнѣ или въ извѣстной части осуществленію какого либо права въ процессъ*; отсюда видно, что экцепціей не называется ссылка на такое обстоятельство, которое препятствовало возникновенію права истца (выше 1. а. b), или такое, которое повлекло за собою *ipso iure* его прекращеніе (выше 1. с); совѣмъ нѣтъ: экцепціи должно принадлежать то значеніе, что она обезсиливаетъ, лишаетъ значенія отыскиваемое право (несмотря на его дѣйствительное существованіе). — Этому понятія экцепціи придерживаются теперь только романисты; напротивъ, наука Общегерманскаго процесса придаетъ слову *exceptio* болѣе обширное значеніе, разумѣя подъ нимъ всякое самостоятельное встрѣчное нападеніе со стороны отвѣтчика, направленное на отклоненіе иска и основанное на утвержденіяхъ, которыя не

<sup>1</sup> Gai. 4, 116; pr. I. h. t. 4, 13.—<sup>2</sup> Gai. 4, 119; l. 22. pr. D. h. t. 44, 1.—

<sup>3</sup> Gai. 4, 132. 133.—<sup>4</sup> l. 2. pr. D. h. t. 44, 1.



опровергают истинности утверждений истца, но все-таки имѣютъ дѣлю обезсилить исковое требованіе. Если сопоставить это понятіе съ тѣмъ, что мы говорили выше, то окажется, что въ немъ, кромѣ римской *exceptio* (которую въ средніе вѣка называли обыкновенно *exceptio iuris*), заключается еще приведенный *sub 1* с третій случай *negativae litiscontestationis* отвѣтчика (который въ средніе вѣка обыкновенно называли *exceptio facti*); этимъ обоимъ способамъ защиты принадлежитъ одинъ общій признакъ: и здѣсь и тамъ *onus probandi* лежитъ на отвѣтчикѣ<sup>5</sup>; въ другихъ отношеніяхъ они различны.

В. *Виды*. Экцепціи подраздѣляются:

1. На *dilatoriae* (*temporales*, отлагательныя) и *peremptoriae* (*perpetuae*, разрушительныя)<sup>6</sup>. Первыя служатъ препятствіемъ для иска лишь до извѣстнаго времени (напр., *exc. pacti de non petendo ad tempus*, *exceptio praeiudicii*, подъ которою разумѣютъ тотъ случай, если отвѣтчикъ утверждаетъ, что рѣшеніе настоящаго процесса находится въ зависимости отъ рѣшенія другого вопроса, который долженъ быть предметомъ особаго судебного разбирательства<sup>7</sup>) или лишь при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ (напр., *exc. fori incompetentis*); вторыя исключаютъ возможность иска навсегда (*exc. doli, metus, rei iudicatae, pacti de non petendo in perpetuum* и т. п.). По классическому римскому праву и то лицо, которому было отказано въ искѣ на основаніи *exc. dilatoria*, уже не могло предъявить исправленнаго иска, такъ какъ послѣдній былъ поглощенъ (консумированъ) порочнымъ представленіемъ<sup>8</sup> (§ 95 нач.); только, если истецъ находился въ извѣстномъ заблужденіи, то ему давалась *restitutio* противъ потери иска<sup>9</sup>. Этого уже нѣтъ въ правѣ Юстиніана<sup>10</sup>.—Между *exc. dilatoriae* особое мѣсто занимаютъ возраженія, препятствующія процессу; они излагаются въ наукѣ гражданского судопроизводства; ср. RCP0. (И. у. гр. суд.) §§ 247. 248.

2. На *personae* и *rei cohaerentes*<sup>11</sup>. Первыми можетъ воспользоваться только то лицо, которому право на *exceptio* принадлежитъ первоначально; вторыя же могутъ быть предъявлены всѣми тѣми, противъ кого вмѣсто этого лица обращенъ искъ, напр., наслѣдникомъ, поручителемъ. *Exc. rei cohaerentes* количествомъ

<sup>5</sup> 1. 12. l. 25. § 2. D. de prob. 22, 3.—<sup>6</sup> 1. 2. § 4. l. 3. D. h. t. 44, 1; §§ 8. 10. I. h. t. 4, 13.—<sup>7</sup> 1. 13. l. 16. l. 21. D. h. t. 44, 1.—<sup>8</sup> Gai. 4, 123.—<sup>9</sup> 1. 2. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>10</sup> § 10. I. h. t. 4, 13; cf. § 33. I. de act. 4, 6.—<sup>11</sup> 1. 7. pr. § 1. l. 19. D. h. t. 44, 1; § 4. I. de repl. 4, 14.



превосходятъ первый разрядъ эксцепцій; къ числу *exc. personae cohaerentes* принадлежатъ, напр., *exceptio beneficii competentiae*, *exc. pacti de non petendo in personam* (§ 228 пр. 18. § 268 пр. 8).

3. На *exceptiones in rem* и *in personam*<sup>12</sup>. Первые могутъ быть предъявлены противъ каждаго, кто выступаетъ въ качествѣ истца на основаніи извѣстнаго правоотношенія; вторыя же имѣютъ силу только противъ опредѣленныхъ лицъ. *Exc. in rem* гораздо многочисленнѣе, чѣмъ *exc. in personam*. Къ числу послѣднихъ принадлежитъ, напр., *exc. benef. competentiae*, а также во многихъ случаяхъ *exc. doli*, которую можно предъявить, кромѣ самаго обманщика, только противъ его наслѣдниковъ и лица, имъ одареннаго<sup>12а</sup>.

4. Историческое значеніе имѣетъ дѣленіе на *exc. utilis, in factum*, аналогичное дѣленію исковъ на *utilis, in factum*<sup>13</sup> (§ 84).

С. *Происхожденіе*. Эксцепціи ведутъ свое происхожденіе<sup>14</sup> отчасти отъ *ius civile* древняго и болѣе новаго періода (напр., *exc. legis Cinciae, Plaetoriae, sc̄ti Macedoniani, Velleiani*), отчасти—отъ преторскаго права (напр., *exc. doli, metus, pacti*). Преторскія эксцепціи возникли по большей части изъ стремленія претора предоставить большее значеніе справедливости противъ строгаго *ius civile*<sup>15</sup>. У Римлянъ существовала противоположность между правомъ законодательнаго происхожденія (строгимъ *ius civile*) и судебнымъ правомъ (преторскимъ правомъ). Важнѣйшая изъ преторскихъ эксцепцій—*exc. doli*<sup>16</sup>, которую теперь подраздѣляютъ на *exc. doli specialis (s. praeteriti)* и *generalis (s. praesentis)*; *exc. d. specialis* состоитъ въ ссылкѣ на обманъ со стороны истца при *установленіи* права<sup>17</sup>; отвѣтчикъ утверждаетъ, что правоотношеніе возникло порочнымъ образомъ (§ 51); *exc. d. generalis* утверждаетъ, что хотя правоотношеніе, предъявленное къ разбирательству въ судѣ, и не было вызвано обманомъ, но въ настоящемъ предъявленіи иска заключается *dolus*<sup>18</sup>: *etsi inter initia nihil fecit dolose, attamen nunc petendo facit dolose*, поэтому, напр., вивдикаціи собственника можно противопоставить *exc. doli*, если онъ до предъявленія иска не возвратилъ отвѣтчику нѣкоторыхъ издер-

<sup>12</sup> l. 4. §§ 27—29. 31. 33. D. de doli exc. 44, 4.—<sup>12а</sup> l. 4. § 29. D. de d. m. exc. 44, 4.—<sup>13</sup> l. 4. § 32. D. de doli exc. 44, 4; l. 21. D. de pr. verb. 19, 5; § 1. I. h. t. 4, 13.—<sup>14</sup> § 7. I. h. t. 4, 13.—<sup>15</sup> l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; пр. §§ 1—5. I. h. t. 4, 13.—<sup>16</sup> t. D. 44, 4: de doli mali et metus exceptione.—<sup>17</sup> l. 2. пр. § 1. D. h. t. 44, 4.—<sup>18</sup> l. 2. §§ 3. 5. l. 8. l. 12. D. h. t. 44, 4.



жекъ (§ 153).—Въ эпоху формулярнаго процесса *exc. doli generalis* часто вставлялась въ формулу лишь для того, чтобъ общимъ выраженіемъ объять всѣ возможныя эксцепціи, которыми можетъ воспользоваться отвѣтчикъ; ибо *dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit*<sup>19</sup>; такимъ образомъ *exc. doli generalis* служила суррогатомъ какой угодно специальной эксцепціи.

Такъ какъ теперь всякое возраженіе должно быть тотчасъ же обосновано фактами, то *exc. doli generalis* служить только для обозначенія тѣхъ эксцепцій, для коихъ нѣтъ специального наименованія.

**Д. Давность эксцепцій.** Не подлежитъ сомнѣнію, что то лицо, которое имѣетъ для своей защиты не искъ, а только эксцепцію (напр., вѣритель по *obligatio naturalis*, управомоченный на *exc. pacti de non petendo*), не теряетъ послѣдней по давности; это потому, что осуществленіе эксцепціи лежитъ не въ его волѣ, а въ волѣ противника, который можетъ откладывать предьявленіе иска, сколько ему угодно<sup>20</sup>. Но между юристами существуетъ споръ, принадлежитъ ли еще эксцепція тому лицу, которое имѣло въ своемъ распоряженіи и искъ и эксцепцію, если искъ его погашенъ давностью; утвердительный отвѣтъ обыкновенно выражается словами: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*; отрицательный отвѣтъ французскіе юристы выражаютъ такъ: *tant dure l'action, tant dure l'exception*. По правильному мнѣнію, при рѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ основываться на сущности того права, изъ котораго возникаютъ искъ и эксцепція; если это—вещное право, то эксцепція продолжаетъ существовать и послѣ погашенія иска, потому что продолжаетъ существовать и само вещное право; если это—обязательство, то давность иска прекращаетъ и само обязательство (§ 91), стало быть, перестаетъ существовать и эксцепція<sup>21</sup>.

**Е. Нападки на эксцепцію.** Нѣкоторыя новѣйшія сочиненія содержатъ въ себѣ нападки на *exsertio*; они объявляютъ этотъ институтъ несостоятельнымъ и заслуживающимъ порицанія; или данное притязаніе существуетъ, или его нѣтъ, но нелѣпо полагать, что оно существуетъ и тѣмъ не менѣе не можетъ проявить своего дѣйствія,

<sup>19</sup> l. 2. § 5. D. h. t. 44, 4. — <sup>20</sup> l. 5. § 6. de doli exc. 44, 4. — <sup>21</sup> cf. l. 9. § 4. D. de iurei. 12, 2.



встрѣчаетъ преграды для своего осуществленія; объясняется это странное понятіе противоположностью цивильнаго и преторскаго права; *exceptiones* ведутъ свое происхожденіе главнымъ образомъ отъ преторскаго права, но и тѣ эксцепціи, относительно которыхъ этого нельзя утверждать, получили практическое значеніе благодаря претору (благодаря тому, что онъ удѣлилъ имъ мѣсто въ формулѣ); теперь, въ виду прекращенія противоположности между преторскимъ и цивильнымъ правомъ, *exceptio* является полнымъ анахронизмомъ, совсѣмъ мертвымъ понятіемъ. Въ этомъ разсужденіи почти все неправда. Нѣтъ ничего нелѣпаго въ томъ, что притязаніе существуетъ, но встрѣчаетъ преграду для своего осуществленія; доказательствомъ противнаго можетъ служить всякая отлагательная *exceptio* (ср. выше sub B. 1); но даже и по отношенію къ разрушительнымъ возраженіямъ этого нельзя сказать, какъ это видно изъ возраженія компенсаціи, ибо пользованіе или непользованіе возможностью зачета встрѣчнаго требованія противъ требованія истца предоставлено на усмотрѣніе отвѣтчика, и всякое законодательство, которое желаетъ предоставить какое либо средство защиты на усмотрѣніе управомоченнаго, по необходимости обратится къ понятію эксцепціи (напр., возраженіе исковой давности, *exc. seti Macedoniani*, воспользоваться которою, какъ извѣстно, люди, цѣнящіе свою хозяйственную репутацію, не легко рѣшаются). Поэтому неправильно видѣть основаніе эксцепцій въ противоположности цивильнаго и преторскаго права и считать ихъ анахронизмомъ влѣдствіе устраненія этой противоположности; напротивъ, понятіе эксцепціи имѣетъ внутреннее основаніе и оправданіе, а потому оно и теперь не лишено значенія. Можно признать лишь слѣд. два пункта: во первыхъ, что нѣкоторыя эксцепціи дѣйствительно основаны на названной противоположности; во вторыхъ, что границы области примѣненія эксцепціи измѣнчивы; то же обстоятельство, которое одно позитивное законодательство признаетъ основаніемъ для эксцепціи, можетъ быть возведено другимъ позитивнымъ законодательствомъ въ основаніе прямого уничтоженія права. Поэтому въ нѣкоторыхъ случаяхъ, гдѣ по римскому праву примѣнялась *exceptio*, косвенное прекращеніе (*ope exceptionis*), теперь признается прямое прекращеніе (*ipso iure*), ср. § 59 въ концѣ, § 171 пр. 4, но также § 268 sub 2.



### III. § 93. Replicatio, duplicatio и т. д.

*Savigny*, § 229.—*Vangerow*, § 157.—*Windscheid*, § 48.

Какъ отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ иска, такъ можетъ и истецъ защищаться противъ *exsertio*: онъ можетъ или отрицать ее, или противопоставить ей *exsertio exsertionis*, чтобы устранить ея дѣйствіе и сохранить силу иска. Это возраженіе на возраженіе называется *replicatio* (опроверженіе, реплика)<sup>1</sup>. Отвѣтчикъ въ свою очередь можетъ отрицать *replicatio* или противопоставить ей *exc. replicationis*, которая называется *duplicatio*. Затѣмъ идетъ *triplicatio*, *quadruplicatio* и т. д.<sup>2</sup>

### IV. Начало процесса (*litiscontestatio*).

*Keller*, über *Litiscontestatio* und *Urtheil* nach *classischem Römischem Recht*. 1827.—*Buchka*, die *Lehre vom Einfluss des Processes* auf das *materielle Rechtsverhältniss*. 2 тома. 1846. 1847.—*Wächter*, *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würtembergischen Privatrecht*. 3. 1846.—*Bekker*, die *processualische Consumtion im classischen Römischen Recht*. 1853.—*Krüger*, die *processualische Consumtion und die Rechtskraft des Erkenntnisses*. 1864.—*Wieding*, der *Justinianische Libellprocess*. § 13. 1865.—Ср. сверхъ того лит. къ § 79.—*Savigny*, §§ 256—279.—*Vangerow*, §§ 159. 160.—*Windscheid*, §§ 124—126. 128.—*Brinz*, §§ 93. 95. 100.—*Baron*, § 210.—*Regelsberger*, § 194.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Съ началомъ процесса связаны важныя послѣдствія для правоотношенія сторонъ; они вытекаютъ изъ того, что, вслѣдствіе несогласія отвѣтчика съ доводами и требованіями противника, искъ долженъ подвергнуться разбирательству судьи, и лишь послѣ окончанія послѣдняго можетъ быть постановлено рѣшеніе; поэтому, слѣдуетъ заботиться, съ одной стороны, чтобы эта отсрочка рѣшенія не причинила истцу незаслуженныхъ убытковъ, съ другой стороны, чтобы предоставленіемъ излишнихъ преимуществъ истцу не побуждать отвѣтчика безъ защиты отказаться отъ права, которое онъ себѣ приписываетъ<sup>1</sup>.—Слѣдуетъ отвѣтить на два вопроса: 1) какой моментъ считается началомъ процесса? (§ 94). 2) Какія послѣдствія соединяются съ этимъ моментомъ? (§ 95).

<sup>1</sup> 1. 2. § 1. 1. 22. D. de *exc.* 44, 1; *pr.* I. de *repl.* 4, 14.—<sup>2</sup> §§ 1. 2. I. de *repl.* 4, 14.

