Cesare Sanfilippo
Professore emerito neWUniversita di Catania

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

3»

Nona edizione

Curata ed aggiornata da
Alessandro Corbino e Antonino Metro

Rubbettino 1996

c3i

Институт государства и права Российской Академии наук

Чезаре Санфилиппо

НАУЧНЫЙ
АБОНЕМЕНТ

Курс римского частного права

Учебник

Перевод с итальянского

^

Под общей редакцией
доктора юридических наук *Д. В. Дождева*

КОМПЬЮТЕР
ИЮЛЬ 2002

Б ЩС 7 .;;, звания
' *) ТРОЙСКОЙ *От*

Москва м
Издательство БЕК, 2002

УДК 347(075.8)
ББК 67.3я73
С34

Сведения об авторе:

Чезаре Санфилиппо (род. в 1911 г.), выдающийся итальянский романист, автор фундаментальных исследований по всем областям римского частного права; прямой ученик одного из основателей современной науки римского права С. Риккобоно; преподавал римское право в университетах Камерино, Мессины и Катании, декан юридического факультета и ректор университета г. Катания в 1950—1974 гг. Единственный итальянский ректор, избранный в Постоянный комитет Конференции ректоров европейских университетов в 1974 г. В 1950 г. вместе с А.Гуарино основал журнал **IURA,** одно самых престижных международных периодических изданий по римскому праву, и возглавляет его до сих пор. В 1957 г. награжден золотой медалью «За заслуги в образовании и культуре», в 1958 г. удостоен звания Кавалера Большого Креста за заслуги перед Республикой.

Перевод с итальянского **И.И. Маханькова**
Автор предисловия **и** примечаний **Д.В. Дождев**
Составитель указателя латинских терминов **И.И. Маханьков**

Санфилиппо Чезаре
С34 **Курс римского частного права:** *Учебник/Пол* ред. *Д.В. Дождева* — М.: Издательство БЕК, 2002. — 400 с.

1SBN 5-85639-284-1 (рус.)
ISBN 88-7132-007-7(итал.)

Предлагаемый учебник римского частного права, впервые издаваемый на русском языке, — один из наиболее популярных в Италии. Настоящий учебник профессора Ч. Санфилиппо переведен с 9-го, исправленного и дополненного издания, подготовленного А. Корбино и А. Метро (Италия, Катанзаро, Мессина, 1996).

Учебник является одним из лучших университетских курсов, в котором изложены основы догмы римского частного права. Он дает представление о европейском стандарте вузовского учебника по римскому праву.

Охватывая все отрасли данной дисциплины, учебник отражает основные достижения современной западной романистики. Это методический шедевр. Информация, представленная в учебнике, достаточно четко распадается на обучающую и справочную. По такому учебнику может учиться и начинающий студент, его может использовать и опытный преподаватель.

Учебник снабжен подробным указателем латинских юридических терминов и выражений с переводом на русский язык и ссылками на страницы, где термин получает развернутое объяснение. Это своеобразный учебный словарь латинской юридической терминологии.

Для студентов, аспирантов и преподавателей высших юридических учебных заведений.

Издание представляет несомненный интерес для специалистов по гражданскому праву и всеобщей истории права.

УДК 347(075 8>

ББК 67.3я73

© Санфилиппо Чезаре, 2000
© Маханьков И.И., перевод на русский язык, 2000
© Маханьков И.И., составление указателя, 2000
© Дождев Д.В., предисловие, примечания, 2000
© Издательство БЕК, 2002

тстэм « *QZCIC\ ~>QA \ t* \
SRN 8Я713? 007-М.Е.Й
IbBN 88-7132-007-7(итал.)

Предисловие

Римское право — дисциплина, прочно вошедшая в структуру юридического образования в пореформенной России. Сегодня — это обязательный предмет на юридических факультетах университетов. Курс римского права, возобновленный в нашей стране в 1944 г., мыслился как курс римского частного права, тогда как история римского права входила в курс всеобщей истории государства и права. Таким образом, наша дисциплина соответствует курсу «Римское частное право» («Институции римского права»), читаемому в западноевропейских университетах. Именно для такого курса в 1948 г. коллектив высококлассных специалистов, руководимый И.Б.Новицким и И.С.Перетерским, создал учебник «Римское частное право». Этот же тематический принцип положен в основу моего учебника «Римское частное право» 1996 г. (2-изд.: 1999), который был задуман как новый, современный вариант большого университетского курса. Такой курс придает римскому праву статус введения в гражданское право и сравнительное правоведение, развивая блок не только исторических дисциплин, но прежде всего цивилистических. Именно в этом, на мой взгляд, заключается основной дидактический потенциал курса римского права сегодня*.

Такой подход соответствует высоким образовательным и воспитательным возможностям римского правового наследия, отвечает современным задачам формирования новой генерации юристов в России и необходимости как переосмысления структуры юридического образования, так и соответствующего концептуального переоснащения существующих понятийных схем и учебной литературы. *Основной* акцент закономерно смещается на те отрасли права, которые непосредственно связаны с самодеятельной личностью и с коммерческими отношениями. Именно в этих областях отставание отечественной юридической науки в годы советской власти было наиболее заметным, именно в этих областях сегодня идет наиболее радикальная правовая реформа, именно на этой сфере права сконцентрирован интерес гражданского общества. Искомую преемственность с общечеловеческой культурной и нормативной традицией как раз и может обеспечить знакомство с догматическими, юридико-аналитическими аспектами цивилистики на материале римского права. Усвоение богатств европейской и общемировой правовой культуры через непосредственное обращение к основе европейской правовой традиции — римскому частному праву — обеспечивает необходимую объективность и самостоятельность суждений, отличающую специалиста от дилетанта. Возможность проследить опыт

* Редкий опыт комплексного изложения публичного и частного права см.: *Скрыт/лее ЕЛ.* Основы римского права: Конспект лекций. М., 1998.

рецепции от истоков и оценить степень самобытности национальных гражданско-правовых систем обещает вывести учащихся и весь блок цивилистических дисциплин на новый уровень. Обстоятельное изучение римского права обогащает и блок исторических дисциплин, которые при учете положений данного курса и сами приобретают иное звучание.

Новая роль римского права в системе современного юридического образования предъявляет особые требования как к методическому оснащению курса, так и к самим преподавателям. Сегодня в России лишь единицы ведут исследования по данной дисциплине. Общий объем публикаций крайне невелик. Преподаватели же обращаются в основном к отечественной учебной литературе. Однако упомянутые качественные курсы предлагают такой объем материала, который не может быть полноценно усвоен за максимум 36 часов, обычно отводимых римскому праву в наших университетах. Историки права, на которых традиционно ложится преподавание римского права, и специалисты кафедр гражданского права, по которым в ряде университетов идет данный курс, вынуждены самостоятельно строить его, ориентируясь на собственные предпочтения и возможности. Общая методическая и методологическая база для квалифицированного отбора данных и предметных тем, которые они рассчитывают вместить в имеющиеся в их распоряжении десяток лекций и несколько семинаров, отсутствует. В результате на юридических факультетах по-прежнему господствует сокращенный и усеченный до предела курс И.Б. Новицкого «Основы римского права» 1958 г. (известный в последние годы под названием «Римское право»), который неизмеримо ниже по качеству, чем учебник 1948г. Издание 1958 г. олицетворяет отступление от научных и дидактических принципов, заложенных в полном курсе, и прививает соответствующее отношение к самому предмету, лишая современную молодежь надежд на качественное образование, а профессуру — на прогресс в развитии цивилистики.

В этих условиях необходим качественный малый курс римского частного права. Одним из неизбежных этапов его разработки является усвоение богатейшего методического опыта юридического образования в Западной Европе, где преподавание римского права ведется более девяти столетий и не прерывалось, как у нас. Именно в послевоенные годы, когда мы как высшим достижением довольствовались учебником 1948 г., основанным на курсе французского романиста начала XX в. П.Ф. Жирара, мировая романистика сделала качественный рывок в научном и дидактическом развитии. Десятки объемистых университетских курсов, рассчитанных на 2-4 семестра интенсивного изучения, позволили наработать эффективные принципы преподавания дисциплины и создать уствойчивые программы, отвечающие современному состоянию науки. Наибольшие достижения в этом направлении в 50—70-е годы были сделаны в Италии, которая вот уже столетие лидирует и в науч-

ном изучении римского права. Обеспокоенность состоянием романистики и соответствующего университетского курса в нашей стране привела к тому, что сотрудничество Института государства и права РАН с ведущими итальянскими университетами и исследовательскими центрами по римскому праву приобрело новое направление и выразилось в методической и методологической помощи со стороны ведущих специалистов Римского (Л. Капогросси Колоньези), Неаполитанского (Л.Лабруна), Катанского (А. Корбино) и Мессинского (А. Метро) университетов. Итальянские коллеги, в частности, рекомендовали к переводу на русский язык и последующему внедрению в систему высшего юридического образования новую редакцию учебника Чезаре Санфилиппо «Институции римского права» (Катанзаро; Мессина, 1996).

Предлагаемый учебник римского частного права — один из наиболее популярных в Италии: с 1952 г. он выдержал девять изданий. Неоднократно обновляясь (вплоть до самого последнего времени, когда новую редакцию подготовили уже более молодые и активно работающие сотрудники маститого ученого), учебник за свою долгую жизнь постоянно оказывался в ряду лучших университетских курсов. Здесь с большим мастерством изложены основы догмы римского частного права — принципы правового взаимодействия частных лиц, сложившиеся в Древнем Риме и ставшие моделью для последующего гражданско-правового развития в странах континентальной Европы.

Учебник отличается небольшим объемом, доступностью языка и предельной четкостью формулировок, последовательностью авторской позиции в интерпретации самых нестандартных явлений римского права и умелым примирением порой взаимоисключающих трактовок отдельных конструкций, высказанных в науке, практичной и методически выдержанной композицией, структурной уравновешенностью общетеоретических рассуждений и узкоотраслевых сведений.

Обычно «маленькие» учебники подают материал в обобщенном, приблизительно гармонизированном виде, так что их невысокий научный уровень и фактологическая бедность оказываются неоправданно дорогой платой за удобства дидактического плана. «За бортом» таких руководств остаются многие детали, важные для понимания исторического развития отдельных институтов и их современной конструкции, противоречия в доктринальной оценке тех или иных явлений и тем более продолжающиеся споры по актуальным проблемам дисциплины. Краткие курсы стремятся привести все богатство мнений, высказанных и обоснованных в ходе научного изучения предмета, к простейшим примиряющим схемам, которые настолько же далеки от действительности, насколько искажают и существующие отдельные решения, игнорируя внутреннюю логику каждой самостоятельной гипотезы. Наконец, краткие курсы — просто из-за их небольшого объема — вынуждены отказываться от развернутого обсуждения юридической природы

и значения как фундаментальных принципов изучаемой дисциплины, так и отдельных институтов. Остается в силе проверенное практикой утверждение, что по «толстым» учебникам учиться легче. Здесь и студент, и преподаватель находят ответы, тогда как изучение краткого курса порождает больше вопросов и недоумений. К кратким курсам обычно обращается нерадивый студент, у которого нет желания глубоко изучить предмет и который воспринимает университетский диплом как существующее в силу живучести административных традиций неудобство, как навязанный некими госструктурами реквизит дальнейшего трудоустройства, подменяя на этой почве в своей шкале ценностей подлинное знание и профессиональное мастерство удовлетворительной оценкой на экзамене. Профессура же высокомерно относится к таким учебникам как к необходимому злу, будто вызвать интерес учащихся может *никак не глубина и* насыщенность курса, а только его видимая доступность и необременительность.

Учебник профессора Ч. Санфилиппо убедительно опровергает общее мнение о возможностях краткого университетского курса. Это методический шедевр. По такому учебнику может учиться не только начинающий, но и хорошо знакомый с предметом опытный преподаватель. Написанный учеником великого С. Риккобоно, он в обобщенном виде выражает лучшие традиции и достижения сицилийской романистики— одной из самых авторитетных школ в науке римского *права XX* столетия. Эта школа гармонично сочетает развитые немецкой падектистикой цивилистические понятия и категории и конкретно-исторические трактовки в традиции романской правовой культуры. Выраженный отказ от гиперкритического отношения к текстам римского права, органичное включение римского правового наследия в общий процесс развития европейской правовой мысли и науки гражданского права, трактовка римских правовых институтов с высоты современного категориального аппарата приводят к замечательным результатам, позволяя выявить богатейший культурный и познавательный потенциал романистической правовой традиции и значительно обогащая наши теоретические представления.