<sup>1</sup> 1. 40. *pr.* i. f. D. de *h. p.* 5, 3; 1. 63. D. de *r. i.* 50, 17.



### А. § 94. Какой моментъ считается началомъ процесса?

По р. пр., процессъ признается начавшимся, когда изъявлена воля обѣихъ сторонъ предоставить рѣшеніе взаимнаго спора судебному разбирательству. Моментъ, въ который процессъ признается начавшимся, источники называютъ: *litis contestatio*; обѣ истцѣ говорится: *actor litem contestatur cum teo*, а по отношенію къ отвѣтчику обычно выраженіе „*iudicium accipere*“. Выраженіе „*litis contestatio*“ произошло отъ того, что въ періодъ *legis actiones* (а можетъ быть еще и во время формулярнаго процесса) при окончаніи производства *in iure* обѣ стороны призывали свидѣтелей<sup>2</sup>, чтобы впослѣдствіи въ случаѣ нужды удостовѣрить предъ судьей, какъ дѣло происходило *in iure*. Послѣ того какъ этотъ актъ вышелъ изъ употребленія, тѣ послѣдствія, которыя были съ нимъ соединены, присвоили окончанію производства *in iure*: выдачѣ формулы<sup>3</sup>. Когда затѣмъ всѣ гражданскіе процессы стали производиться въ формѣ *extraordinariae cognitiones* (§ 84 sub 3), то литисконтестаціею называли первые устные переговоры въ судѣ, которые наступали послѣ (устнаго или письменнаго) предъявленія иска и въ которыхъ обѣ стороны подробно мотивировали свои противоположныя требованія<sup>4</sup>: *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*, стало быть, *cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*.

Актъ литисконтестаціи рѣзче выдѣлялся въ каноническомъ процессѣ; прочитавъ исковое прошеніе, судья обращался къ истцу съ вопросомъ, остается ли онъ при своемъ искѣ, и если истецъ отвѣчалъ утвердительно (обыкновенно словами: *peto litem contestando quae in libello meo continentur*), то отвѣтчикъ возражалъ противъ искового требованія въ общихъ выраженіяхъ (обыкновенно: *litem contestando nego narrata prout narrantur et dico petita fieri non debere*, или: *hoc quod petit actor a me vel proponit contra me, ego nego ita esse rem*), и затѣмъ лишь слѣдовало въ дальнѣйшіе сроки болѣе подробное разслѣдованіе отдѣльныхъ утвержденій истца<sup>5</sup>. Подобное же постановляется и въ имп. законахъ 16-го вѣка<sup>6</sup>, которые для *litiscontestatio* употребляютъ выраженіе «*Kriegsbefestigung*». Этотъ порядокъ былъ измѣненъ, когда послѣдній *Reichsabschied*

<sup>2</sup> Paul. Diac. ex Festo s. v. contestari.—<sup>3</sup> cf. l. 24. § 3. D. de lib. c. 40, 12; l. 28. § 4. D. de iud. 5, 1; l. 1. § 2. D. de fer. 2, 12.—<sup>4</sup> l. un. C. de litisc. 3, 9; l. 14. § 1 (въ изданіи Крюгера § 4). C. de iud. 3, 1; l. 2. C. de iurei. propter cal. 2, 58.—<sup>5</sup> c. un. X. de lite c. 2, 5; c. 62. X. de app. 2, 28; c. 1. c. 2. in VI. de l. c. 2. 3. — <sup>6</sup> KGO. 1500. Tit. 12. § 2; KGO. 1507. Tit. 1. § 4; KGO. 1523. Tit. 3. § 3; KGO. 1555. Tit. 13. § 4.



1654 г. § 37 постановилъ, что отвѣтчикъ тотчасъ же въ первый срокъ долженъ дать опредѣленные отвѣты на всѣ содержащіяся въ искѣ факты, а равно и предъявить всѣ эксецции, и когда вышло изъ употребленія устное чтеніе искового прошенія; такъ какъ теперь первый срокъ сталъ признаваться отбытымъ, когда высказался отвѣтчикъ, то *litiscontestatio* была перенесена на отвѣтъ отвѣтчика, въ которомъ онъ возражалъ на искъ; въ послѣдствіи, когда письменное судопроизводство стало господствующимъ, роль *litiscontestatio* играло первое письменное заявленіе отвѣтчика, въ которомъ онъ возражалъ на искъ (т. н. *Exceptionsschrift*). Но нѣкоторые изъ авторитетныхъ новыхъ юристовъ думаютъ, что этотъ моментъ не годится для того, чтобы съ нимъ связывать послѣдствія римской *litis contestatio*, и выбираютъ для этого моментъ сообщенія иска отвѣтчику; иначе говоря, процессъ долженъ считаться начавшимся не тогда, когда *обѣ стороны* заявили свое рѣшеніе подвергнуть споръ судебному разбирательству, а уже съ того момента, когда такое заявленіе *истца* сообщено отвѣтчику. Это мнѣніе возведено въ законъ по *Reichscivilprozessordnung* §§ 239. 230 (ср. ниже § 95 кон.). Поэтому начало процесса теперь состоитъ не въ двустороннемъ дѣйствіи сторонъ, а въ одностороннемъ дѣйствіи истца; въ сообщеніи иска отвѣтчику судебнымъ приставомъ по порученію истца или судебного писца.

### В. § 95. Послѣдствія начала процесса.

То изъ послѣдствій *litiscontestatio*, которому въ классическое время принадлежало самое важное значеніе, въ правѣ Юстиніана (и въ нынѣшнемъ правѣ) уже почти не существуетъ; это—такъ наз. процессуальное поглощеніе (консумція). Въ періодъ классическій существовало правило: *de eadem re ne bis sit actio*<sup>1</sup>; путемъ *litiscontestatio* искъ считается осуществленнымъ, стало быть и поглощеннымъ (консумированнымъ); такого иска уже предъявить болѣе нельзя<sup>2</sup>, хотя бы настоящій процессъ прекратился безъ рѣшенія (напр., вслѣдствіе давности процесса, § 86 кон.), или его исходъ былъ неблагопріятенъ для истца вслѣдствіе *pluspetitio* или *exc. dilatoria*<sup>3</sup> (§ 92 пр. 8); если искъ тѣмъ не менѣе представляется вновь, то отвѣтчикъ можетъ защищаться или посредствомъ *litis contestatio negativa*, или посредствомъ *exceptio rei in iudicium deductae*, а если уже было постановлено рѣшеніе, то посредствомъ *exc. rei iudicatae* въ ея т. н. *отрицательной функціи*<sup>4</sup> (о положительной функціи ср. § 97 sub II. 2). Процессуальная

<sup>1</sup> Quinctilian. inst. or. VII, 6, 1; decl. 266.—<sup>2</sup> Gai. 4, 108; 3, 180.—<sup>3</sup> Gai. 4, 123.—<sup>4</sup> Gai. 4, 106; l. 22. § 8. D. rat. rem 46, 8.—<sup>5</sup> l. 73. §§ 2. 5. C. de iud. 3, 1.—<sup>6</sup> arg. l. 4. C. de pact. 2, 3.



консумція была устранена отчасти обычнымъ правомъ, но главнымъ образомъ императорскими законами; такъ, напр., неуспѣхъ истца вслѣдствіе преждевременнаго предъявленія иска не влечетъ уже за собою недопустимости новаго иска<sup>7</sup>; можно также предъявить искъ сначала противъ одного корреального должника, а затѣмъ противъ другого, сначала—противъ должника, а затѣмъ противъ поручителя<sup>8</sup>. Въ правѣ Юстиніана (и нынѣшнемъ) остались лишь ничтожные слѣды процессуальной консумціи, напр., въ томъ положеніи (впрочемъ, оспариваемомъ<sup>9а</sup>), что если судья приговоритъ отвѣтчика только къ платежу капитала, а обойдетъ проценты, то послѣднихъ уже болѣе нельзя отыскивать судомъ (§ 42 пр. 20), далѣе, въ томъ положеніи, что присужденнаго отвѣтчика впредь можно преслѣдовать только посредствомъ *actio iudicati*, но не посредствомъ прежняго иска<sup>9б</sup>. — Оставшіяся въ дѣйствіи послѣдствія *litiscontestatio* суть слѣдующія:

I. *Послѣдствія по отношенію къ основанію иска.* Существуютъ слѣд. правила:

1. Основаніе иска, т. е. право, на которое истецъ опираетъ свой искъ, должно уже быть на лицо во время *litiscontestatio*; если же оно возникаетъ лишь во время процесса (т. н. *causa superveniens*), то истецъ получаетъ отказъ въ искѣ, но можетъ преслѣдовать свое право въ новомъ процессѣ<sup>10</sup>.

По праву каноническому<sup>11</sup>, въ одномъ случаѣ *causa superveniens* помогаетъ истцу выиграть дѣло и въ настоящемъ процессѣ, а именно, если истецъ предъявилъ вещный искъ, не поименовавъ въ немъ своего способа пріобрѣтенія; это исключеніе теперь не существуетъ, потому что, по *Reichs-civilprocessordnung* § 230, основаніе притязанія должно быть указано въ искѣ (ср., впрочемъ, § 97 текетъ послѣ пр. 25).

2. Основаніе иска должно существовать и во время постановленія рѣшенія; если же оно уничтожается между *litiscontestatio* и рѣшеніемъ, то истцу въ искѣ отказывается<sup>12</sup>. Это положеніе очень спорно; оно, повидимому, не примѣнялось въ древнее время при *stricti iuris actiones* (§ 84 sub 5), такъ какъ въ этихъ искахъ, по мнѣнію прокуліанцевъ, отвѣтчикъ присуждался даже въ

<sup>7</sup> § 10. I. de exc. 4, 13; § 33. I. de act. 4, 6; l. 2. пр. C. de plus pet. 3, 10.—<sup>8</sup> l. 28. C. de fidei. 8, 41.—<sup>9</sup> l. 2. l. 16. D. de duob. reis 45, 2; l. 5. D. de fidei. 46, 1.—<sup>9а</sup> По поводу l. 23. D. de exc. rei iud. 44, 2.—<sup>9б</sup> § 5. I. de exc. 4, 13.—<sup>10</sup> l. 23. l. 35. D. de iud. 5, 1; l. 11. §§ 4. 5. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>11</sup> c. 3. in VI. de sent. 2, 14.—<sup>12</sup> l. 64. D. de usufr. 7, 1; l. 7. § 7. D. ad exh. 10, 4; l. 13. пр. i. f. D. iud. solv. 46, 7.



томъ случаѣ, если онъ до постановленія рѣшенія добровольно удовлетворялъ истца<sup>13</sup>; но впослѣдствіи оно получило значеніе общаго правила, а мнѣніе прокуліанцевъ было отвергнуто<sup>14</sup>; поэтому, напр., отвѣтчикъ освобождается отъ иска, если заключить послѣ *litiscontestatio* мировую сдѣлку съ истцомъ (хотя бы въ судебную)<sup>15</sup>.—Но изложенное правило ограничено слѣд. изъятіями, обусловленными продолжительностью процесса:

а. *Litiscontestatio*, по правильному мнѣнію, не прерываетъ приобрѣтательной давности (§ 146); но если отвѣтчикъ приобрѣтетъ отыскиваемую вещь по давности во время процесса, и, слѣдовательно, истецъ лишится основанія своего иска, то все-таки наступаетъ присужденіе отвѣтчика<sup>16</sup>; приобретенное по давности причисляется къ *omnis causa*, которую отвѣтчикъ обязанъ выдать<sup>17</sup> (ср. ниже II. а).

б. Если отыскиваемая вещь погибаетъ вслѣдствіе *casus*, то, по господствующему мнѣнію, слѣдуетъ дѣлать различіе при вещныхъ искахъ—между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, при личныхъ—между должникомъ *in mora* и должникомъ не *in mora* (§ 240): первые въ случаѣ *casus* присуждаются, вторые освобождаются. Но правильнѣе признать, что обсужденіе *casus*'а было спорно между самими римскими юристами<sup>21</sup> и что противорѣчіе оказалось и въ сводѣ Юстиніана; дѣйствительно, нѣкоторые юристы дѣлали различіе, выставленное господствующимъ мнѣніемъ<sup>22</sup>, но другіе, не обращая вниманія на добросовѣстность и *mora*, требовали присужденія всякаго отвѣтчика въ томъ случаѣ, если бы вещь не подверглась тому же *casus* у истца, будучи передана ему во время *litiscontestatio* (напр., если бы истецъ продалъ вещь<sup>23</sup>); послѣдняя теорія заслуживаетъ предпочтенія: съ одной стороны, несправедливо, чтобы истецъ лишался своего права единственно вслѣдствіе продолжительности процесса, но, съ другой

<sup>13</sup> Gai. 4, 114; l. 84. D. de v. o. 45, 1.—<sup>14</sup> § 2. l. de perp. et temp. a. 4, 12; l. 5. D. de publ. 39, 4.—<sup>15</sup> l. 23. § 3. D. de c. i. 12, 6.—<sup>16</sup> l. 14. pr. D. de cond. furt. 13, 1.—<sup>17</sup> l. 37. § 6. D. de op. lib. 38, 1.—<sup>18</sup> ll. 18—21. D. de r. v. 6, 1; l. 2. § 21. D. pro emt. 41, 4; l. 2. D. pro her. 41, 5.—<sup>19</sup> § 3. l. de off. iud. 4, 17; l. 35. D. de v. s. 50, 16.—<sup>20</sup> l. 8. § 4. D. si serv. vind. 8, 5.—<sup>21</sup> l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1 (plerique aiunt...); l. 8. D. de re iud. 42, 1.—<sup>22</sup> l. 40. D. de h. p. 5, 3; l. 12. § 3. D. dep. 16, 3.—<sup>23</sup> l. 15. § 3. D. de r. v. 6, 1; l. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 14. § 11. D. quod met. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4.



стороны, несправедливо и то, чтобы онъ отъ этого получилъ какую либо выгоду.

с. Если право иска неразрывно соединено съ опредѣленнымъ лицомъ и поэтому не переходитъ по наслѣдству съ активной стороны (какъ, напр., act. vindictam spirantes) или съ пассивной (какъ, напр., штрафные иски), то *litiscontestatio* измѣняетъ природу иска (§ 267 пр. 2), вслѣдствіе чего процессъ безъ всякихъ ограниченій переходитъ на наслѣдниковъ вѣрителя (съ активной стороны) и на наслѣдниковъ должника (съ пассивной стороны, (§ 81. 82).

д. Если кто предъявить искъ противъ другого лица о выдачѣ его обогащенія (ср. въ особенности § 280 слѣд.), то для обсужденія вопроса, обогатилось ли другое лицо или нѣтъ, рѣшающимъ моментомъ служить время *litiscontestatio* <sup>24</sup>.

е. Новое изъятіе введено РСРО § 236: отчужденіе спорной вещи и цессія спорнаго притязанія не оказываютъ никакого вліянія на исходъ процесса (см. еще sub IV); слѣд., истцу не можетъ быть отказано въ искѣ вслѣдствіе того, что онъ отчуждилъ вещь или совершилъ цессію требованія во время процесса. Изъятіе отсюда см. въ § 238 РСРО.

II. *Послѣдствія по отношенію къ размѣру присужденія.* Здѣсь примѣняются слѣд. правила:

а. Отвѣтчикъ кромѣ главнаго предмета обязанъ выдать еще *omnis causa* за время послѣ начала процесса; источники <sup>30</sup> опредѣляютъ *omnis causa*, какъ *omne, quod habiturus esset actor, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita (exhibita) fuisset*; точнѣе опредѣляютъ ее, какъ выгоду, которую отвѣтчикъ получилъ отъ спорнаго предмета <sup>31</sup>, въ частности: извлеченные имъ плоды, родившееся отъ рабыни дитя <sup>32</sup>, приобрѣтенное по давности <sup>33</sup>, вознагражденіе, которое онъ получилъ за поврежденіе вещи <sup>34</sup>.