Многие трактовки, возможно, удивят специалистов, так как они заметно расходятся с теми, что стали привычными по работам И.Б.Новицкого, однако они, как правило, являются общепринятыми в современной романистике. Иногда автор сознательно уходит от более развитых представлений, стремясь дать читателю то стандартное решение, которое может в дальнейшем стать основой для изучения современных трактовок. Эти случаи немногочисленны, они не искажают общей картины устойчивых представлений, сложившихся в романистике к концу XX столетия, но о некоторых из них следует предупредить вдумчивого читателя. Так, предельно упрощенным выглядит толкование понятия «право народов» *(ius gentium):* по версии Ч. Санфилиппо,

восходящей еще к Т. Моммзену, это часть римской правовой системы, сложившаяся в судах претора перегринов и выраженная в соответствующем эдикте. Однако уже в начале века утвердилось другое понимание. О. Ленель показал, что «право народов» — это часть цивильного *(ius civile),* а не преторского права *(ius honorarium),* система, сложившаяся в основном в суждениях римских юристов в результате (и в ходе) постоянного анализа практики оборота, распространявшейся и на неграждан (перегринов). Именно это согласованное мнение юридической доктрины повлияло на деятельность преторов, на развитие средств защиты и такой формы позитивного права, как преторский эдикт. Большинство исков, защищающих отношения из сделок по «праву народов», — это цивильные иски, так что и сами отношения мыслились как материально-правовые, а не процессуальные (преторские).

Подобное же упрощение можно видеть и в трактовке соотношения между браком и переходом жены во власть мужа. Еще в 30-е годы в романистике утвердилась концепция Э.Вольтерры, в соответствии с которой браком следует считать союз мужчины и женщины, потомство от которого следует положению отца, независимо от того, переходила ли жена в семью (и во власть) мужа. Эта концепция лишает оснований распространенное учение о браке с переходом *(fum manu)* и без перехода жены во власть мужа *(sine manu),* так настойчиво проводившееся в прежних руководствах и пособиях и удержавшееся в учебнике Ч.Санфилиппо.

Иногда в учебнике воспроизводятся уже отжившие представления времен «охоты за интерполяциями». Так, порядок, согласно которому по иску о наследстве *{hereditatis petitio)* взысканию подлежали не только вещи из состава наследства, но и цена тех из них, что были проданы, объявляется юстиниановским нововведением, тогда как он был установлен по Ювенциеву сенатусконсульту, принятому при Адриане по инициативе знаменитого Ювенция Цельса. Именно этот порядок сказался на юстиниановской трактовке иска о наследстве как иска «по доброй совести», вопреки его вещному характеру.

Сходным образом иск о приданом *(actio rei iixoriae)* назван иском «по доброй совести» *{actio bonae fidei)* уже Цицероном *(Cic, de off.,* 3,15,61; *Top.,* 17,66), так что это никак не могло быть юстиниановской новеллой.

Число таких отклонений в пользу отживших интерпретаций в учебнике невелико. Иногда я считал нужным внести пояснения непосредственно в подстрочник, чтобы предупредить читателя и помочь избежать возможного заблуждения. В большинстве случаев такое вторжение преследовало цель не исправить, а полнее раскрыть мысль автора и показать возможные следствия из того или иного положения, которые не получили, как кажется, должного объяснения в тексте учеб-

ника. В целом такие вторжения и пояснения оказались совсем немногочисленными и, надеюсь, не помешают верно воспринимать и оценивать текст самого автора.

Богатейший понятийный арсенал сицилийского ученого поставил непростые задачи по переводу. За основу были приняты русская традиция романистики и опыт дореволюционных переводов трудов по римскому праву с учетом терминологии, утвердившейся в современном Гражданском кодексе России. В ряде случаев, когда устойчивый русский эквивалент отсутствовал или представлялся крайне неудачным, вводился новый термин. Критерием отбора служило соответствие современным языковым нормам, понятность и точность. Так, традиционное название преторской формы процесса «формулярный процесс» не соответствует значению латинского термина *«per formulas»,* вызывает неуместную ассоциацию с русским словом «формуляр», семантика которого насыщена протокольно-бюрократической коннотацией и уводит читателя от понимания смысла института. Было использовано другое выражение, наиболее близкое к оригиналу и приемлемое с точки зрения русской языковой нормы: процесс «по формуле»,— которое, как кажется, вполне точно передает суть этой формы организации судопроизводства.

Сходная проблема возникла в отношении передачи термина«со//а//о *bonorum»,* обозначающего внесение посторонними наследниками, призываемыми к наследству по преторскому праву, имущества в общую массу с целью формирования единого комплекса, подлежащего последующему разделу между всеми наследниками (как посторонними, так и необходимыми). В русской романистической литературе термин оставляли без перевода. В данном издании предложен, как кажется, удачный эквивалент «складчина». Думается, подобные нововведения помогут читателю лучше усвоить материал, не отвлекаясь на самостоятельное словотворчество. Специалисты же получат повод поразмыслить над усовершенствованием русской юридической терминологии, относясь к предложенным вариантам как к возможным, но, конечно, не окончательным. Вынося на суд читателя эти и другие «находки», мы относимся к ним именно как к рабочим гипотезам, предложениям для обсуждения, которое, надеемся, сможет дать новый импульс развитию отечественной цивилистики. Задача разработки языка гражданского права остается одной из самых актуальных как в догматическом, так и в историческом аспекте развития этой дисциплины. Пока такая работа не получила систематического развития и не привела к существенным результатам, в большинстве случаев при переводе отдавалось предпочтение традиционной терминологии, независимо от ее адекватности.

Текст учебника насыщен латинскими словами и выражениями. Эта распространенная в романистической литературе практика диктуется самим материалом и позволяет избегать переводов, которые неизбежно

страдают приблизительностью и неточностью. Однако наш студент еще меньше, чем итальянский, о котором автор откровенно говорит в предисловии, готов к восприятию латинской терминологии. Следуя авторскому тексту и сохраняя в большинстве случаев терминологию оригинала, переводчик при каждом первом упоминании сопроводил латынь русским переводом. Перевод нередко повторяется и в дальнейшем, если нет уверенности в том, что читатель усвоил употребляемый термин так, что от частого упоминания он оказался «на слуху» и не вызывает больше затруднений в восприятии. Учебник снабжен указателем латинских терминов, с переводом и отсылками к тем страницам, где термин получает развернутое объяснение. Указатель может стать своеобразным пособием по юридической латыни, его полнота и адекватность перевода могут с успехом восполнить пробелы в филологической подготовке студента.

К несомненным достоинствам публикуемого труда относится его структура. Курс последовательно разбит на Общую и Особенную части, так что некоторые темы даже излагаются дважды. Например, право лиц подается в общей части с точки зрения учения о субъектах оборота: здесь анализируются основные вопросы правоспособности и дееспособности лиц. Однако институты опеки и попечительства как более частные ситуации компенсации недееспособности подробно рассматриваются в Особенной части не как формы необходимого представительства, а как особые формы защиты малолетних и женщин и поэтому включаются в семейное право. Такое распределение материала позволяет подготовить читателя к восприятию деталей и отдельных институтов, о которых говорится уже после того, как общие положения и описание целого стали известны. Читатель при этом *полностью* избавлен от возможной путаницы, от смешения основных понятий и принципов с их специфическим воплощением или конкретно-историческим раазвитием. Учебник позволяет получить как теоретические, так и исторические знания по цивилистике и римскому гражданскому праву, которое легло в основу современных научных представлений и норм действующих гражданских кодексов.