<sup>24</sup> 1. 37. пр. § 1. D. de neg. gest. 3, 5; 1. 20. D. quod met. 4, 2; 1. 34. пр. D. de min. 4, 4; 1. 7. пр. § 3. D. de d. i. v. et. u. 24, 1; 1. 47. D. de sol. 46, 3.—<sup>25</sup> 1. 27. § 1. l. 42. D. de r. v. 6, 1; 1. 4. l. 18. § 1. l. 41. пр. D. de r. v. 6, 1; 1. 30 пр. D. de pec. 15, 1; 1. 1. § 21. D. dep. 16, 3; 1. 7. §§ 4—6. l. 8. l. 11. § 3. D. ad. exh. 10, 4.—<sup>26</sup> 1. 30. пр. D. de pec. 15, 1; 1. 7. § 15. D. qu. ex c. in poss. 42, 4; 1. 5. § 2. D. de lib. leg. 34, 3; 1. 35. D. de fid. 46. 1.—<sup>27</sup> 1. 9. §§ 3. 5. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>28</sup> 1. 17. D. mand. 17, 1.—<sup>29</sup> 1. 15. пр. 1. 53. D. sol. matr. 24, 3; 1. 63. § 6. D. pro soc. 17, 2.—<sup>30</sup> 1. 20. D. de r. v. 6, 1; 1. 31. пр. D. de r. c. 12, 1; 1. 35. D. de v. s. 50, 16; § 3. I. de off. iud. 4, 17.—<sup>31</sup> 1. 20. D. de r. v. 6, 1; 1. 5. § 4. D. si usufr. pet. 7, 6.—<sup>32</sup> 1. 12. пр. D. quod met. 4, 2; 1. 2. l. 38. § 7. D. de usur. 22, 1, 1. 35. § 1. D. de r. v. 6, 1.—<sup>33</sup> § 3. I. de off. iud. 4, 17; 1. 35. D. de v. s. 50, 16.—<sup>34</sup> 1. 1. § 16. D. si quadr. 9, 1; cf. 1. 37. l. 38. пр. D. de nox. act. 9, 4; 1. 17. § 1. D. de r. v. 6, 1.



b. Отвѣтчикъ отвѣчаетъ за *dolus* и *culpa* всякаго рода (какъ *in faciendo*, такъ и *in non faciendo*) и всякой степени (какъ за *culpa lata*, такъ и за *levis*) и обязанъ вознаградить за всякую гибель или поврежденіе спорной вещи, происшедшія по его винѣ<sup>35</sup>. Поэтому отвѣтчикъ обязанъ также вознаградить и за упущенные плоды (*fructus percipiendi*)<sup>36</sup>; ибо упущеніе извлеченія естественныхъ плодовъ во всякомъ случаѣ есть нерадѣніе. Если предметъ иска—денежная сумма, то возникаетъ вопросъ, платить ли отвѣтчикъ проценты со времени *litiscontestatio*, хотя бы онъ не былъ *in mora* (т. н. процессуальные проценты)? По этому вопросу происходили споры уже во время глоссаторовъ, но его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ, потому что источники какъ въ принципѣ<sup>37</sup>, такъ и въ примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ<sup>38</sup> приравниваютъ проценты (въ качествѣ юридическихъ плодовъ) къ естественнымъ плодамъ.

Два обстоятельства заслуживаютъ еще особаго вниманія: во первыхъ, въ случаѣ предьявленія *hereditatis petitio*, по *set. Iuvenianum* (§ 432), изложенныя выше *sub II.* правила примѣняются не съ момента *litiscontestatio*, а уже съ момента сообщенія иска отвѣтчику (*litisdenuntiatio*)<sup>39</sup>. Во вторыхъ, добросовѣстный владѣлецъ относительно размѣра спорнаго предмета съ момента *litiscontestatio* обсуждается по тѣмъ же правиламъ, что и недобросовѣстный; источники въ нѣсколькихъ мѣстахъ<sup>40</sup> выражаютъ это неточнымъ образомъ, говоря, что послѣ сообщенія иска всякій отвѣтчикъ становится недобросовѣстнымъ, между тѣмъ какъ справедливымъ можно признать лишь-то положеніе, что послѣ сообщенія иска у отвѣтчика является сознаніе, что онъ можетъ, пожалуй, проиграть дѣло и лишиться спорной вещи<sup>41</sup>.

III. *Послѣдствія по отношенію къ продолженію существованія иска.* По классическому римскому праву *litiscontestatio* прерываетъ теченіе исковой давности; уже выше мы указали (§§ 88), что это послѣдствіе въ по-классическомъ (и нынѣшнемъ) правѣ связано уже съ сообщеніемъ иска отвѣтчику.

<sup>35</sup> l. 21. l. 33. l. 36. § 1. l. 45. D. de r. v. 6, 1.—<sup>36</sup> Paul. sent. rec. I. 13 B. § 9; l. 25. § 4. D. de h. p. 5, 3; § 2. l. de off. iud. 4, 17; l. 5. C. de r. v. 3, 32.—<sup>37</sup> l. 34. D. de usur. 22, 1.—<sup>38</sup> l. 20. § 11. l. 51. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 1. § 2. C. eod. 3, 31; l. 1. l. 2. l. 4. C. de usur. et fruct. 6, 47.—<sup>39</sup> l. 20. §§ 6. 11. l. 25. § 7. D. de h. p. 5, 3.—<sup>40</sup> l. 20. § 11. l. 25. § 7. l. 31. § 3. D. de h. p. 5, 3.—<sup>41</sup> l. 10. C. de a. p. 7, 32; l. 2. C. de fruct. 7, 51.



IV. *Послѣдствія по отношенію къ объекту иска.* Объектъ иска дѣлается спорнымъ (*res litigiosa*), и если споръ идетъ о правѣ собственности или общей собственности на тѣлесную вещь, или о правѣ требованія, то, по позднѣйшему римскому законодательству, отчужденіе спорной вещи запрещается<sup>42</sup>; нарушающихъ эту норму постигаетъ денежный штрафъ. Спорность вещи началась, по праву до-юстиніанову, съ момента *litiscontestatio*<sup>43</sup>, а Юстиніанъ на случай спора о правѣ собственности на мѣсто *litiscontestatio* поставилъ сообщеніе иска отвѣтчику<sup>44</sup>. Это запрещеніе отмѣнено RCPD § 236, по которому процессъ не исключаетъ для обѣихъ сторонъ права отчудить спорную вещь или уступить спорное требованіе; отчужденіе или цессія не оказываетъ никакого вліянія на процессъ; но рѣшеніе по отношенію къ предмету иска (а не по отношенію къ судебнымъ издержкамъ) признается исполнимымъ и противъ преемниковъ въ правѣ.

V. Правила sub I—III должны служить руководствомъ для судьи; ихъ примѣненіе зависитъ въ значительной степени отъ добросовѣстности и разсудительности судьи, а также и отъ убѣдительности доводовъ сторонъ. Но, каковъ бы исходъ процесса (рѣшеніе) ни получился, примѣнены ли означенныя правила, или нѣтъ: во всякомъ случаѣ стороны обязаны подчиняться содержанію рѣшенія. Это обязательство выражено въ источникахъ<sup>47</sup> словами: *iudicio contrahitur*, а для отвѣтчика источники выводятъ изъ *litiscontestatio—obligatio condemnari oportere*<sup>48</sup> (§ 267). Такъ какъ основаніемъ этого обязательства нельзя считать волю сторонъ, то нѣкоторые романисты признаютъ *litiscontestatio* за нѣчто похожее на договоръ, за т. н. *quasi-контрактъ* (§ 209 sub C).—

Мы видѣли, что въ древнемъ правѣ всѣ исчисленныя послѣдствія были связаны съ *litiscontestatio*, но что въ позднѣйшемъ, а отчасти даже и въ классическомъ правѣ мѣсто *litiscontestatio* въ этомъ отношеніи заняло сообщеніе иска отвѣтчику (ср. Nr. II. кон. III. IV). Слѣдуя далѣе въ томъ же направленіи, новые юристы требуютъ, чтобы сообщеніе иска во *всѣхъ* отношеніяхъ заняло мѣсто *litiscontestatio*. Цѣлесообразность этого требованія не

<sup>42</sup> l. 3. D. de litig. 44, 6; l. 9. D. fin. reg. 10, 1; l. 13. l. 26. § 6. D. fam. enc. 10, 2; Gai. 4, 117a; fr. de iure fisci § 8; l. 3. l. 4. C. de lit. 8, 36; Nov. 112. c. 1.—<sup>43</sup> l. 13. D. fam. enc. 10, 2; l. 1. D. de lit. 44, 6; l. 2. l. 4. C. de lit. 8, 36.—<sup>44</sup> Nov. 112. c. 1.—<sup>45</sup> l. 4. C. de lit. 8, 36; Nov. 112. c. 1.—<sup>46</sup> l. 13. D. fam. enc. 10, 2.—<sup>47</sup> l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1; l. 22. D. de tutelae 27, 3; Cic. de leg. III. 3, 6.—<sup>48</sup> Gai. 3, 180.



подлежит сомнѣнію съ законодательной точки зрѣнія: благоприятныя послѣдствія для истца, приуроченныя къ *litiscontestatio*, не должны парализоваться временемъ, слѣдующимъ за сообщеніемъ иска и часто зависящимъ отъ произвола отвѣтчика (испрашиваніе сроковъ, возраженія о неподсудности) или случая. Поэтому, приведенное воззрѣніе получило признаніе практики и возведено въ законъ RCPD § § 239. 230; сообщеніе иска называется въ RCPD *Zustellung*.

## V. § 96. Доказываніе.

t. D. XXII, 3: de probationibus et praesumptionibus.—t. C. IV. 19: de probationibus.—*Weber*, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess. 2. Ausg. 1832.—*Gerber*, Beiträge zur Lehre von dem Klaggrunde und der Beweislast. 1858.—*Langenbeck*, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 3. Abth. 1858 — 1861.—*Endemann*, die Beweislehre des Civilprocesses. 1860.—*Maxen*, über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861.—*Burckhard*, die civilistischen Präsumtionen. 1866.—v. *Scheurl*, z. L. v. d. Nebenbestimmungen. §§ 89. 90 (Nebenbest. als Gegenstände des Rechtsstreits). 1871.—*Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. §§ 20. 25. 1888.—*Vangerow*, §§ 161—171.—*Windscheid*, § 133.—*Baron*, § 211.—*Bekker*, § 116. Beil. III.—*Regelsberger*, § 195.

Разъ процессъ начался, то рѣшеніе его зависитъ прежде всего отъ того, убѣждается ли судья въ истинѣ или вѣроятности утвержденныхъ, которыя приводятся тою или другою стороною въ оправданіе ея требованій. Доставленіе судѣ основаній для убѣжденія въ истинѣ выставленныхъ въ процессѣ утвержденныхъ называется *доказываніемъ* послѣднихъ; иногда признается достаточнымъ доставленіе основаній для признанія вѣроятности извѣстнаго утвержденія. Ученіе о доказываніи разсматривается въ матеріальномъ правѣ съ двухъ сторонъ: со стороны положеній, требующихъ доказыванія, и со стороны обязанности доказывать.

**I. Положеніе, требующее доказыванія** (такъ наз. *thema probandum*). Подлежатъ доказыванію тѣ факты, которые недостоверны.

1. **Факты.** Нормы права не нуждаются въ доказательствахъ: *iura novit curia*; но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отъ судьи нельзя требовать знанія нормъ права (какъ это бываетъ по отношенію къ обычному праву, къ иностранному праву), судья можетъ обратиться за содѣйствіемъ къ заинтересованной сторонѣ (§ 4 sub III. § 5 sub 2).

2. **Недостоверныя факты.** Не нуждаются въ доказательствахъ:



а. безспорные факты: они достовѣрны. Не подлежатъ спору т. н. *facta notoria*, общеизвѣстные факты<sup>1</sup>, т. е. такіе факты, которые очевидны для суда: ихъ оспариваніе указывало бы только на желаніе затруднить ходъ дѣла или на грубое невѣдѣніе<sup>2</sup>. Далѣе, не требуютъ доказыванія такіе факты, которые нормою права признаны не подлежащими спору, т. е. такіе, для которыхъ существуетъ такъ наз. *praesumptio iuris et de iure* (sc. *contrario probationem non admittens*), неопровержимое предположеніе права. *Такихъ неопровержимыхъ предположеній права* не много; примѣромъ можетъ служить предположеніе, что ребенокъ, родившійся по прошествіи десяти мѣсяцевъ послѣ прекращенія брака, рожденъ не отъ прежняго мужа<sup>3</sup>. Гораздо чаще встрѣчаются *опровержимыя предположенія права*, т. н. *praesumptiones iuris*, т. е. предположенія о дѣйствительности факта на основаніи нормы права, но такія предположенія, которыя допускаютъ доказательство противнаго; напр., предположеніе *существованія* права, *установленіе* котораго доказано<sup>4</sup>, *наличности общихъ* условій дѣйствительности сдѣлки (напр., дѣеспособности сторонъ<sup>5</sup>), *наличности bona fides*<sup>6</sup>, правило: *pater est quem nuptiae demonstrant*<sup>7</sup> и т. п.<sup>8</sup>. Эти предположенія права установлены съ тою цѣлью, чтобъ устранить трудность доказыванія въ отдѣльныхъ случаяхъ; норма права предписываетъ, чтобы то, что обыкновенно бываетъ, признавалось за доказанное. Съ означенными видами предположеній нельзя смѣшивать т. н. *praesumptiones hominis s. facti*; это только данныя, дѣлающія извѣстное обстоятельство болѣе или менѣе вѣроятнымъ<sup>10</sup>, напр., *cautio indiscreta* (§ 231).

б. Неоспариваемые факты, т. е. тѣ факты, которые не возбуждаютъ спора между сторонами; фактъ, признанный одною стороною въ пользу другой, считается неоспариваемымъ; для силы судебного признанія не требуется его принятія<sup>10а</sup>. Отъ такого призна-

<sup>1</sup> с. 3. X. de test. 2, 21; Reichsivilprozessordnung § 264.—<sup>2</sup> 17. C. 2. qu. 1; с. 8. с. 10. X. de cohab. cler. 3, 2; с. 15. X. de purg. can. 5, 34; с. 24. X. de v. s. 5, 40.—<sup>3</sup> 1. 3. § 11. D. de suis 38, 16.—<sup>4</sup> 1. 14. C. de non num. pec. 4, 30.—<sup>5</sup> 1. 12. l. 22. l. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; 1. 12. l. 16. C. h. t. 4, 19.—<sup>6</sup> 1. 5. C. de cod. 6, 36; 1. 5. l. 9. l. 17. D. h. t. 22, 3; 1. 5. C. h. t. 4, 19.—<sup>7</sup> 1. 18. § 1. D. h. t. 22, 3; 1. 30. C. de ev. 8, 44.—<sup>8</sup> 1. 5. D. de in ius voc. 2, 4; 1. 12. D. de stat. hom. 1. 5.—<sup>9</sup> 1. 9 §§ 1. 4. l. 22. l. 23. D. de reb. dub. 34, 5; 1. 26. pr. D. de pact. dot. 23, 4.—<sup>10</sup> 1. 10. l. 17. l. 22. C. h. t. 4, 19.—<sup>10а</sup> Reichsivilprozessordnung §§ 261—263.



ня слѣдуетъ отличать тотъ случай, если отвѣтчикъ признаетъ справедливость *притязанія* истца; объ этомъ ср. § 98.