Учебник содержит шесть разделов в соответствии с пандектной системой: Общая часть, право лиц, вещное право, обязательства, наследование. Отдельный раздел (пятый) отведен дарению, которое по теоретическим соображениям не может быть включено ни в одну из названных частей курса; семейное право рассматривается вместе с правом лиц. Каждый раздел разбит на главы, главы — на параграфы. Параграфы объединены общей нумерацией от начала до конца книги, всего в ней 336 параграфов. Такая нумерация подчеркивает содержательное единство курса и удобна для отсылок: если какое-либо понятие или институт упоминается мельком *extra sedes materiae,* автор отсылает читателя к уже изученному материалу в предыдущих параграфах или к

тем, знакомство с которыми еще только предстоит. Предполагается, что пытливый читатель полистает книгу, обратится к предшествующим материалам, чтобы освежить память, или к последующим, чтобы получить предварительное представление о незнакомом предмете. Число таких «забеганий вперед» в учебнике минимально, оно вызвано институциональным принципом построения курса и соответствующей организацией материала, когда каждое явление рассматривается *ex professo* в своем месте, тогда как сопутствующие упоминания о других институтах носят отсылочный характер. Строго следуя системе, автор вынужден отводить некоторым многофункциональным институтам несколько отдельных параграфов в разных частях курса. В таких случаях полное изложение дается только однажды, тогда как содержание других параграфов, посвященных данному институту, представляет собой лишь отсылку к предыдущему изложению. Выделение особой рубрики в таких случаях призвано лишь отразить тот факт, что данное явление может быть систематизировано по разным отраслям римской правовой системы и имеет особую, значимую функцию в данном разделе курса. Так, залог может (и должен) рассматриваться в курсе трижды: как особое право на чужую вещь, как форма гарантии обязательства и как реальный контракт. Ч. Санфилиппо посвящает ему специальную главу в разделе вещного права (§186—189), тогда как в других разделах соответствующие параграфы (§197 и 233) введены из соображений системы изложения и по содержанию носят лишь отсылочный характер.

В заключение несколько методических рекомендаций. Информация, представленная в учебнике, достаточно четко распадается на обучающую и справочную. В Общей части и в начале изложения крупных разделов автор вводит новые понятия и излагает теоретические положения, которые в дальнейшем, в ходе описания отдельных юридических явлений и институтов, получают свою конкретизацию. Читателю следует, усвоив этот материал, вновь обратиться к «теоретическим» разделам и попытаться самостоятельно или с помощью преподавателя насытить изложенные методологические принципы конкретно-юридической информацией, подобрать исторические примеры. Общий ход такой работы (особой в каждом конкретном случае) может воплотиться в последовательном решении вопросов типа: «Какой принцип гражданского права выразился в том или ином институте?», «Как конкретная юридическая конструкция воплощает тот или иной принцип?», «Какие отклонения от общих принципов наблюдаются в отдельных институтах?», «Остаются ли разные толкования отдельных правовых явлений, предложенные римской юриспруденцией, в рамках изложенных принципов?». При этом следует помнить, *что* общие принципы, как правило, были сформулированы в средние века или в произведениях немецких пандектистов, тогда как римская юриспруденция обычно ограничивалась анализом отдельных казусов и лишь в элементарной (учебной) литературе иногда

поднималась (или снисходила, если иметь в виду практические задачи по сохранению и развитию нормативной традиции общества, которые она решала) до выражения общих правил гражданского права.

Наконец, следует постоянно учитывать, что институциональный принцип подачи материала, которому следует автор, объективно не позволяет показать многомерность римской правовой системы, рассмотреть отдельное явление во всем его богатстве. Между тем именно такая задача стоит перед тем, кто желает хорошо изучить римское право. При работе с учебником нужно уделить особое внимание отсылкам к другим параграфам, содержащимся в тексте учебника: усвоение материала отдельного параграфа можно считать успешным, только если все подобные отсылки были отслежены и востребованы в ходе изучения. Полученная информация будет намного глубже, объемнее, чем простое извлечение сведений о разрозненных формах или конструкциях, представленных в отдельных разделах учебника, которые обычно относятся лишь к какой-то одной специфической стороне изучаемого института.

Желаю успешной работы!

Д. В. Дождев

Предисловие к третьему изданию

Lectori malevolo
(Неблагосклонному читателю)

На основании двадцатилетнего опыта чтения курса «Римское частное право» («Институции») и по итогам экзаменов, принятых, если не ошибаюсь, у примерно 15000 студентов, я пришел к убеждению, что учебники по «Римскому частному праву» для студентов первого курса юридических факультетов итальянских университетов не таковы, какими им следовало быть. Дело в том, что учебник классического типа (а в Италии их немало, причем превосходных) обращен к абстрактному и идеальному образу студента, который в действительности встречается среди учащихся очень и очень редко. Вряд ли стоит надеяться на то, что такой учебник будет раскрыт юным гуманитарием, знатоком латыни и греческого, прекрасно знакомым с историей античного общества и античной литературой, сведущим в философии и, сверх того, владеющим парой иностранных языков, которые совершенно необходимы, чтобы обращаться к работам, указываемым в сносках. В реальности же я могу констатировать, что нашего студента, хотя в кармане у него и лежит аттестат о «классическом образовании», ставит в тупик даже старый добрый «Гай», перевод и комментарий которого я (в числе, как мне думается, немногих преподавателей) требую на экзамене.

Кроме того, многие профессора (и здесь я говорю не об одних лишь романистах), энтузиасты собственной дисциплины, склонны сообщать своему преподаванию, а значит, и своим учебникам, такие черты, какие были бы им необходимы, если бы студенты намеревались посвятить себя научной карьере в области данной дисциплины. Таким образом, они обращены к аудитории специализирующихся в этой области. То, что такая более или менее сознаваемая отправная точка весьма удалена от истины, ясно само собой. Применительно, однако, к преподаванию римского частного права ее ложность еще очевиднее.

Насколько мне известно, Италия— единственная страна, в которой студент, выдержав государственные экзамены, становится по окончании университетского курса доктором, что необходимо для работы в сфере юриспруденции и для занятия административных должностей категории «А». В Министерстве образования продолжает изучаться проблема дифференциации учебных курсов: того, что предназначен желающим посвятить себя работе в адвокатуре и госаппарате, и другого, последипломного, нацеленного на научную углубленность и завершающегося докторантурой. Пока же фактом является то, что не только курс «Римское частное право» («Институции»), но даже двухгодичный курс «Римского права» предназначены в современной Италии студен-

там, рассчитывающим найти себе занятие в адвокатуре и администрации. Так что благородным амбициям преподавателей должны быть поставлены разумные пределы. Те немногие учащиеся, которые обнаружат способности, душевный настрой и стремление посвятить себя непростой карьере (быть может, миссии?) романиста, могут воспользоваться семинарами, практическими занятиями и как раз этими самыми учебниками, о которых говорилось вначале и к которым я считаю себя обязанным отослать их всякий раз, когда предоставляется такая возможность. Однако большинству студентов, едва ли не подавляющему, эти самые учебники не по зубам, они им просто неинтересны.

Наконец, при их написании часто забывают, что в отличие от своих сотоварищей на всех прочих факультетах студент, приступающий к изучению юриспруденции, переступает порог *alma mater,* не располагая абсолютно никакими понятиями, пускай самыми начальными и приблизительными, относительно науки, с которой он будет здесь иметь дело. Преподаватель рииского частного права испытывает подлинное чувство «творца» в библейском смысле этого слова, и это творчество, тяжелейшее, но и в высшей степени возвышенное, обретает лучшую награду за труд, «*quae non recipit aestimationem*» («который не поддается оценке»)[1].

С учетом всего этого курс «Римское частное право», насколько мне представляется, должен быть логической и дидактической предпосылкой к курсу «Частное право» и соотноситься с ним также и хронологически. Он должен явиться призывом к пробуждению исторического сознания, которое одно, в том числе и в сфере права, способно принудить нас к пониманию того, что человеку следует смирить свою личную гордыню, дабы вознести на тем большую высоту чувство гордости всем родом человеческим, что человек должен ощущать себя частицей крошечной, но деятельной, частицей всеобщего и бессмертного человеческого духа — того Человечества, которое на протяжении своей поразительной многотысячелетней жизни путом и кровью написало историю общественного прогресса.

В современной Италии курс «Римское частное право» призван побуждать юношей становиться не хорошими романистами, но хорошими юристами.

Так что если не следует подниматься на уровень, достигнутый теми «золотыми» учебниками, значит, надо опускаться до уровня необразо-

[1] Близкое нам понятие «бесценная вещь» в действительности восходит к римскому праву. В римском гражданском процессе присудить ответчика можно было только к уплате денежной суммы. Отсюда особое внимание к объектам и ценностям, не поддающимся оценке в денежном выражении. Такова прежде всего личная свобода *(libertas),* которая в этом смысле не имеет цены. Таковы и священные и культовые вещи, изъятые из оборота. Автор намеренно отсылает читателя к римским корням понятия, созвучного самому предмету курса.

ванных и нерадивых студентов? Я предвижу это возражение и должен сказать, что оно бьет мимо цели. Будем придерживаться знаменитой Горациевой меры *(modus)* и постараемся выработать такой текст, который, не теряя достоинств, присущих университетскому преподаванию, отвечает тем целям, на которые направлен, как и потребностям и возможностям едва ли не всех слушателей, оценивая их без пессимизма, но и без излишнего оптимизма, т.е. воспринимая их такими, какие они есть.

Вот каковы плоды моего личного, пускай скромного, опыта, и в соответствии с этим опытом вырабатывались критерии, на которые я ориентировался при подготовке третьего издания своего учебника. Мне могут заметить, что такие критерии удобны для меня, поскольку соразмерны моей малости и неспособности написать учебник высокого уровня. Могу с этим согласиться. Но можно ведь допустить совпадение удобства и добротности. А в том, что мои критерии хорошего качества, я искренне убежден.

В предисловии к французскому учебнику, который вдохновлялся почти теми же принципами, которые отстаиваю и я, говорится, что здесь имеется в виду лишь «краткое изложение», которое предполагает, «естественно», предварительное изучение одного из классических учебников, вышедших из-под пера знаменитых ученых. Вы можете себе вообразить, чтобы наши студенты в своей массе, прежде чем взяться за учебник своего преподавателя, за учебник, который рекомендован или принят в качестве текста для экзамена, ощутили нужду или долг штудировать другой учебник, куда более сложный и трудный?

Итак, прочь лицемерие!

А поскольку мы, университетские профессора, пользуемся, слава Богу, по крайней мере педагогической самостоятельностью, позвольте мне также и в этом, третьем издании делать то, что я почитаю своим долгом.

Автор

Предисловие к девятому изданию

Опыт преподавания, оценку которому можно дать также и в свете последствий непродуманной законодательной реформы, сделавшей свободной запись на все факультеты университета, подкрепил наше (сложившееся еще у самого автора) убеждение в том, что учебник «Курс римского частного права» не может притязать на то, чтобы студенты отдавали ему силы за пределами определенной разумной меры, которая связана и с объемом получаемых знаний.

За последние годы появился ряд новых, чрезвычайно ценных с научной точки зрения учебников, и мы считаем их достойными самой высокой оценки. Однако при получении обрадовавшего нас приглашения автора взять на себя подготовку нового издания (он просил осовременить текст, доказавший, на наш взгляд, свою весьма незаурядную дидактическую эффективность) мы сочли своим долгом сосредоточиться в основном на том, чтобы оставить в неприкосновенности главные качества данного учебника (органическая систематизированная сжатость, ясность и простота изложения, неизменная направленность на дидактические цели), и прежде всего не погрешить против идей автора, даже ценой подавления возникавшего по разным поводам искушения внести сюда собственные идеи.

Очевидно, не нам судить, насколько отвечает намерениям достигнутый результат. С любовью и преданностью посвящаем мы свой труд дорогому Учителю — в надежде, что смогли внести вклад в увековечение его непревзойденного педагогического мастерства.

Алессандро Корбино,
Антонино Метро

Содержание

Предисловие ..... **V**
Предисловие к третьему изданию ..... **XIV**
Предисловие к девятому изданию ..... **XVI**

Введение .....