II. *Обязанность доказывать (т. н. onus probandi)*. Кто выставляетъ такое утверждение, которое требуетъ доказательствъ, тотъ и долженъ его доказать<sup>11</sup>: истецъ — тѣ утверждения, на которыхъ онъ основываетъ свой искъ<sup>12</sup>, отвѣтчикъ — тѣ утверждения, на которыхъ онъ основываетъ свои возраженія (въ смыслъ гражданского процесса, § 92 пр. 5)<sup>1</sup>; затѣмъ, истецъ доказываетъ *replicatio*, отвѣтчикъ *uplicatio* и т. д. Источники объ этомъ говорятъ такъ: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>14</sup>; изъ этого прежде дѣлали выводъ, что утверждающій долженъ доказывать лишь положительные факты (*affirmanti incumbit probatio*), но не отрицательные; теперь всѣ согласны, что это мнѣніе неосновательно<sup>15</sup>, поэтому, напр., если мужъ оспариваетъ законность рожденія ребенка его женою, то онъ долженъ доказать, что онъ не могъ быть отцомъ (§ 23 пр. 19), предъявляющій *condictio indebiti* долженъ доказать несуществованіе предположеннаго имъ по ошибкѣ долга (§ 281 пр. 22).

### VI. Судебное рѣшеніе.

t. D. XLII, 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus — t. C. VII, 52: de re iudicata. — t. C. VII, 45: de sententiis et interlocutionibus. — Ср. лат. къ § 94; кроме того: *Endemann*, das Princip der Rechtskraft. 1860.

#### А. § 97. Законная сила рѣшенія.

*Bülow*, Absolute Rechtskraft des Urtheils. 1894. — *Savigny*, §§ 280—301 и Beilage 16. 17. — *Vangerow*, §§ 172. 173. — *Windscheid*, §§ 127. 129 — 132. — *Brinz*, §§ 96—99. 110. — *Baron*, § 214. — *Regelsberger*, §§ 196—198.

I. *Понятіе и основаніе законной силы*. Процессъ заканчивается рѣшеніемъ; послѣднее бываетъ или присуждающее (*sententia condemnatoria*), или освобождающее (*sententia absolutoria*)<sup>1</sup>. Но каково бы рѣшеніе ни было, если его нельзя опорочить обыкновенными способами обжалованія, то оно вступаетъ въ законную силу; это значитъ, что рѣшеніе получаетъ значеніе непреложнаго автори-

<sup>11</sup> l. 2. D. h. t. 22, 3. — <sup>12</sup> l. 2. l. 21. D. h. t. 22, 3; l. 15. D. de o. n. n. 39, 1; l. 2. l. 8. l. 15. l. 20. l. 23. C. h. t. 4, 19; l. 4. C. de ed. 2, 1. — <sup>13</sup> l. 9. l. 19. pr. l. 25. § 2. D. h. t. 22, 3; l. 11. D. de exc. 44, 1; l. 19. C. h. t. 4, 19. — <sup>14</sup> l. 2. D. h. t. 22, 3. — <sup>15</sup> l. 25 pr. D. h. t. 22, 3; l. 5. C. de cod. 6, 36.

<sup>1</sup> l. 1. D. h. t. 42, 1.



тета для тяжущихся, дѣлаетъ *finis controversiae*<sup>1a</sup>, признается (какъ обыкновенно выражаются) за *формальную истину между сторонами*<sup>2</sup>; *res iudicata pro veritate accipitur*<sup>3</sup>, или *res iudicata ius facit inter partes*.<sup>3a</sup> *Материальнымъ* основаніемъ такого значенія рѣшенія служить то, что оно постановлено безпристрастными, незаинтересованными людьми послѣ основательнаго изслѣдованія, и поэтому заслуживаетъ признанія: предъявленное истцомъ притязаніе представляется теперь безспорнымъ (*sententia condemnatoria*) или ничтожнымъ (*sent. absolutoria*). *Формальнымъ* основаніемъ значенія рѣшенія служить вліяніе его на то обязательство, которое было установлено путемъ *litiscontestatio* и направлено на *condemnari oportere* (которое *iudicio contrahitur*, § 95 sub V); если рѣшеніе—*sent. condemnatoria*, то изъ этого обязательства возникаетъ *iudicati obligatio*, направленная на *iudicatum solvi*<sup>4</sup>; если же рѣшеніе—*sent. absolutoria*, то отвѣтчикъ получаетъ свою прежнюю свободу.—Конечно, нельзя отрицать, что судебное рѣшеніе иногда бываетъ неправильно либо вслѣдствіе пристрастнаго отношенія или непониманія судьи, либо вслѣдствіе неумѣнія или злой воли тяжущихся (напр., одна изъ сторонъ подкупила свидѣтелей, совершила подлогъ документа), либо вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ (напр., смерти свидѣтелей, пропажи документовъ). Поэтому существуютъ средства для уничтоженія рѣшенія, вступившаго въ законную силу (по прежнему Общегерманскому процессу, искъ о неисправимой ничтожности, *unheilbare Nichtigkeit*, реституція, по RCPD § 541 слѣд., возобновленіе процесса по иску о ничтожности или по иску о реституція). Поэтому, если неправильнымъ рѣшеніемъ отказано истцу въ удовлетвореніи его требованія, то возникаетъ вопросъ, не продолжаетъ ли существовать это требованіе по крайней мѣрѣ въ видѣ требованія безъ иска (*obligatio naturalis*, § 230). Въ пользу отрицательнаго отвѣта говоритъ, повидимому, то обстоятельство, что закладное право по отвергнутому рѣшеніемъ требованію признается прекратившимся<sup>5</sup>; но это положеніе относится и къ другимъ обязательствамъ, которыя лишены иска въ силу положительной нормы права (напр., къ займу подвластнаго сы-

<sup>1a</sup> l. 1. D. h. t. 42, 1; l. 6. D. de exc. rei iud. 44, 2.—<sup>2</sup> l. 25. D. de stat. hom. 1, 5; l. 1. § 16. l. 3. pr. D. de agn. 25, 3; l. 65. § 2. D. ad. sct. Treb. 36, 1; l. 12. § 3. D. de bon. lib. 38, 2; l. 6. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>3</sup> l. 207. D. de r. i. 50, 17.—<sup>3a</sup> l. 3. pr. D. de agn. 25, 3; l. 50. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 17. § 1. D. de inoff. test. 5, 2.—<sup>4</sup> l. 4. § 7. D. h. t. 42, 1; l. 8. § 3. D. de nov. 46, 2; l. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.—<sup>5</sup> l. 13. D. qu. in. pign. solv. 20, 6.



на <sup>6)</sup>; съ другой стороны, несправедливо оправданный отвѣтчикъ прямо названъ въ источникахъ <sup>7</sup> *natura debitor* и не можетъ требовать назадъ того, что уплатилъ добровольно <sup>8)</sup>; поэтому слѣдуетъ признать, что остается *naturalis obligatio*; но этому натуральному обязательству не слѣдуетъ присваивать другихъ послѣдствій кромѣ *soluti retentio*, потому что иначе мы бы слишкомъ умалили полезныя послѣдствія законной силы рѣшенія.

II. *Средства для осуществленія законной силы рѣшенія.* Законная сила рѣшенія осуществляется двумя средствами: *actio iudicati* и *exceptio rei iudicatae*.

1. *Actio iudicati*. Если постановлена *sent. condemnatoria*, то истецъ можетъ требовать исполнительныхъ мѣръ (*executio*) для того, чтобы была исполнена *obligatio iudicatum solvi*; *actio iudicati* и есть искъ, соотвѣтствующій этому обязательству; прежде его предъявляли обыкновенно въ формѣ простого прошенія объ исполненіи; по RCPD § 662, онъ представляется въ формѣ прошенія о выдачѣ исполнительнаго листа; *act. iudicati* въ случаѣ присужденія отвѣтчика къ платежу денежной суммы можно было предъявить, по праву Юстиніана, не раньше четырехъ мѣсяцевъ послѣ постановленія рѣшенія; въ теченіе этого срока проценты не нарастали, зато по прошествіи четырехъ мѣсяцевъ съ присужденной суммы надо было платить 12 процентовъ <sup>9)</sup>; но практика не соблюдала этого срока, а вводный законъ къ RCPD § 14 прямо устранилъ его.

*Sententia condemnatoria*, впрочемъ, является основаніемъ не только для принудительнаго исполненія, но также подчасъ и для судебного осуществленія другихъ притязаній, которыя обусловлены тѣмъ, что признано въ рѣшеніи, напр., для требованія алиментовъ на основаніи признаннаго рѣшеніемъ родства, процентовъ на основаніи признаннаго долга капитала, сельскаго сервитута на основаніи признаннаго права собственности на господствующій участокъ; во всѣхъ такихъ случаяхъ судья второго процесса долженъ въ силу *auctoritas rei iudicatae* разсматривать признанное въ первомъ процессѣ, какъ безспорное правоотношеніе <sup>9a)</sup>.

2. *Exceptio rei iudicatae* <sup>10)</sup>. Постановлено ли рѣшеніе присуждающее или освобождающее, во всякомъ случаѣ нельзя допускать второго процесса, въ которомъ бы разбиралось то же притязаніе

<sup>6</sup> l. 2. D. quae res pign. 20, 3.—<sup>7</sup> l. 60. D. de c. i. 12, 6.—<sup>8</sup> l. 28. D. de c. i. 12, 6.—<sup>9</sup> l. 1. l. 2. l. 3. C. de us. r. i. 7, 54; l. 13. C. de usur. 4, 32.—<sup>9a</sup> Ср. l. 16. l. 18. D. h. t. 42, 1.—<sup>10</sup> t. D. 44, 2: de exceptione rei iudicatae.



между тѣми же лицами; для этой цѣли существуетъ *exc. rei iudicatae*: *exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur*<sup>11</sup>. Въ самомъ дѣлѣ, если постановлено присуждающее рѣшеніе, то истецъ достаточно защищенъ *actione iudicati*, и отвѣтчикъ, а равно и судья только бы подвергались вслѣдствіе второго процесса неудобствамъ вторичнаго разбирательства. Если же постановлено рѣшеніе освобождающее, то второй процессъ означалъ бы непризнание его силы; *exc. rei iudicatae* служить для поддержанія силы судебного рѣшенія; поэтому говорятъ, что она выступаетъ здѣсь въ *положительной функціи*. Различіе между положительною и отрицательною (§ 95 въ началѣ) функціей *exceptio rei iudicatae* состоитъ въ слѣдующемъ: въ силу отрицательной функціи во второмъ искѣ отказываютъ потому, что уже разъ былъ предъявленъ искъ по тому же дѣлу; второе рѣшеніе не допускается не по той причинѣ, что можно опасаться его несогласія съ прежнимъ рѣшеніемъ, а потому, что въ классическомъ правѣ всякое притязаніе могло быть предметомъ предъявленія иска не больше *одного* раза. Въ силу *exc. rei iudicatae* въ ея положительной функціи во второмъ искѣ отказываютъ потому, что можно опасаться несогласія второго рѣшенія съ прежнимъ, что, слѣдовательно, можетъ быть постановлено по тому же дѣлу между тѣми же лицами что либо иное, нежели въ прежнемъ рѣшеніи, чѣмъ подрывается законная сила послѣдняго. Впрочемъ, нѣкоторые авторитетные романисты отвергаютъ это различіе между отрицательною и положительною функціей *exc. rei iudicatae*, утверждая, что *exceptio rei iudicatae* всегда принадлежитъ отрицательная функція; второго процесса не потому не допускаютъ, что онъ можетъ окончиться судебнымъ рѣшеніемъ, противорѣчающимъ прежнему рѣшенію, а на томъ основаніи, что споръ былъ уже разъ рѣшенъ; они сводятъ къ отрицательной функціи *exc. rei iudicatae* тѣ нормы, которыя господствующее мнѣніе выводитъ изъ положительной функціи. — Необходимо особо разсмотрѣть, въ какихъ случаяхъ въ новомъ процессѣ возвращается то же притязаніе между тѣми же лицами (*eadem quaestio inter easdem personas*), въ какихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ тождествомъ притязанія и тяжущихся сторонъ (объективнымъ и субъективнымъ тождествомъ).

<sup>11</sup> 1. 3. 1. 7. § 4. D. h. t. 44, 2; 1. 19. 1. 22. 1. 30. § 1. D. eod.



а. Тождество притязанія зависитъ: а) отъ объекта иска, б) отъ права, осуществленнаго (искомъ) по отношенію къ объекту иска, в) отъ основанія, на которое опирается осуществленное право.

ad а. Если въ новомъ процессѣ отыскивается не тотъ объектъ, что въ прежнемъ, то и притязаніе будетъ другое. Тождество объекта имѣетъ мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если сначала отыскивается цѣлое, а затѣмъ часть этого цѣлаго<sup>12</sup>; если же, наоборотъ, сначала отыскивалась часть цѣлаго, а затѣмъ отыскивается все цѣлое, то по отношенію къ той части, которая не отыскивалась прежде, имѣется новый объектъ; впрочемъ, это положеніе спорно, но оно слѣдуетъ изъ рѣшенія источниковъ, по которому то лицо, коему было отказано въ искѣ о процентахъ за опредѣленный промежутокъ времени, можетъ тѣмъ не менѣе отыскивать проценты за другой промежутокъ времени<sup>14</sup>. Далѣе, тождество объекта имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если два притязанія находятся въ такомъ взаимномъ отношеніи, что первое служитъ условіемъ существованія второго, и въ первомъ уже было отказано; поэтому, если было отказано въ искѣ о капиталѣ, то впредь не допускается искъ о процентахъ, о залогѣ<sup>15</sup> и т. п.<sup>16</sup>. Если же, наоборотъ, было не признано сначала то право, которое является слѣдствіемъ другого, и затѣмъ отыскивается то право, которое служитъ условіемъ непризнаннаго, то здѣсь имѣемъ уже новый объектъ<sup>17</sup>,—что многіе неосновательно оспариваютъ (ср. III).

ad б. Нетождественно притязаніе, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло, напр., о правѣ собственности, а въ позднѣйшемъ—о владѣніи или обязательствѣ по поводу той же вещи<sup>18</sup>, если въ прежнемъ процессѣ дѣло шло о *serv. itinervis*, въ позднѣйшемъ—о *serv. actus*<sup>19</sup>. Напротивъ, притязаніе тождественно, если тотъ же предметъ отыскиваютъ другимъ искомъ; напр., предъявивъ о недостаткѣ купленной вещи искъ *quantı minoris*, нельзя уже бо-

<sup>12</sup> 1. 7. pr. D. h. t. 44, 2; 1. 3. 1. 7. §§ 4. 5. 1. 21. §§ 1. 3. D. h. t. 44, 2; 1. 22. § 8. D. r. r. 46, 8.—<sup>13</sup> 1. 7. § 2. D. h. t. 44, 2.—<sup>14</sup> 1. 23. i. f. D. h. t. 44, 2; 1. 1. C. d. iud. 3, 1.—<sup>15</sup> 1. 13. D. qu. m. pign. 20, 6.—<sup>16</sup> 1. 8. l. 11. § 3. D. h. t. 44, 2; 1. 1. § 1. l. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; 1. 18. D. de exc. 44, 1; 1. 26. § 1. D. h. t. 44, 2; cf. 1. 7. § 3. D. eod.; 1. 11. § 10. l. 16. D. h. t. 44, 2; 1. 3. § 1. D. de pign. 20, 1; 1. 7. D. de agn. 25, 3.—<sup>17</sup> 1. 1. C. de ord. iud. 3, 8; 1. 3. C. de iud. 3, 1; 1. 17. D. de exc. 44, 1; 1. 23. D. h. t. 44, 2; 1. 5. §§ 8. 9. 18. D. de agn. lib. 25, 3; 1. 10. D. de his qui sui 1, 6.—<sup>18</sup> 1. 14. § 3. l. 31. D. h. t. 44, 2.—<sup>19</sup> 1. 11. § 6. D. h. t. 44, 2.