Глава I. Предварительные замечания .....
§ 1. Общество, государство, право .....
§ 2. Интерпретация юридических норм .....
§ 3. Право в субъективном смысле 4

Глава II. Изучение римского права 6
§ 4. Значение и цели изучения римского права 6
§ 5. Предмет и содержание курса 8
§ 6. Периоды истории римского права 11
§ 7. Источники познания римского права 21

Часть I. Общие сведения **23**

Глава I. Римский правопорядок 23
§ 8. Источники возникновения 23
§ 9. Различные значения термина *«ius»* 25
§ 10. Подразделения объективного права 26
§ **11.** Субъективные права и обязанности. Приобретение, утрата, передача прав. Правовое ожидание 31

Глава II. Субъекты частного права 35
§ 12. Юридическая личность 35
§ 13. Правоспособность 35
§ 14. Категории субъектов. Физические и юридические лица 37
§ 15. Требования к юридической правоспособности физических лиц. Физическое существование: возникновение и прекращение. Способы доказательства 37
§ 16. *Status personae* (состояние лица) 38
§ 17. Причины ограничения правоспособности физических лиц в частном праве. Соображения общего характера 40
§ 18. А) Общественное осуждение. *Ignominia* (позор) и *infamia* (бесчестье) 40
§ 19. Б) *Addictio* (присуждение во власть истцу) и *nexum* (долговая кабала) 41
§ 20. В) *Redemptio ab hostibus* (выкуп из вражеского плена) 41
§21. Г) *Auctoramentum* (поступление в гладиаторы) 41
§22. Д) Женщины 42
§ 23. Е) Классы и социальный статус 42
§ 24. Ж) Религия 43

§ 25. Деепособность 44
§ 26. Причины, исключающие или ограничивающие способность совершать действия лиц *sui iuris* 44
А) Возраст 44
§ 27. Б) Женщины 46
§ 28. В) Болезнь 46
§ 29. Г) Расточительство 47
§ 30. Юридические лица. Соображения общего характера .. 47
§ 31. Корпорации 48
§ 32. Фонды 49

Глава III. Объекты права. Имущество. Вещи 51
§ 33. Понятие «объект» права. Вещи 51
§ 34. Понятие «имущество». *Res corporales* (вещи материальные) и *incorporales* (нематериальные) 52
§ 35. *Res mancipi* (вещи манципируемые) и *nec mancipi* (неманципируемые) 53
§ 36. *Res in patrimonio* («вещи в имуществе») и *extra patrimomum* («вне имущества»). *Res quarum commercium non est* (вещи, изъятые из оборота) 54
§ 37. *Res divini iuris* (вещи божественного права) 55
§ 38. *Res humani iuris quarum commercium non est* (изъятые из оборота предметы, относящиеся к человеческому праву) 56
§ 39. Классификация *res in commercio* 57
А) Движимые и недвижимые вещи 57
§ 40. Б) Вещи родовые и вещи индивидуально определенные. Вещи заменимые и незаменимые 57
§41. В) Вещи потребляемые и непотребляемые 58
§ 42. Г) Вещи делимые и неделимые 59
§ 43. Д) Вещи простые, составные и собирательные 59
§44. Е) Вещи главные и побочные 60
§ 45. Плодоносящие вещи. Плоды 61
§ 46. *Impensae* (затраты) 62

Глава IV. Юридические факты 65
§ 47. Понятие и классификация юридических фактов 65
§ 48. Юридические факты в строгом смысле слова 66
§ 49. Истечение времени 66
§ 50. Ошибка 67
§ 51. Юридическая сделка. Понятие и классификация 68
§ 52. Существенные элементы юридической сделки 69
§ 53. Естественные элементы юридической сделки 71
§ 54. Привходящие элементы юридической сделки 72
§55. А) *Condicio* (условие) 72
§56. Б) *Dies* (срок) 76
§57. В) *Modus* (целевое назначение) 77

§ **58.** Юридическая сделка и полномочие субъекта. Представительство....78
§ 59. Ничтожность и недействительность юридической сделки....80
§ 60. Причины ничтожности....82
А) Недееспособность субъектов....82
§61. Б) Непригодность объекта....82
§62. В) Отсутствие воли. Ошибка....82
§63. Г) Отсутствие формы....84
§64. Д) Отсутствие основания....84
§65. Причины обратимости сделки....85
§ 66. А) Угроза применения силы....85
§67. Б) Злой умысел....87
§68. В) Ошибка в отношении мотивов....87
§ 69. Конвалидация юридических сделок....88
§ 70. Незаконные действия....88
§ 71. Ответственность....90
Глава V. Защита прав....93
§ 72. Функции процесса. Гражданский процесс....93
§ 73. Общие понятия....94
§74. Историческое развитие....**95**
§ 75. I. *Legis actiones* (иски по закону). Судебный процесс.. *96*
§ 76. Исполнительные *legis actiones*....**99**
§77. 11. Процесс *«per formulos»* («по формуле»)....100
§ 78. Строение формулы....103
§ 79. Различные типы формульных исков....106
§80. Экстраординарное вмешательство магистрата....108
§ 81. **III.** *Cognitiones extra ordinem* (экстраординарное дознание)....109
§ 82. Процедура *extra ordinem*....112

Часть II. Права лиц и семейное право....**113**
Глава I. *Statiis libertatis* (свободное состояние)....] 13
§83. *Liberi* (свободные) и *servi* (рабы)....113
§ 84. Юридическое положение рабов в частном праве....114
§ 85. Причины рабского состояния....115
§ 86. А) Причины рабского состояния, непосредственно связанные с рождением....115
§ 87. Б) Причины рабского состояния, последующие рождению....116
а) Плен....116
§ 88. б) Причины рабского состояния по *ius civile* . 116
§ 89. Причины прекращения рабского состояния....117
А) Цивильная манумиссия....117
§90. Б) Преторская манумиссия....118
§91. В) Другие типы манумиссии....119
§92. Ограничения манумиссии....119
§ 93. Г) Приобретение свободы в силу законодательного распоряжения....120
§ *94.* Право патроната. Понятие *и сущность*....120

§ **95.** Прекращение права патроната 121
§ **96.** Лица ш *mancipio* (или *in causa moncipii,* в манципированном состоянии) 121
§ 97. Другие особые состояния, отражающиеся на *status libertatis* лиц. Отсылка к предыдущему изложению 122

Глава II. ***Status civitatis* (гражданское состояние)** 123
§ 98. Понятие и сущность гражданства 123
§ **99.** *Cives romani* (римские граждане) 123
§ **100.** *Latini* (латинские граждане) 125
§ **101.** *Peregrini* (чужестранцы) 125

Глава III. ***Statiis familiae* (семейное состояние)** 127
§ 102. Строение римской семьи 127
§ **103.** Приобретение и утрата *patria potestas* (отцовской власти) 128
§ **104.** Личное содержание *patria potestas* 129
§ **105.** Имущественное содержание *patria potestas* 130

Глава IV. **Брак** 132
§ 106. Характер римского брака 132
§ **107.** Предварительные условия брака 133
§ **108.** Помолвка *(sponsio)* 134
§ **109.** *Manus. ConvenUo in manum* (переход во власть мужа) . 135
§ ПО. Расторжение брака 136
А) Объективные основания 136
§ **111.** Б) Субъективные основания 137
а) Развод 137
§ **112.** б) Воля *patres fomilias* (домовладык) супругов 139
§ **113.** Имущественные отношения между супругами. Приданое: понятие и способы установления 139
§ **114.** Право мужа на имущество, входящее в приданое 140
§ **115.** Возврат приданого 140
§ **116.** Предбрачный дар 142
§ **117.** Внебрачные союзы 142
А) Конкубинат 142
§ **118.** Б) *Contubemium* 143