лѣе предъявить по тому же поводу act. redhibitoria, и обратно<sup>20</sup>. Сюда же относится и тотъ случай, если противъ лица, которому было присуждено право собственности или наследственное право, бывший отвѣтчикъ предъявить rei vindicatio или hereditatis petitio: притязаніе въ обоихъ процессахъ тождественно, такъ какъ изъ того, что право собственности или наследственное право было присуждено прежнему истцу, необходимо слѣдуетъ, что оно не принадлежитъ прежнему отвѣтчику<sup>21</sup>.

ad γ. Что касается основанія, на которое истецъ опираетъ свое право, то слѣдуетъ дѣлать различіе между обязательственными и вещными правами. Обязательственные права получаютъ свою опредѣленность лишь отъ опредѣленнаго основанія возникновенія (одной и той же вещи можно требовать на основаніи купли, даренія, отказа, т. е. нѣсколько разъ), поэтому въ каждомъ искѣ (за исключеніемъ condictio, § 84) должно быть поименовано основаніе возникновенія требованія; кому отказано въ одномъ искѣ, тотъ можетъ еще отыскивать тотъ же предметъ по другому основанію<sup>22</sup>. Напротивъ, вещныя права обладаютъ опредѣленностью сами по себѣ; способъ приобрѣтенія (traditio, usucapio и т. п.) не оказываетъ никакого вліянія на ихъ индивидуальность; поэтому до позднѣйшаго классическаго времени способъ приобрѣтенія въ искѣ не указывался, и получившій отказъ въ одномъ искѣ уже не могъ того же вещнаго права отыскивать другимъ искомъ<sup>23</sup>; исключался, конечно, тотъ случай, если истецъ приобрѣлъ вещное право послѣ litiscontestatio (это — такъ наз. causa superveniens<sup>24</sup>); въ позднѣйшее классическое время стали допускать указываніе въ искѣ способовъ приобрѣтенія вещныхъ правъ (causa expressa agere; въ періодъ формулярнаго процесса, вѣроятно, для этого служила praescriptio pro actore, напр., ea res agatur de fundo mancipato<sup>24a</sup>), и съ тѣхъ поръ стало возможнымъ вчатіе новаго иска о томъ же вещномъ правѣ на основаніи другого способа приобрѣтенія<sup>25</sup>. По RCPD § 230, при всѣхъ искахъ

<sup>20</sup> I. 25. § 1. D. h. t. 44, 2. — <sup>21</sup> I. 40. § 2. D. de proc. 3, 3; I. 15. I. 30. § 1. D. h. t. 44, 2. — <sup>22</sup> I. 14. § 2. D. h. t. 44, 2; I. 18. D. de o. et a. 44, 7; I. 93. § 1. D. de leg. 3 (32). — <sup>23</sup> I. 14. § 2. I. 11. §§ 1. 5. I. 30. pr. D. h. t. 44, 2; I. 3. § 4. D. de a. p. 41, 2; I. 159. D. de r. i. 50, 17. — <sup>24</sup> I. 11. §§ 4. 5. I. 25. pr. D. h. t. 44, 2; I. 10. D. de exc. 44, 1; I. 25. § 1. I. 42. D. de lib. caus. 40, 12. <sup>24a</sup> cf. Cic. ad. fam. 13, 27; de fin. 5, 29. — <sup>25</sup> I. 11. § 2. I. 14. § 2. D. h. t. 44, 2.



должно быть тотчасъ указано основаніе притязанія; тѣмъ не менѣе остается спорнымъ, слѣдуетъ ли отсюда, что вещный искъ всегда необходимо предъявлять *causa expressa*.

в. *Тожество лицъ* (тяжущихся сторонъ) есть второе условіе *ex. rei iudicatae*; отсюда юридическая поговорка новыхъ юристовъ: *res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*<sup>26</sup>, *res iudicata ius facit inter partes* (§ 97 пр. 3а). Тожественною стороною считается не только универсальный преемникъ (что само собою разумѣется), но и сингулярный и вообще то лицо, которое производитъ свое право отъ одной изъ сторонъ бывшаго процесса, при чемъ предполагается, что это право было ему установлено уже послѣ *litiscontestatio*<sup>27</sup>. — Въ области вещныхъ сервитутовъ, если одинъ *condominus* господствующаго участка вель процессъ о сервитутѣ, то прочіе *condomini* считаются съ нимъ за одно, былъ ли исходъ процесса благопріятный или неблагопріятный<sup>28</sup>; то же бываетъ, если процессъ вель одинъ изъ *condomini* служащаго участка<sup>29</sup>. — Въ области корреальныхъ обязательствъ, если въ пользу корреального должника было постановлено благопріятное рѣшеніе, то другіе корреальные должники считаются съ нимъ тождественными<sup>30</sup>. — Рѣшеніе о дѣйствительности завѣщанія, постановленное въ процессѣ между наслѣдникомъ по закону и наслѣдникомъ по завѣщанію, имѣетъ силу также въ пользу и противъ легатаріевъ<sup>31</sup> и вѣрителей наслѣдства<sup>32</sup>. — Рѣшеніе процесса о *status*, веденнаго съ главнымъ заинтересованнымъ лицомъ и поэтому выступавшимъ въ качествѣ *iustus contradictor*<sup>32а</sup> (съ отцомъ или господиномъ раба, или патрономъ), — имѣетъ силу обыкновенно *для всѣхъ*; въ частности, рѣшеніе объ отцовствѣ имѣетъ силу для всѣхъ прочихъ членовъ семьи тяжущихся<sup>33</sup>; если же тяжущійся былъ не *iustus contradictor*, то приговоръ признается

<sup>26</sup> 1. 2. C. quib. res. iud. 7, 56. — <sup>27</sup> 1. 9. § 2. l. 11. §§ 3. 9. 10. l. 28. l. 29. § 1. D. h. t. 44, 2; 1. 3. D. de pign. 20, 1; 1. 25. § 8. D. f. e. 10, 2; cf. l. 63. D. de re iud. 42, 1. — <sup>28</sup> 1. 4. § 3. l. 6. § 4. l. 15. D. si serv. v. 8, 5; 1. 31 § 7. D. de neg. gest. 3, 5. — <sup>29</sup> 1. 4. § 4. D. si serv. 8, 5. — <sup>30</sup> cf. l. 28. § 3. l. 42. § 3. D. de iurei. 12, 2. — <sup>31</sup> 1. 3. pr. D. de pign. 20, 1; 1. 8. § 16. l. 17. § 1. D. de inoff. 5, 2; 1. 14. D. de app. 49, 1; 1. 50. § 1. D. de leg. 1 (30). — <sup>32</sup> 1. 50. § 1. i. f. D. de leg. 1 (30); 1. 12. § 1. C. de h. p. 3, 31; cf. l. 14. D. de transact. 2, 15; 1. 14. D. de app. 49, 1. — <sup>32а</sup> 1. 3. D. de coll. det. 40. 16; 1. 1. C. de ing. manum. 7, 14. — <sup>33</sup> 1. 1. § 16. l. 2. l. 3. pr. D. de agn. 25. 3; 1. 1. § 2. D. de lib. e. 40, 12; cf. 1. 25. D. de stat. hom. 1, 5; 1. 42. pr. D. de nox. a. 9, 4; 1. 14. D. de iure patr. 37, 14; 1. 5. C. de ord. cogn. 7, 19, § 6. § 1. D. de inoff. 5, 2.



ничтожнымъ, поэтому истинный отецъ вслѣдствіе процесса, который велся съ мнимымъ отцомъ, не лишается своего отцовскаго положенія; то же относится и къ прочимъ членамъ семьи<sup>34</sup>.

Изложенное выше sub II. 2 пр. 14 и 17 начала не пользуется общимъ признаніемъ; существуетъ очень распространенное мнѣніе, по которому получаютъ законную силу не только рѣшеніе судьи, но и *основанія* этого рѣшенія („элементы рѣшенія“); такимъ образомъ *ex. rei iudicatae* обезсиливаетъ новый искъ, если тепершнее исковое притязаніе обсуждалось въ прежнемъ процессѣ, какъ условіе тогдашняго притязанія или возраженіе противъ него, и было въ качествѣ такового отвергнуто; далѣе, противостоитъ *ex. rei iudicatae*, если въ настоящемъ процессѣ выставляются факты, которые были уже выставлены съ *другою* цѣлью въ прежнемъ процессѣ и были признаны ложными. Изъ этого мнѣнія слѣдуетъ, что если въ прежнемъ процессѣ истцу было отказано въ искѣ о вещномъ сервитутѣ за отсутствіемъ у него права собственности на господствующій участокъ или въ искѣ о процентахъ за отсутствіемъ требованія капитала, то онъ уже не можетъ вчать другого иска о правѣ собственности на участокъ или иска объ уплатѣ капитала и т. п. Противъ этого мнѣнія направлено опредѣленіе RCPD § 293, по которому рѣшеніе только въ той мѣрѣ способно къ законной силѣ, поскольку оно является рѣшеніемъ возбужденнаго искомъ притязанія (въ т. н. тенорѣ приговора).

## В. Суррогаты судебного рѣшенія.

### 1) § 98. Судебное признаніе.

tt. D. XLII, 2; C. VII, 59: de confessis.—*Demelius*, die Confessio im Röm. Civilprocess u. i. gerichtl. Geständniß der neuesten Processgesetzgebung. 1888. — *Savigny*, §§ 303 — 308. — *Vangerow*, § 165. — *Baron*, § 209. — *Regelsberger*, § 173.

Судебное рѣшеніе становится излишнимъ, если отвѣтчикъ признаетъ требованія истца въ судѣ (въ классическій періодъ *in iure*, т. е. предъ магистратомъ, въ періодъ по-классическій *in iudicio*). Признаніе (называемое часто *confessio in iure* и въ сводѣ Юстиніана) служитъ основаніемъ формальной истины между сторонами: *confessus pro iudicato est*<sup>1</sup>.

<sup>34</sup> 1. 1. 1. 5. D. si ing. dic. 40, 14; 1. 9. пр. 1. 42. D. de lib. c. 40, 12; 1. 3. D. de coll. det. 40, 16.

<sup>1</sup> 1. 1. 1. 3. 1. 6. § 2. D. h. t. 42, 2; 1. 56. D. de r. i. 42, 1; 1. un. C. h. t. 7, 59; 1. 4. C. de rep. her. 6, 31.



На практикѣ тѣмъ не менѣ произносилось судьей присужденіе (т. н. *agnitoria*); по RCPD § 278, последнее произносится только по просьбѣ истца.

## 2) § 99. Присяга.

t. D. XII, 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.— t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando.— *Strippelmann*, der Gerichtseid. 3 Abth. 1855—57.—*Savigny*, §§ 309—314.—*Vangerow*, §§ 168—170. 671.—*Windscheid*, § 418.—*Baron*, §§ 135. 209.

По римскому праву, рѣшеніе становилось излишнимъ, если отвѣтчикъ по требованію истца (*iusiurandum in iure delatum*, впоследствии—*in iudicio*) подъ присягою отвергалъ притязаніе послѣдняго (т. н. *iusiurandum assertorium*), или, если, наоборотъ, истецъ по требованію отвѣтчика подъ присягою подтверждалъ свое притязаніе. Лицо, вызванное на присягу, *relatus*, обязано было присягнуть<sup>1</sup> (откуда названіе — *iusiurandum necessarium*). — Такая присяга могла быть принимаема и вѣ суда по соглашенію тяжущихся (т. н. *factum iurisiurandi*)<sup>2</sup>; будучи основана на договорѣ<sup>3</sup>, она получила названіе *iusiurandum voluntarium*. Присяга служила основаніемъ формальной истины между сторонами<sup>4</sup>. Въ настоящее время и по суд. практикѣ и по RCPD § 410 присягою подтверждаютъ не права, а только факты, поэтому присяга перестала служить суррогатомъ рѣшенія, и выраженіямъ: *iusiurandum necessarium* и *voluntarium* теперешній гражданскій процессъ придаетъ иной смыслъ.

## 3) § 100. Рѣшеніе третейскаго суда.

t. D. IV, 8: de receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant.— t. C. II, 55: de receptis.—*André*, gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte. 1860.—*Weizsäcker*, das Röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis. 1879.—*Matthiass*, die Entwicklung des Röm. Schiedsgerichts. 1888.—*Vangerow*, § 670.—*Windscheid*, §§ 415—417.—*Baron*, § 135.—*Regelsberger*, § 199.

Для рѣшенія спора о правѣ третейскимъ судомъ требуется заключеніе двухъ договоровъ: 1) договора между спорящими (*compromissum*), которымъ они обязываются представить свой споръ на разсмотрѣніе и рѣшеніе одного или нѣсколькихъ лицъ (*arbitri*, третейскіе судьи); 2) договора спорящихъ съ будущимъ третейскимъ судьей, въ которомъ послѣдній принимаетъ на себя обязанности третейскаго судьи (*receptum scil. arbitrium*). Такъ какъ

<sup>1</sup> l. 34. § 6. l. 38. D. h. t. 12, 2.—<sup>2</sup> l. 7. sqq. D. h. t. 12, 2.—<sup>3</sup> l. 1. l. 17. pr. D. h. t. 12, 2.—<sup>4</sup> l. 5. § 2. l. 9. § 1. l. 28. § 10. l. 29. l. 30. pr. D. h. t. 12, 2; l. 1. C. h. t. 4, 1; l. 1. pr. D. quar. rer. act. 44, 5.



третейскій судъ такимъ образомъ основывается на двухъ договорахъ, то регулированіе его (точно такъ же, какъ и мировой сдѣлки, § 101) относится къ гражданскому праву, и онъ опредѣляется прежде всего волею сторонъ; тѣмъ не менѣе государство, которому принадлежитъ право и обязанность судоговоренія, не можетъ относиться пассивно къ частному рѣшенію правовыхъ споровъ; поэтому право подчиняетъ договоры о третейскомъ судѣ во многихъ отношеніяхъ особымъ правиламъ, заимствованнымъ изъ области гражданскаго судопроизводства. Вслѣдствіе этого право компромисса отличается двойственнымъ характеромъ, отчасти частноправнымъ, отчасти публично-правовымъ.

Ad 1. У Римлянъ былъ почти <sup>1</sup> общесоблюдаемый обычай—заключать компромиссъ путемъ неформальнаго соглашенія между сторонами (простого *factum*), на случай нарушенія котораго обѣ стороны обязывались посредствомъ *stipulatio* къ платежу неустойки <sup>2</sup> (*roena compromissa*, откуда и названіе договора—*compromissum*). Рѣшеніе третейскаго судьи (*arbitrium*, въ средніе вѣка—*laudum*) такимъ образомъ не имѣло силы публичнаго судебного рѣшенія; обѣ исполненія *arbitrium* не было ни иска, ни эксцепціи; спорное дѣло можно было еще представить на разсмотрѣніе обыкновеннаго суда, но только то лицо, которое не повиновалось третейскому рѣшенію, должно было уплатить условленный штрафъ <sup>3</sup>; лишь Юстиніанъ ввелъ искъ обѣ исполненія третейскаго рѣшенія <sup>4</sup>, но только при извѣстныхъ условіяхъ, а именно, если стороны въ письменной формѣ признали рѣшеніе третейскаго судьи или не оспорили его въ продолженіе десяти дней послѣ постановленія. Въ настоящее время рѣшенію третейскаго суда всегда принадлежитъ искъ обѣ исполненія, поэтому оно имѣетъ значеніе суррогата судебного рѣшенія <sup>4a</sup>.—Требуется, чтобы *laudum* опредѣлило и вполнѣ разрѣшило представленный споръ <sup>5</sup>, чтобы оно не было направлено на нѣчто недозволенное <sup>6</sup>, чтобы оно не было очевидно пристрастно <sup>7</sup> (—но для дѣйствительности *laudum* не требуется, чтобы третейскій судья примѣнялся къ дѣйствующему праву <sup>8</sup>—), чтобы оно было объяв-

<sup>1</sup> Другія формы см. I. 11. §§ 2. 3. I. 13. § 1. I. 27. § 7. D. h. t. 4, 8; I. 4. C. h. t. 2, 55.—<sup>2</sup> I. 2. I. 11. I. 13. I. 28. D. h. t. 4, 8; I. 1. C. h. t. 2, 55.—<sup>3</sup> I. 2. I. 30. D. h. t. 4, 8; I. 1. C. h. t. 2, 55; Nov. 82. c. 11.—<sup>4</sup> I. 5. C. h. t. 2, 55; случай I. 4. eod. устранилъ Юстиніанъ Nov. 82. c. 11.—<sup>4a</sup> Reichs-civilprocessordnung § 866.—<sup>5</sup> I. 19. § 1. I. 21. § 3. I. 32. §§ 16. 17. D. h. t. 4, 8.—<sup>6</sup> I. 21. § 7. D. h. t. 4, 8.—<sup>7</sup> I. 3. C. h. t. 2, 55.—<sup>8</sup> I. 27. § 2. D. h. t. 4, 8; I. 1. C. h. t. 2, 55.