Глава V. **Отцовство** 144
§ 119. Дети законные и побочные 144
§ **120.** Узаконенные дети 144
§ **121.** Приемные дети 145

Глава VI. **Родство и свойство** 147
§ 122. *Adgnatio* и *cognatio* ..... * 147
§ **123.** Линии и степени родства 147
§ **124.** Свойство 148

Глава VII. **Опека и попечительство** 149
§ 125. Понятие и историческое развитие **149**
§ **126.** Опека несовершеннолетних. Источники опеки 150
§ **127.** Полномочия опекуна 151
§ **128.** Ответственность опекуна 151
§ **129.** Совместная опека 152

§ **130.** Прекращение опеки 153
§ **131.** *Tutela mulientm* (опека женщин) 153
§ **132.** Попечительство 155
Часть III. Вещные права 156
Глава I. Природа вещных прав 156
§ **133.** Вещные и обязательственные права 156
§ **134.** Классификация вещных прав 157
Глава **II. Собственность** 158
§ **135.** Понятие собственности 158
§ **136.** Объект собственности 159
§ **137.** Различные виды права собственности 160
§ **138.** Общая собственность 162
§ **139.** Способы приобретения собственности 165
§ **140.** Первоначальные *способы* приобретения 165
А) Завладение 165
§**141.** Б) Обнаружение клада 166
§ **142.** В) Приращение 166
§**143.** Г) Речные наносы 168
§ **144.** Д) Слияние *(confusio)* и смешение *(commixfio)* материалов 169
§ **145.** Е) Переработка *(specificatio)* 169
§ **146.** Ж) Присуждение *(adiudicatio)* 170
§ **147.** 3) Приобретение плодов 170
§ **148.** Производные способы приобретения 171
А) *Mancipatio* (манципация) 171
§ **149.** Б) *In iure cessio* (судебная уступка) 172
§ **150.** В) *Traditio* (передача) 173
§ **151.** Г) *Litis aestimatio* (оценка тяжбы) 174
§ **152.** Д) Легат *per vindicationem* (посредством истребования) 175
§ **153.** Приобретение собственности по давности 175
§ **154.** Утрата права собственности 178
§ **155.** Защита права собственности 179
А) *Rei vindicatio* (истребование вещи) 179
§ **156.** Б) *Actiones negativae* 181
§ **157.** Защита недвижимой собственности в отношениях по соседству 182
А) *Actio finium regundorum* (об упорядочении границ) 182
§ **158.** Б) *Actio aquae pluviae arcendae* (об удержании дождевой воды) 182
§**159.** В) *Interdictum de glande legenda* (о сборе плодов) .. 182
§ **160.** Г) *Cautio damni infecti* (гарантия на случай грозящего ущерба) 182
§ **161.** Д) *Opem novi nuntiatio* (извещение о производимых вновь работах) 183
§ **162.** Е) *Interdictum quod vi out clam* (интердикт о том, что сделано насильственно или втайне) 183
§ **163.** Ж) *Interdictum de arboribus caedendis* (интердикт об обрезке деревьев) 183

Глава III. Владение ... 184
§ 164. Понятие и различные типы владения ... 184
§ **165.** Приобретение владения ... 185
§ **166.** Сохранение и утрата владения ... 187
§ **267.** Аномальные случаи владения ... 188
§ **168.** Защита владения ... 189
§ **169.** Квазивладение и *possessio* ***iuris*** ... 190
Глава IV. Сервитут ... 191
§ 170. Понятие и общие принципы ... 191
§ **171.** Классификация сервитутов ... 192
§ **172.** Установление сервитута ... 194
§ **173.** Прекращение сервитута ... 196
§ **174.** Защита сервитутов ... 196
Глава V. Узуфрукт и аналогичные права ... 198
§ 175. Понятие и сущность узуфрукта ... 198
§ **176.** Установление узуфрукта ... 200
§ **177.** Прекращение узуфрукта ... 200
§ **178.** Защита узуфрукта ... **201**
§ **179.** Квазиузуфрукт ... 202
§ **180.** Пользование ... Г ... 202
§ **181.** Проживание ... 203
§ **182.** Рабочая сила рабов и животных ... 204
Глава VI. Эмфитевсис и суперфиций ... 205
§ 183. Происхождение эмфитевсиса ... **205**
§ **184.** Структура и режим эмфитевсиса ... 206
§ **185.** Право суперфиция ... 206
Глава VII. Залог и ипотека ... 208
§ 186. Историческое развитие ... 208
§ **187.** Установление права залога ... *209*
§ **188.** Содержание права залога ... **209**
§ **189.** Прекращение права залога ... 210

Часть IV. Обязательственные права ... 211
Раздел I. Общая теория обязательств ... **211**
Глава I. Природа обязательства ... **211**
§ 190. Понятие, содержание и объект обязательства ... 211
§ **191.** Происхождение обязательств и их историческое развитие ... **212**
§ **192.** *Obligationes civiles* (обязательства цивильные) и *honorariae* (преторские) ... 213
Глава II. Источники обязательств ... 215
§ 193. Источники обязательств в разные исторические эпохи ... 215
Глава III. Перенос обязательств ... 217
§ 194. Изначальная непереходность обязательства и средства борьбы с ней ... 217
§ **195.** Наследственная переходность ... 218

Содержание

Глава IV. Гарантии обязательств 219
§ **196.** Понятие и классификация 219
§ **197.** Вещные гарантии 219
§ **198.** Личные гарантии, предоставляемые самим должником 219
§ 199. Личные гарантии, предложенные третьим лицом 220
§200. Сенатусконсульт Веллея 222
Глава V. Прекращение обязательств 223
§ 201. Понятие. Классификация оснований прекращений .. 223
§202. Прекращение *ipso iure* 224
• А) *Solutio* (исполнение) 224
§ 203. Б) *Acceptilatio* 225
§204. В) *Contrarius consensus* (обратное согласие) 225
§ 205. "Т) Прощение долга 226
§206. **.Д)** Новация 226
§207. Е) ОД *contestatio* 226
§ 208. Ж) Невозможность исполнения 227
§209. 3) Слияние 227
§210. » И) Смерть субъектов 227
§ 211. К) *Capitis deminutio* должника 227
§ 212. Л) *Dies ad quem* (отсылка) **227**
§ 213. М) Прекращающая давность 227
§ 214. *Н) Зачет 228
§215. Прекращение *ope exceptionis* 228
Глава VI. Неисполнение обязательств 230
§216. Причины неисполнения 230
§ 217. Ответственность за неисполнение 230
§ 218. Отмена мошеннических действий 231
§ 219. *Mom* (просрочка) 231
Глава VII. Аномальные виды обязательств 233
§220. Соображения общего характера 233
§ 221. Отклонения в связи с субъектами 233
А) Блуждающие обязательства 233
§ 222. Б) Обязательства при множественности субъектов 233
§223. Отклонения, связанные с объектом 235
А) Родовые обязательства 235
§ 224. Б) Альтернативные обязательства 236
§ 225. Отклонения, связанные с обязательственными узами. Естественные обязательства 237
Раздел II. Отдельные виды обязательств 239
Глава VIII. Обязательства, возникшие из законного действия 239
§226. Развитие учения о *contractus* 239
§227. Теория и классификация контрактов 240
§ 228. Реальные контракты 242
§229. А) *Fiducia* 242
§ **230.** Б) Заем 243