лено въ присутствіи сторонъ<sup>9</sup>; наконецъ, если третейскій судъ составленъ изъ нѣсколькихъ лицъ, то требуется для постановленія рѣшенія большинство голосовъ. Если голоса судей раздѣлялись поровну, то, по римскому праву, сами судьи избирали еще одно лицо, которое и давало своимъ голосомъ перевѣсъ<sup>10</sup>; по РСРО § 859, приглашеніе еще одного лица допускается лишь въ томъ случаѣ, если стороны условились объ этомъ въ компромиссѣ.—Компромиссъ недѣйствителенъ съ самаго начала, если въ немъ назначенъ неспособный судья: душевно-больной или одинъ изъ спорящихъ<sup>11</sup>; по римскому праву, неспособны также женщины, глухіе, нѣмые, лица, не достигшія 20-ти лѣтъ; по РСРО § 858, они не признаются неспособными, но могутъ быть устранены путемъ отвода<sup>11a</sup>. Компромиссъ лишается силы, по римскому праву, если одна изъ сторонъ умретъ, сойдетъ съ ума, или подвергнется конкурсу<sup>12</sup>, если умретъ третейскій судья, или сложить съ себя принятую обязанность, по болѣзни, по старости<sup>13</sup>, если одна изъ сторонъ отступить отъ компромисса вслѣдствіе вражды съ судьей или вслѣдствіе *dolus* судьи или противной стороны<sup>14</sup>; вмѣсто этихъ правилъ РСРО § 858 признаетъ лишь отводъ третейскаго судьи по уважительнымъ причинамъ.

Ad 2. Никто не обязанъ принимать на себя разсмотрѣніе дѣла третейскимъ судомъ; но разъ кто либо принялъ на себя такое разсмотрѣніе, то, по римскому праву, магистратъ понуждалъ его исполнить свою обязанность путемъ штрафовъ<sup>15</sup>; только по основательнымъ причинамъ, какъ то: по болѣзни, старости, вслѣдствіе оскорбленія, нанесеннаго ему одною изъ сторонъ и т. п., *arbiter* можетъ сложить съ себя обязанность третейскаго судьи<sup>16</sup>.

РСРО не знаетъ такихъ принудительныхъ мѣръ, а на случай отказа избраннаго въ третейскіе судьи отъ принятія этой обязанности, на случай отступленія его отъ договора или слишкомъ большой медленности въ исполненіи принятой обязанности, предписываетъ или прекращеніе силы третейскаго договора, или назначеніе новаго судьи (§§ 859. 857). §§ 851—872 РСРО содержатъ подробныя правила о самомъ третейскомъ судопроизводствѣ.

<sup>9</sup> l. 27. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 8.—<sup>10</sup> l. 17. §§ 5. 7. l. 18. l. 27. § 3. D. h. t. 4, 8.—<sup>11</sup> l. 9. §§ 1. 2. l. 41. l. 51. D. h. t. 4, 8; l. 6. C. h. t. 2, 55; c. 4. X. de arb. 1, 43.—<sup>11a</sup> РСРО вмѣсто лицъ, не достигшихъ 20 л., ставить здѣсь миноровъ.—<sup>12</sup> l. 27. § 1. l. 49. § 2. l. 17. pr. l. 47. § 1. l. 48. D. h. t. 4, 8.—<sup>13</sup> l. 45. l. 15. l. 16. pr. D. h. t. 4, 8.—<sup>14</sup> l. 31. l. 32. § 14. D. h. t. 4, 8; l. 3. C. h. t. 2, 55.—<sup>15</sup> l. 3. § 1. l. 15. l. 32. § 12. D. h. t. 4, 8.—<sup>16</sup> l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 11. pr. l. 15. l. 16. l. 17. pr. D. h. t. 4, 8.



## 4) § 101. Мировая сдѣлка.

tt. D. П, 15; С. П, 4: de transactionibus.—*Risch*, die Lehre vom Vergleich nach Gemeinem Recht. 1855.—*Vangerow*, §§ 668. 669.—*Windscheid*, §§ 413. 414.—*Brinz*, § 111.—*Bekker*, § 110.—*Regelsberger*, §§ 171. 172.

*Мировая сдѣлка (transactio) есть договоръ, въ которомъ двѣ стороны устраняютъ путемъ обоюдныхъ уступокъ сомнительность, касающуюся какого либо права.*—Право можетъ быть вещное, личное, семейственное<sup>1</sup>; многіе утверждаютъ, что мировая сдѣлка не можетъ касаться правъ изъ нескрытаго еще завѣщанія; но въ мѣстахъ источниковъ<sup>2</sup>, на которыя опирается означенное мнѣніе, говорится только, что, не читавши завѣщанія, трудно заключать сдѣлку о правахъ изъ него.—Право должно быть сомнительнымъ<sup>3</sup>, поэтому немыслима мировая сдѣлка о правахъ изъ получившаго законную силу судебного рѣшенія, постановленіе котораго и содержаніе безспорны между тящущимися<sup>4</sup>; уступка по такимъ правамъ есть не мировая сдѣлка, а дареніе<sup>4а</sup>.—Сомнительность права заключается обыкновенно въ *спорности* его существованія или его объема между сторонами<sup>5</sup>; мировая сдѣлка устраняетъ споръ точно такъ же, какъ и судебное рѣшеніе<sup>6</sup>, такъ что въ этомъ случаѣ она служитъ суррогатомъ послѣдняго. Но сомнительность можетъ заключаться и въ *неизвѣстности* возникновенія или существованія (напр., вслѣдствіе суспензивнаго или резолютивнаго условія<sup>7</sup>), или объема права (напр., въ случаѣ пожизненной ренты<sup>8</sup>), или въ томъ, что подлежитъ сомнѣнію реализація права (вслѣдствіе угрожающей или уже наступившей несостоятельности должника).—Въ чемъ состоитъ взаимная уступка, это зависитъ отъ соглашенія сторонъ; иногда одна изъ сторонъ отказывается отъ части права и получаетъ признаніе остальнаго<sup>9</sup>, или за вознагражденіе она отказывается отъ всего права, или, наоборотъ, получаетъ признаніе всего права и обязывается дать условленное вознагражденіе противной сторонѣ<sup>10</sup>. То же бываетъ, если мировая сдѣлка касается не спорнаго права, но сомнительнаго. Уступка всегда должна быть обоюдною, иначе договоръ является дареніемъ<sup>11</sup>).—Отъ содержа-

<sup>1</sup> П. 1—4. С. h. t. 2, 4; l. 14. D. h. t. 2, 15.—<sup>2</sup> l. 1. § 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3; l. 6. D. h. t. 2, 15.—<sup>3</sup> l. 1. D. h. t. 2, 15.—<sup>4</sup> l. 23. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 7. pr. § 1. l. 11. D. h. t. 2, 15; l. 32. C. h. t. 2, 4.—<sup>4а</sup> Pauli sent. rec. I, 1. § 5.—<sup>5</sup> l. 1. D. h. t. 2, 15; l. 2. l. 12. l. 17. C. h. t. 2, 4.—<sup>6</sup> l. 20. l. 28. C. h. t. 2, 4.—<sup>7</sup> l. 11. C. h. t. 2, 4.—<sup>8</sup> l. 8. D. h. t. 2, 15.—<sup>9</sup> l. 6. C. h. t. 2, 4.—<sup>10</sup> l. 9. l. 33. D. h. t. 2, 15.—<sup>11</sup> l. 38. C. h. t. 2, 4; l. 1. D. h. t. 2, 15.



нія взаимной уступки зависитъ юридическая природа мировой сдѣлки; послѣдняя подчиняется то началамъ договоровъ вещныхъ, то началамъ договоровъ обязательственныхъ и т. д.—Если мировая сдѣлка касается алиментовъ, назначенныхъ одной стороной въ распоряженіи на случай смерти, и направлена на замѣну періодическихъ платежей единовременнымъ, то для такой сдѣлки требуется судебное подтвержденіе, которое дается лишь въ томъ случаѣ, если по предварительномъ разсмотрѣніи дѣла оказалось, что сдѣлка будетъ выгодна для лица, получающаго *alimenta* <sup>12</sup>.—Полнолѣтнее лицо, нарушившее мировую сдѣлку, подтвержденную присягою, лишается, по римскому праву, всѣхъ правъ, вытекающихъ изъ сдѣлки, и становится *infamis* <sup>13</sup>.—Послѣдствія мировой сдѣлки ограничиваются одними участвующими въ ней лицами; только вѣрители наслѣдства (но не отказополучатели <sup>14</sup>) связаны мировой, заключенною между двумя претендентами на наслѣдство <sup>15</sup>.—Въ случаѣ принужденія <sup>16</sup> или обмана <sup>17</sup>, мировая сдѣлка по общимъ правиламъ § 51 подлежитъ опороченію; въ случаѣ простого заблужденія, она можетъ быть опорочена только въ томъ случаѣ, если факты, которые *объ* стороны предполагали наличными, оказываются несуществующими, или, наоборотъ, если оказываются въ наличности [такіе факты, несуществованіе коихъ предполагали *объ* стороны; поэтому, напр., признается порочною: мировая сдѣлка по поводу завѣщанія, оспореннаго вслѣдствіе несоблюденія формы, если завѣщаніе это окажется подложнымъ; мировая сдѣлка о замѣнѣ отказанной въ завѣщаніи ренты одною суммою,—если отказъ затѣмъ окажется ничтожнымъ <sup>18</sup>. Напротивъ, мировая сдѣлка не подлежитъ опороченію, если впослѣдствіи разсѣется заблужденіе *одной* изъ сторонъ или прекратится неизвѣстность, побудившая вступить въ мировую сдѣлку <sup>19</sup>.

<sup>12</sup> I. 8. D. h. t. 2, 15; I. 8. C. h. t. 2, 4.—<sup>13</sup> I. 41. C. h. t. 2, 4.—<sup>14</sup> I. 3. pr. D. h. t. 2, 15.—<sup>15</sup> I. 14. D. h. t. 2, 15.—<sup>16</sup> I. 13. C. h. t. 2, 4.—<sup>17</sup> I. 9. § 2. D. h. t. 2, 15; I. 4. l. 19. I. 30. C. h. t. 2, 4; l. 65. § 1. D. de c. i. 12, 6.—<sup>18</sup> I. 42. C. h. t. 2, 4; cf. I. 3. § 1. l. 12. i. f. D. h. t. 2, 15; l. 36. i. f. D. f. e. 10, 2.—<sup>19</sup> I. 2. l. 19. I. 23. l. 24. C. h. t. 2, 4.



VII. *In integrum restitutio.*

t. D. IV, 1: de in integrum restitutionibus. — *Burchardi*, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. — *Spaltenstein*, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1873.

## A. § 102. Понятіе и сущность.

*Savigny*, §§ 315 — 317. — *Vangerow*, § 175. — *Windscheid*, § 114. — *Brinz*, § 115. — *Regelsberger*, § 200.

*In integrum restitutio* означаетъ вообще возстановленіе прежняго состоянія, все равно, послѣдовало ли это возстановленіе на основаніи соглашенія сторонъ, или на основаніи иска. Такъ, напр., добровольная отмѣна купли съ возвращеніемъ того, что уже уплачено однимъ изъ контрагентовъ, а равно отмѣна купли на основаніи act. redhibitoria, если въ вещи оказались недостатки, и т. п. именуется *in integrum restitutio*<sup>1</sup>. Но въ техническомъ смыслѣ *in integrum restitutio* (*integri restitutio*, возстановленіе прежняго состоянія) означаетъ, по римскому классическому праву, чрезвычайное возстановленіе прежняго состоянія на основаніи справедливости путемъ непосредственнаго вмѣшательства магистрата по своему усмотрѣнію. Aequitas, справедливость, была основаніемъ возникновенія не только реституціи, но и множества другихъ институтовъ; уже выше (§ 13) мы обратили вниманіе на ходъ развитія права отъ *ius strictum* къ *ius aequum*. Возстановленіе прежняго состоянія также не составляетъ особенности реституціи, а бываетъ слѣдствіемъ и многихъ другихъ исковъ, существующихъ для опороченія сдѣлки (по поводу угрозъ, обмана, заблужденія). Характеристическими же признаками реституціи въ классическомъ правѣ было то:

1. Что совершеніе реституціи зависѣло отъ усмотрѣнія магистрата; это значитъ, что правила, по которымъ примѣняется реституція, не опредѣляются точно въ преторскомъ эдиктѣ (отъ котораго реституція ведетъ свое происхожденіе); дать ли реституцію, или отказать въ ней—это зависѣло отъ самого магистрата<sup>2</sup>. Причиною такого явленія послужило то, что преторы, первоначально считая слишкомъ рискованнымъ вводить въ этой области постоянные опредѣленные иски, прямо противорѣчащіе нор-

<sup>1</sup> l. 58. D. de pact. 2, 14; l. 23. § 7. D. de aed. ed. 21, 1. — <sup>2</sup> l. 3. D. h. t. 4, 1; l. 1. § 1. 1. 24. § 5. D. de min. 4, 4.



мамъ *ius civile*, предпочитали оставить за собою право свободнаго усмотрѣнія въ отдѣльныхъ случаяхъ.

2. Что реституція состоитъ въ *непосредственномъ* вмѣшательствѣ *магистрата*; даже въ періодъ формулярнаго производства, когда преторъ обыкновенно лишь вводилъ (*in iure*) процессъ, а разбирали дѣло и постановляли рѣшеніе присяжные (*in iudicio*), реституція находилась исключительно въ завѣдываніи высшихъ магистратовъ (претора, императора, *praefectus urbi* и *praetorio* въ Римѣ, намѣстника въ провинціи<sup>3</sup>, откуда часто попадающеся въ источникахъ названіе *praetoria cognitio*); реституція не входила въ область компетенціи ни присяжныхъ, ни городскихъ магистратовъ, надѣленныхъ дѣйствительною судебною властью, хотя и въ ограниченныхъ предѣлахъ; право совершать реституцію единственно принадлежало высшимъ магистратамъ съ *imperium mixtum*<sup>4</sup>; причина этого явленія заключалась въ томъ, что исполненіе невыработанныхъ еще юридическихъ правилъ не хотѣли отдать въ руки чиновниковъ безъ *imperium*.

Вслѣдствіе этихъ особенностей реституцію называютъ *auxilium extraordinarium*, противопоставляя ее искамъ и эксцепціямъ, какъ *auxilia communia*<sup>5</sup>. Отсюда слѣдуетъ, что реституціи принадлежитъ лишь субсидіарное (вспомогательное) значеніе, т. е. реституція примѣняется лишь въ томъ случаѣ, если совѣмъ нѣтъ на лицо исковъ и эксцепцій<sup>6</sup>, или если послѣдніе даютъ менѣе полную или менѣе дѣйствительную защиту<sup>7</sup>; *restitutio* предпочитается лишь иску *doli*, такъ какъ послѣдній навлекаетъ на приговореннаго отвѣтчика безчестіе<sup>8</sup>.

Изложенныя особенности реституціи мало-по-малу исчезли. Во первыхъ, сами преторы, а также теорія и практика (*responsa*) юристовъ мало-по-малу подчинили реституцію твердымъ правиламъ, вслѣдствіе чего она перестала уже зависѣть отъ усмотрѣнія магистрата. Во вторыхъ, Юстиніанъ включилъ реституцію въ область компетенціи постоянныхъ судей, назначаемыхъ высшими магистратами<sup>9</sup>. (По нынѣшней практикѣ, реституція входитъ, без-

<sup>3</sup> 1. 16. § 5. 1. 17. 1. 18. 1. 42. D. de min. 4, 4.—<sup>4</sup> 1. 26. § 1. D. ad. munic. 50, 1.—<sup>5</sup> 1. 16. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>6</sup> 1. 16. pr. D. de min. 4, 4; 1. 2. C. de filiof. min. 2, 22.—<sup>7</sup> 1. 45. § 1. D. de min. 4, 4; 1. 25. 1. 39. § 13. D. de adm. 26. 7; 1. 9. §§ 3. 4. 1. 21. § 6. D. quod met. 4, 2; 1. 3. C. de his quae vi 2, 20; 1. 3. C. qu. in. c. mai. 2, 53; 1. 5. 1. 10. C. de resc. vend. 4, 44.—<sup>8</sup> 1. 7. § 1. D. h. t. 4, 1; 1. 1. § 6. 1. 39. D. de dolo 4, 2.—<sup>9</sup> 1. 3. C. ubi et ap. quem. 2, 46.



спорно, въ кругъ компетенціи всякаго обыкновеннаго судьи). Вслѣдствіе этихъ измѣненій реституція получила характеръ обыкновеннаго средства защиты (какъ искъ и экцепція), сохранивъ лишь ту особенность, что посредствомъ нея можно отмѣнять правоотношенія какого бы то ни было рода, т. е. исковое требованіе реституціи является теперь субсидіарнымъ искомъ для опороженія существующаго юридическаго состоянія по опредѣленнымъ законнымъ основаніямъ.

## В. Условія реституціи.

### 1) § 103. *Laesio*.

*Savigny*, §§ 318. 319. 321.—*Vangerow*, §§ 176. 178.—*Windscheid*, § 115.—*Brinz*, § 116.

Первое условіе реституціи заключается въ томъ, что кто либо потерпѣлъ какой либо юридическій вредъ (*laesio, damnum; captum, deceptum, circumventum, circumscriptum esse*), котораго онъ совсѣмъ не можетъ или не можетъ въ достаточной мѣрѣ устранить обыкновенными средствами (§ 102). Юридическій вредъ можетъ быть причиненъ положительными дѣйствіями (въ частности юридическими сдѣлками<sup>1)</sup> или упущеніями<sup>1а</sup>; если вредъ произошелъ вслѣдствіе случайныхъ обстоятельствъ, то реституція не можетъ имѣть мѣста<sup>2</sup>.—Вредъ можетъ состоять не только въ нарушеніи матеріальнаго, но и нравственнаго интереса, напр., если *minor* по *agrogatio* поступилъ подъ власть дурнаго человѣка.—Имущественный вредъ можетъ заключаться въ томъ, что кто либо понесъ положительные убытки (въ отсутствіе собственника другое лицо приобрѣло вещь по давности, за вещь заплачена слишкомъ большая цѣна или наемная плата, за вещь получена слишкомъ малая цѣна или наемная плата, проиграно дѣло вслѣдствіе плохого веденія процесса<sup>4</sup>), или въ томъ, что оно упустило случай получить выгоду<sup>5</sup> (упущено приобретеніе выгоднаго наслѣдства или отказа<sup>6</sup>); реституція противъ упущенія при-

1 1. 1. § 1. 1. 7. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>1а</sup> 1. 7. §§ 11. 12. D. de min. 4, 4; 1. 9. § 2. 1. 38. D. eod.—<sup>2</sup> 1. 11. §§ 4. 5. D. de min. 4, 4.—<sup>3</sup> 1. 3. § 6. 1. 6. 1. 35. D. de min. 4, 4; 1. 41. D. de rec. 4, 8.—<sup>4</sup> 1. 45. pr. 1. 7. §§ 1. 4. 11. 12. 1. 8. 1. 36. 1. 42. D. de min. 4, 4; 1. 1. § 1. D. ex qu. e. mai. 4, 6.—<sup>5</sup> 1. 7. § 6. 1. 44. D. de min. 4, 4; 1. 27. D. ex qu. e. mai. 4, 6.—<sup>6</sup> 1. 21. § 6. D. qu. met. 4, 2; 1. 7. § 10. 1. 22 1. 24. § 2. 1. 30. D. de min. 4, 4; 1. 2. C. si ut om. 2, 39.



были не дается лишь въ томъ случаѣ, если это уменьшить уже приобретенное имущество другого лица (напр., если кто либо не предъявилъ своевременно штрафного иска, если кто либо упустилъ приобретение по давности)<sup>7</sup>. Спорять о томъ, дается ли реституція и въ случаѣ незначительнаго ущерба; въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣйствительно предполагаются значительные убытки (въ случаѣ продажи вещей должника для исполненія рѣшенія<sup>8</sup>; въ случаѣ продажи вещей подопечнаго, если продажа произошла съ соблюденіемъ всѣхъ предписанныхъ правилъ<sup>9</sup>; въ случаѣ даренія невѣстѣ со стороны неполнолѣтняго жениха<sup>9a</sup>); но по общему правилу на размѣръ вреда вниманія не обращается; поговорка новыхъ юристовъ: *minima non curat praetor* — оказывается здѣсь невѣрною (что и понятно, если обратить вниманіе на неравномѣрное распредѣленіе имущества между людьми), за исключеніемъ того случая, если вредъ, причиняемый противнику реституціею, гораздо значительнѣе теперешняго ущерба лица, испрашивающаго реституцію<sup>10</sup>. — Не дается реституціи въ томъ случаѣ, если причиною вреда послужилъ *dolus* самаго потерпѣвшаго<sup>11</sup> (но это не относится къ деликтамъ по нерадѣнію<sup>12</sup>); реституція не допускается также противъ тридцатилѣтней и болѣе продолжительной давности<sup>14</sup>, не дается нисходящимъ противъ восходящихъ<sup>15</sup>, за исключеніемъ того случая, если нисходящій испрашиваетъ реституцію именно противъ его отношенія къ другому лицу, какъ нисходящаго къ восходящему, отношенія, въ которое онъ вступилъ по *adoptio* или по судебному рѣшенію<sup>16</sup>.

## 2) Основаніе реституціи.

### а. § 104. Общій обзоръ.

*Savigny*, §§ 320. 333. — *Vangerow*, § 177. — *Windscheid*, § 116. — *Brinz*, § 117. — *Regelsberger*, § 201.

Второе условіе реституціи есть наличность основанія справедливости, которое бы оправдывало отмѣну существующаго юри-

<sup>7</sup> l. 37. pr. D. de min. 4, 4; l. 18. l. 20. D. ex qu. c. mai. 4, 6. — <sup>8</sup> l. 9. pr. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. vend. pign. 2, 28. — <sup>9</sup> l. 49. pr. D. de min. 4, 4. — <sup>9a</sup> l. 1. C. si adv. don. 2, 29. — <sup>10</sup> l. 4. D. h. t. 4, 1. — <sup>11</sup> l. 9. §§ 2. 4. 5. l. 37. § 1. D. de min. 4, 4; l. 26. § 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 2. l. 3. C. si minor se mai. 2, 42. — <sup>12</sup> l. 9. § 5. D. de min. 4, 4; l. 1. C. si adv. del. 2, 34. — <sup>13</sup> l. 5. C. de fide et iure hastae 10, 3. — <sup>14</sup> l. 3. C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39. — <sup>15</sup> l. 2. C. qui et adv. quos 2, 41. — <sup>16</sup> l. 3. § 6. D. de min. 4, 4; l. 2. C. si adv. rem iud. 2, 26. — <sup>17</sup> l. 8. § 1. C. de bon. quae lib. 6, 61.



дическаго состоянія и возстановленіе прежняго. Такихъ основаній реституціи источники<sup>1</sup> насчитываютъ шесть: неполнолѣтіе, угроза, заблужденіе, обманъ, отсутствіе, *capitis deminutio minima*. Но *capitis deminutio* перестала быть основаніемъ реституціи; *capite minutus*, который по *ius civile* освобождался отъ своихъ долговъ, по преторскому праву уже не былъ свободенъ отъ отвѣтственности предъ вѣрителями (§ 25 пр. 22 слѣд.); преторскимъ эдиктомъ была предоставлена вѣрителямъ реституція иска<sup>2</sup>, для чего не требовалось не только предварительнаго разслѣдованія магистрата, но даже и соблюденія срока реституціи<sup>3</sup> (§ 110); такимъ образомъ реституція существовала только по формѣ, на дѣлѣ же норма цивильнаго права объ освобожденіи *capite minuti* отъ долговъ была отмѣнена.

## Б. Отдѣльныя основанія реституціи.

### а. § 105. Для неполнолѣтнихъ (*minores*).

t. D. IV, 4; de minoribus XXV annis.—t. C. II, 21: de in integrum restitutiōne minorum.—*Savigny*, §§ 322—324.—*Vangerow*, §§ 183. 184.—*Windscheid*, § 117.—*Brinz*, § 118.

Для лицъ неполнолѣтнихъ основаніемъ реституціи служитъ ихъ возрастъ, — все равно, достигли ли они совершеннолѣтія или нѣтъ<sup>1</sup> (§ 21), находятся ли они подъ отеческою властью<sup>2</sup>, подъ опекою, или нѣтъ, произошелъ ли ущербъ отъ ихъ собственныхъ дѣйствій (или упущеній), или отъ дѣйствій ихъ представителей<sup>3</sup>; даже если опекунъ дѣйствовалъ съ разрѣшенія опекунскихъ властей, то и тогда допускается реституція<sup>4</sup>. Реституція противъ собственныхъ дѣйствій или упущеній дается неполнолѣтнему лишь въ томъ случаѣ, если вредъ произошелъ отъ его необдуманности или неопытности<sup>5</sup>; то же слѣдуетъ относить и къ дѣйствіямъ и упущеніямъ представителей. Такая чрезмѣрная и немогущая быть оправданною легкость реституціи обратилась бы,

<sup>1</sup> 1. 1. 1. 2. D. h. t. 4, 1; Paul. sent. rec. 1, 7, § 2.—<sup>2</sup> Gai. 3, 84; 4, 38; 1. 2. § 1. 1. 7. §§ 2. 3. D. de cap. min. 4, 5; 1. 2. D. h. t. 4, 1.—<sup>3</sup> 1. 2. § 1. 5. D. de cap. min. 4, 5.

<sup>4</sup> 1. 29. пр. § 1. 1. 38. пр. 1. 47. пр. D. h. t. 4, 4; 1. 2. 1. 3. 1. 5. C. si tutor 2, 5; 1. 2. 1. 5. C. si adv. rem ind. 2, 29.—<sup>5</sup> 1. 3. § 4. 1. 23. D. h. t. 4, 4.—<sup>6</sup> 1. 29. пр. § 1. 1. 38. пр. 1. 41. пр. D. h. t. 4, 4; 1. 2. 1. 3. C. si tut. vel cur. 2, 24.—<sup>7</sup> 1. 11. C. de praed. 5, 71; 1. 2. C. de fid. min. 2, 24.—<sup>8</sup> 1. 7. § 2. D. h. t. 4, 4; 1. 25. C. de adm. 5, 37; § 2. 1. quib. al. 2, 8.—<sup>9</sup> 1. 1. пр. 1. 11. §§ 4. 5. D. h. t. 4, 4.



какъ замѣчаютъ сами источники, противъ самихъ же миноровъ, потому что всѣ бы боялись заключать съ ними или съ ихъ представителями какія бы то ни было сдѣлки; поэтому реституцію слѣдуетъ давать лишь противъ явной эксплуатаціи и въ случаѣ очевидной небрежности <sup>7</sup>.—Недостойнъ реституціи тотъ миноръ, который, заключая сдѣлку, завѣдомо выдавалъ себя за полнолѣтняго <sup>8</sup>.—Реституція не допускается: если минор объявленъ полнолѣтнимъ <sup>9</sup> (§ 21), если онъ подтвердилъ сдѣлку присягою <sup>10</sup> или призналъ ее по достиженіи полнолѣтія <sup>11</sup>, если слѣдствіемъ реституціи является вредъ для другого минора <sup>12</sup>, и еще въ нѣсколькихъ случаяхъ на основаніи чисто положительныхъ нормъ права <sup>13</sup>.

Къ минорамъ римское право приравниваетъ городскія общины <sup>14</sup> (каноническое право—церкви и благотворительныя учрежденія <sup>15</sup>, практика—*есъ* корпораціи, казну и *есъхъ* находящихся подъ опекою).—*Nasciturus*, по римскому праву, также имѣетъ право на реституцію <sup>16</sup>.

Новыя партикулярныя законодательства отмѣнили реституцію миноровъ и лицъ, приравненныхъ къ послѣднимъ, потому что этотъ институтъ (какъ мы выше замѣтили) является въ высшей степени опаснымъ для прочности правоотношеній; РСРО § 210 отмѣнилъ реституцію означенныхъ лицъ противъ послѣдствій процессуальныхъ упущеній.

### β. Для полнолѣтнихъ (*maiores*).

#### аа. § 106. Страхъ, возбужденный угрозами.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit.—t. C. II, 19: de his quae vi metusve causa gesta sunt.—*Schliemann* и *Schlossmann* въ соч., прив. къ § 51.—*Savigny*, § 330.—*Vangerow*, § 185.—*Windscheid*, § 118. *Brinz*, § 120.

Лицу, потерпѣвшему вредъ вслѣдствіе угрозы, дается *actio quod metus* и *exceptio quod metus* (§§ 55. 317); такъ какъ и *actio quod metus*, и *exceptio quod metus* суть *in rem scriptae*, то, по видимому, и не можетъ быть надобности въ реституціи. Тѣмъ не менѣе источники упоминаютъ, что дается реституція по поводу угрозы, когда кто либо отказался отъ вещаго права или требо-

<sup>7</sup> l. 24. § 1. D. h. t. 4, 4.—<sup>8</sup> l. 2. l. 3. C. si minor 2, 43; l. 9. §§ 2. 5. D. h. t. 4, 4.—<sup>9</sup> l. 1. C. si veniam 2, 45.—<sup>10</sup> l. 1. C. si adv. vend. 2, 28; Auth. sacramenta puberum.—<sup>11</sup> t. C. 2, 46: si maior factus ratum habuerit.—<sup>12</sup> l. 11. § 6. l. 34. pr. D. h. t. 4, 4.—<sup>13</sup> l. 3. § 4. D. h. t. 4, 4; l. 1. C. si adv. don. 2, 30; l. 11. C. de transact. 2, 4; Nov. 115. c. 3. § 13; l. 8. § 6. C. de bon. quae lib. 6, 61.—<sup>14</sup> l. 4. C. qu. ex caus. 2, 54.—<sup>15</sup> c. 1. c. 3. c. 6. X. de int. rest. 1, 41; c. 11. X. de reb. eccl. 3, 13.—<sup>16</sup> l. 45. pr. D. h. t. 4, 4.



ванія, далъ обѣщаніе<sup>1</sup>, отрекся отъ выгоднаго наслѣдства, открывшагося ему<sup>2</sup>, или принялъ наслѣдство, слишкомъ обремененное долгами<sup>3</sup>. Въ послѣднемъ изъ означенныхъ случаевъ, дѣйствительно, есть надобность въ реституціи, потому что act. и exc. metus не могутъ быть достаточными мѣрами при неопредѣленности и многочисленности, иногда необозримости тѣхъ правоотношеній съ чужими лицами, которыя могутъ находиться въ связи съ наслѣдствомъ; въ прочихъ же случаяхъ реституція недостаточно мотивирована.

### bb. § 107. Заблужденіе.

*Savigny*, § 331.—*Vangerow*, § 187.—*Windscheid*, § 118.—*Brinz*, § 120.

Источники упоминаютъ нѣсколько случаевъ реституціи вслѣдствіе заблужденія, если заблуждавшійся потерпѣлъ какой либо процессуальный вредъ (примѣры въ § 92 пр. 9, § 386 пр. 4); матеріальнаго же права касаются лишь два случая реституціи: а) если кредиторы наслѣдства, заблуждаясь въ составѣ наслѣдства, испросили benef. seperationis и понесли отъ этого ущербъ<sup>1</sup> (§ 427); б) если наслѣднику, который вслѣдствіе извинительнаго заблужденія попалъ въ положеніе недостойнаго (indignus) и, какъ таковой, лишился наслѣдства, принадлежало (прекратившееся теперь по confusio) требованіе противъ наслѣдодателя (§ 426 пр. 11).

### cc. § 108. Обманъ.

t. D. IV, 3; t. C. II, 20: de dolo malo.—*Savigny*, § 332.—*Vangerow*, § 185.—*Windscheid*, § 118.—*Brinz*, § 120.

Кругъ примѣнимости реституціи вслѣдствіе dolus очень споренъ. Такъ какъ act. doli имѣетъ вспомогательное (субсидіарное, § 318) значеніе, то можно было бы ожидать, что этотъ кругъ весьма обширенъ; въ источникахъ упомянуто нѣсколько случаевъ процессуальнаго вреда<sup>1</sup>; матеріальнаго права касается лишь реституція

1. вѣрителей, общій должникъ которыхъ отчудилъ вещь dolo<sup>2</sup> (§ 235 пр. 5);

<sup>1</sup> l. 9. §§ 3, 4. D. h. t. 4, 2; l. 3. C. h. t. 2, 19.—<sup>2</sup> l. 21. § 6. D. h. t. 4, 2.—<sup>3</sup> l. 25. § 5. D. h. t. 4, 2.

<sup>1</sup> l. 1. § 17. D. de sep. 42, 6.—<sup>2</sup> l. 17. D. de his quae ut in l. 34, 9; l. 21. § 1. D. de scil. Sil. 29, 5.

<sup>1</sup> l. 33. D. de re iud. 42, 1; l. 18. D. de int. in iure 11, 1; l. 3. § 1. D. de eo per quem factum 2, 10; l. 7. § 1. D. de i. i. rest. 4, 1.—<sup>2</sup> § 6. I. de act. 4, 6.



2. того лица, которое обманомъ побудили заключить какое либо *bonae fidei negotium* <sup>2</sup>.

**dd. § 109. Отсутствіе и другія препятствія къ охранѣ права.**

t. D. IV, 6: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur.—  
t. C. II, 53: quibus ex causis maiores in integrum restituantur.— *Savigny*,  
§§ 325—329.—*Vangerow*, § 188.—*Windscheid*, § 119.—*Brinz*, § 119.

Отсутствіе и другія препятствія къ охранѣ права могутъ только въ томъ случаѣ послужить основаніемъ реституціи, *если лицо упустило какое либо дѣйствіе и потерпѣло отъ этого вредъ*. Болѣе подробныя постановленія преторскаго эдикта суть слѣдующія <sup>1</sup>:

1. *Защита отсутствующаго противъ другихъ лицъ*. Реституція дается тому лицу, которое потерпѣло имущественный вредъ или лишилось иска, находясь въ отсутствіи вслѣдствіе основательнаго страха <sup>2</sup> или по государственной службѣ <sup>3</sup>, или находясь въ тюрьмѣ <sup>4</sup>, въ рабствѣ, въ плѣну у непріятеля <sup>5</sup>.

2. *Защита другихъ лицъ противъ отсутствующихъ*. Реституція дается другимъ лицамъ противъ отсутствующихъ, если послѣдніе получили какую либо имущественную прибыль или освободились отъ иска вслѣдствіе того, что находились въ отсутствіи или въ тюрьмѣ; при этомъ предполагается, что у отсутствующаго лица не было во время отсутствія защитника <sup>6</sup>. Причина отсутствія здѣсь безразлична.

3. *Generalis clausula* <sup>7</sup>. Въ заключеніи преторскаго эдикта говорится: *item si qua alia iusta causa esse videbitur, in integrum restitutum* <sup>8</sup>. Смыслъ этихъ словъ былъ въ прежнее время очень споренъ; по мнѣнію однихъ, судья могъ дать реституцію по *всякому* основанію справедливости, которое ему покажется уважительнымъ; по мнѣнію другихъ, судья могъ лишь дать реституцію по другимъ основаніямъ *отсутствія* (кромѣ перечисленныхъ sub 1), если они покажутся ему уважительными. Первое мнѣніе отвергнуто теперь всеми; оно даетъ просторъ вредному произволу судьи. Но и второе мнѣніе не вполне справедливо, потому что согласно

<sup>1</sup> l. 5. l. 10. C. de resc. vend. 4, 44.

<sup>2</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 4, 6.—<sup>3</sup> l. 2. § 1. l. 3. D. h. t. 4, 6.—<sup>4</sup> l. 4—7. l. 33. § 1. l. 38. l. 45. D. h. t. 4, 6.—<sup>5</sup> l. 9. l. 10. D. h. t. 4, 6.—<sup>6</sup> l. 11—15. § 2. D. h. t. 4, 6.—<sup>7</sup> l. 21. § 1. l. 23. pr. D. h. t. 4, 6.—<sup>8</sup> l. 26. § 1. l. 33. pr. D. h. t. 4, 6.—<sup>9</sup> l. 1. § 1. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6.



съ *clausula generalis* признаются за основанія реституціи не только эти другія основанія *отсутствія*, но также и другія (по большей части фактическаго свойства) препятствія, которыя, мѣшая защищать право, влекутъ за собою его потерю. Такъ, источники даютъ реституцію:

а. (добавленія къ 1) *legatis civitatis*<sup>9</sup>, женамъ воиновъ<sup>10</sup>) и военнымъ врачамъ<sup>11</sup>, *absentibus studiorum causa*<sup>12</sup>, уѣхавшимъ по промышленнымъ дѣламъ<sup>13</sup>; тому лицу, которое не могло осуществлять своего сервитута вслѣдствіе наводненія или истощенія источника отъ засухи<sup>14</sup> и др.;

б. (добавленіе къ 2) противъ того, кого нельзя было позвать въ судъ и у котораго не было представителя, напр., противъ умалишеннаго безъ опекуна, противъ городской общины безъ представителя<sup>17</sup>.

### 3) 110. Давность.

t. C. II, 52: de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum — *Savigny*, §§ 338—341. — *Vangerow*, § 180. — *Windscheid*, § 120. — *Brinz*, § 121.

Право на реституцію, осуществляется ли оно искомъ или эксцепціей<sup>1</sup>, погашалось, по классическому римскому праву<sup>2</sup>, истеченіемъ одного *annus utilis*; Константинъ<sup>3</sup> установилъ для реституціи миноровъ срокъ въ 5, 4 и 3 года, смотря по тому, живетъ ли миноръ въ Римѣ, въ Италіи или въ провинціи; наконецъ, Юстиніанъ для *всѣхъ* случаевъ реституціи предписалъ четырехлѣтній срокъ<sup>4</sup>. Срокъ начинается истекать: а) для миноровъ съ началомъ перваго дня 26-го года (теперь 22-го) ихъ возраста<sup>5</sup>; для лицъ, приравненныхъ къ минорамъ, давность начинается течь со дня нанесенія ущерба<sup>7</sup>; б) для отсутствующихъ и для другихъ лицъ, встрѣчающихъ препятствія къ охранѣ своего права—со дня ихъ возвращенія или со дня устраненія препятст-

<sup>9</sup> I. 8. l. 26. § 9. D. h. t. 4, 6; l. 86. pr. D. de a. h. 29, 2.—<sup>10</sup> l. 1. l. 2. C. de ux. mil. 2, 52.—<sup>11</sup> l. 33. § 2. D. h. t. 4, 6.—<sup>12</sup> l. 28. D. h. t. 4, 6.—<sup>13</sup> l. 57. D. mand. 17, 1.—<sup>14</sup> l. 34. § 1. l. 35. D. de serv. p. r. 8, 3; l. 14. pr. D. quemadm. s. am. 8, 6; l. 1. § 9. D. de it. 43, 19.—<sup>15</sup> l. 3. § 31. D. ad set. Sil. 29, 5.—<sup>16</sup> l. 15. § 5. D. quod vi 43, 24.—<sup>17</sup> l. 22. § 2. D. h. t. 4, 6; l. 124. § 1. D. de r. i. 50, 17.

<sup>1</sup> l. 9. § 4. D. de iurei. 12, 2.—<sup>2</sup> l. 19. D. de min. 4, 4; l. 1. § 1. l. 28. §§ 3. 4. D. ex qu. c. 4, 6; l. 7. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>3</sup> l. 2. C. Th. de int. rest. 2, 16.—<sup>4</sup> l. 7. C. h. t. 2, 52.—<sup>5</sup> l. 7. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>6</sup> l. 5. pr. C. h. t. 2, 52.—<sup>7</sup> Cl. un. de rest. 1, 11; c. 1. c. 2. in VI. de rest. 1, 21.



вія<sup>8</sup>; с) для лицъ, потерпѣвшихъ угрозы, заблужденіе, обманъ—съ момента *laesio*.—По мнѣнію многихъ юристовъ, теченіе срока должно начаться не раньше того момента, когда лицо, потерпѣвшее вредъ, узнало о *laesio*; это мнѣніе справедливо для классическаго права, потому что тогда срокомъ служилъ одинъ годъ, исчисляемый *utiliter*<sup>9</sup> (§ 74); но для права Константина<sup>10</sup> и Юстиніана<sup>11</sup> оно неосновательно, потому что сроки свыше года исчисляются *continuo*.—Въ продолженіе четырехлѣтняго срока просьба о реституціи, по предписанію Юстиніана, должна быть не только предъявлена, но и рѣшена судьей<sup>12</sup>; послѣдняго не признаетъ практика.

#### 4) § 111. Процессъ реституціи.

*Savigny*, §§ 334—337. 342. 343.—*Vangerow*, §§ 179. 181. 182.—*Windscheid*, § 120.—*Brinz*, §§ 121. 122.—*Regelsberger*, § 202.

**I. Тяжущіяся стороны.** Истцомъ бываетъ потерпѣвшій вредъ или его универсальный преемникъ<sup>1</sup>, или то лицо, которому уступлено право на реституцію<sup>2</sup>.—Лицо отвѣтчика зависитъ отъ природы юридическаго факта, противъ котораго должна наступить реституція; если этотъ юридическій фактъ повлекъ за собою потерю вещнаго права (напр., потерю права собственности вслѣдствіе давности владѣнія другого лица) или наслѣдства, то искъ реституціи направляется *in rem*, т. е. противъ всякаго владѣльца приобрѣтенной по давности вещи или наслѣдственныхъ вещей<sup>3</sup>; если же этотъ юридическій фактъ состоялъ въ заключеніи обязательства, то искъ направляется *in personam*, т. е. противъ другого контрагента (такъ, напр., *minor*, совершившій невыгодную продажу, можетъ требовать отъ покущика возвращенія проданной вещи<sup>6</sup>).

**II. Производство.** Производство всегда состоитъ въ провѣркѣ наличности обоихъ условій реституціи<sup>8</sup> (§§ 103 слѣд.); если таковыя окажутся на лицо, то теперешнее юридическое состояніе

<sup>8</sup> l. 7. § 1. C. h. t. 2, 52.—<sup>9</sup> l. 6. D. de cal. 3, 6.—<sup>10</sup> l. 2. C. Th. de i. i. r. 2, 16.—<sup>11</sup> cf. l. 8. C. de dolo 2, 20.—<sup>12</sup> l. 7. C. h. t. 2, 52; cf. l. 39. pr. D. de min. 4, 4; l. 5. pr. l. 6. C. h. t. 2, 52.

<sup>1</sup> l. 6. D. de i. i. r. 4, 1; l. 18. § 5. D. de min. 4, 4.—<sup>2</sup> l. 24. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>3</sup> l. 7. § 1. i. f. D. de exc. 44, 1.—<sup>4</sup> l. 13. pr. D. de min. 4, 4; l. 95. § 3. D. de sol. 46, 3; Paul. sent. rec. I, 9. § 6; l. 2. C. de fid. min. 2, 24.—<sup>5</sup> l. 17. pr. l. 30. § 1. D. ex qu. c. mai. 4, 6.—<sup>6</sup> l. 24. § 4. l. 27. § 1. D. de min. 4, 4.—<sup>7</sup> l. 13. § 1. l. 14. D. de min. 4, 4; l. 9. pr. eod; l. 1. C. si adv. pign. 2, 29; l. 39. pr. D. de ev. 21, 2.—<sup>8</sup> l. 3. D. de i. i. r. 4, 1.



отмѣняется и восстанавливается прежнее (поэтому новые юр. говорятъ здѣсь о *iudicium rescindens*); поскольку восстановленное состояніе нуждается въ фактическомъ осуществленіи, судья дѣлаетъ надлежащія распоряженія и обязываетъ, напр., лицо, купившее вещь отъ минора ко вреду послѣдняго, возвратить вещь взамятъ уплаченной цѣны<sup>9</sup>. Но если *laesio* состоитъ въ лишеніи иска (напр., истецъ вслѣдствіе своего отсутствія лишился иска по давности), то къ *iudicium rescindens* присоединяется еще *iudicium rescissorium*, т. е. процессъ, въ которомъ рѣшается *restituta actio*<sup>10</sup>. Оба процесса теперь обыкновенно соединяются въ одинъ.

III. *Рѣшеніе*. Если искъ о реституціи окажется основательнымъ, то юридическій фактъ, на которомъ основано настоящее юридическое состояніе, теряетъ силу, а восстанавливается прежнее состояніе<sup>11</sup>; истцу опять дается пропущенный срокъ<sup>12</sup>, отъ принятаго обязательства онъ освобождается<sup>13</sup>, потерянное вещное, обязательственное или наслѣдственное право присуждается ему опять<sup>14</sup>. Само собою разумѣется, что и противника слѣдуетъ тоже восстановить въ прежнее состояніе; поэтому на истца возлагаются прежнія обязательства; на него возлагается также обязанность выдать противнику всю прибыль отъ отмѣненнаго юридическаго факта<sup>15</sup>; отсюда исключается тотъ случай, если истецъ полученную прибыль потерялъ и не обязанъ отвѣчать за потерю; поэтому минор, получающій реституцію противъ продажи вещи, не обязанъ возвращать покупщику цѣны, если онъ растратилъ деньги<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> l. 24. § 4. l. 27. § 1. D. de min. 4, 4.—<sup>10</sup> l. 1. § 1. l. 28. §§ 5. 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 46. § 3. D. de proc. 3, 3; l. 7. § 3. D. quod falso 27, 6; другіе случаи съ *iud. resciss.* см. въ l. 13. § 1. D. de min. 4, 4; l. 9. § 3. 4. D. quod met. 4, 2.—<sup>11</sup> l. 24. § 4. D. de min. 4, 4; l. 29. D. ex qu. c. mai. 4, 6; l. 1. pr. C. de reput. 2, 47.—<sup>12</sup> l. 50. D. de min. 4, 4; l. 26. §§ 7. 8. D. ex qu. c. mai. 4, 6.—<sup>13</sup> l. 27. § 1. l. 50. D. de min. 4, 4; l. 19. D. de nov. 46, 2.—<sup>14</sup> l. 40. l. 48. D. de min. 4, 4; l. 23. § 2. l. 28. § 6. D. ex qu. c. mai. 4, 6.—<sup>15</sup> l. 27. § 1. l. 24. § 4. l. 40. § 1. l. 47. § 1. D. de min. 4, 4; l. 39. § 1. eod; l. 98. § 2. D. de sol. 46, 3.—<sup>16</sup> l. 32. § 4. D. de adm. 26, 7; l. 27. § 1. D. de min 4, 4.