§231. **В)** Поклажа (хранение) 243
§ 232. Г) Ссуда 244
§ 233. Д) Залог 245
§ 234. Вербальные контракты 245
§ 235. А) *Stipulatio* 245
§236. **Б)** *Dotis dictio* **247**
§237. **В)** *Promissio iurata liberti* 248
§ 238. Г) *Vadimonium* и ручательство *praes* (гаранта) 248
§ 239. Литеральные контракты 248
§240. А) *Nomen transscriptitium* **248**
§241. **Б)** Хирограф и синграф **249**
§ 242. Консенсуальные контракты 249
§ 243. А) Купля-продажа 250
§ 244. Б) *Locatio-conductio* 252
§ 245. В) Товарищество 253
§ 246. Г) Поручение 255
§ 247.. Безымянные контракты 255
§248. Пакты 257
§ 249. Иные обязательства на основании законного акта. Соображения общего характера 259
§250. А) Ведение чужих дел 259
§251. **Б)** Исполнение недолжного **260**
§ 252. В) Обязательственный легат (отсылка) 260
§253. **Г)** Общая собственность без договора **261**
§254. Д) *Pollicitatio* и *votum* 261

Глава IX. Обязательства, возникшие из незаконного действия 262
§ 255. Понятие (отсылка). Деликты 262
§256. А) Кража 262
§ 257. **Б)** Грабеж **264**
§258. **В)** Нанесение ущерба **265**
§ 259. Г) *Iniuria* (обида) 266
§ 260. Преторские деликты 267
§ 261. Так называемые обязательства *quasi ex delicto* 268

Часть V. Дарение 270
Глава I. Дарение *inter vivos* 270
§ 262. Понятие 270
§ 263. Ограничения 270
§ 264. Отзыв 271

Глава II. Дарение *mortis cmisa* **273**
§ 265. Понятие и строение 273

Часть VI. Наследственное право **274**
Раздел I. Общая теория преемства 274
Глава I. Универсальное преемство *inter vivos* 274
§266. Случаи преемства *inter vivos* 274
§267. Следствия преемства *inter vivos* 274

Глава II. Наследственное преемство и его предпосылки ... 276
§268. Понятие и основания *hereditas* ... 276
§ **269.** Предпосылки *hereditas* ... 276
Глава III. Открытие наследства ... 278
§ 270. Понятие ... 278
§271. Соотношение между открытием наследства по завещанию и без него ... 279
§ **272.** Отчуждение и передача права принять наследство ... 280
Глава IV. Вступление в наследство ... 282
§ 273. Вступление в наследство *ipso iure* и *«aditio»* ... 282
§ **274.** Необходимые требования для *aditio* ... 283
§275. Формы вступления в наследство ... 283
§ 276. Отказ от наследства ... 284
Глава V. Лежачее наследство ... 285
§ 277. Понятие и юридический характер ... 285
§ 278. *Usucapio pro herede* (приобретение по давности в качестве наследника) ... 285
Глава VI. Следствия приобретения наследства ... 287
§279. Наследственное слияние и его последствия ... 287
§ **280.** Средства защиты от неограниченной ответственности ... 287
§ 281. Отделение имущества покойного от имущества наследника ... 289
Глава VII. Зашита наследства ... 290
§282. Специальные иски и *hereditatis petitio* ... 290
§ 283. *Hereditatis petitio utilis* ... 291
Глава VIII. Сонаследство ... 292
§ 284. Понятие ... 292
§285. *Consortium ercto non cito* ... 292
§286. Добровольный раздел наследства ... 293
§ 287. Судебный раздел ... 293
Глава IX. Право приращения ... 295
§ 288. Понятие ... 295
§ 289. Приращение в преемстве по завещанию ... 295
Глава X. Складчина *(collatio)* ... 297
§ 290. Понятие ... 297
§291. Историческое развитие складчины ... 297
Глава XI. *Bonomm* *possessio* (преторское наследование) ... 299
§292. Понятие и сущность ... 299
§293. Виды *bonorum possessio* ... 299
§ 294. Историческое развитие института ... 300
Раздел II. Отдельные случаи открытия наследства ... 302
Глава XII. Открытие наследства по завещанию ... 302

§ 295. Понятие завещания 302
§296. *Testamenti factio* (активная) 302
§ 297. *Testamenti factio* (пассивная) 303
§298. *Copacitas* (правомочность) 305
§ 299. Недостойность 306
§ 300. Формы завещания 306
А) Наидревнейшие формы 306
§ 301. Б) Предклассические и классические формы 307
§ 302. В) Послеклассические формы 308
§ 303. Г) Юстиниановские формы 309
§ 304. Д) *Особые формы* 309
§ 305. *Testamentum militis* (воинское завещание) 309
§ 306. Содержание завещания 310
А) *Insiitutio heredis* 310
§307. Б) Назначение сонаследников 311
§ 308. В) *Institutio «excepta re»* и *«ex certa re»* 311
§309. Г) Обычное подназначение *(substitutio vulgaris)* 312
§ 310. Д) «Подназначение малолетнему» *(siibstitutio pupillaris)* 312
§311. Е) Подназначение по фидеикомиссу 313
§312. Ж) Легаты и фидеикомиссы 313
§ 313. 3) Прочие распоряжения (отсылка) 314
§ 314. Открытие завещания 314
§ 315. Недействительность и безрезультатность завещания 314
§ 316. Отзыв завещания 315
§ 317. Кодициллы 316

Глава XIII. Открытие наследства «по закону» 318
§ 318. Система преемства *ab intestato* в Законах **XII** таблиц 318
§ 319. Система эдикта в отношении *Ьоnогum possessio sine tabulis* 319
§ 320. Реформы императорского времени 320
§ 321. Юстиниановская система 320
§ 322. Так называемое преемство вопреки завещанию, или необходимое преемство 321
§323. Формальное «необходимое преемство» 322
§ 324. Вмешательство претора. *Bonorum possessio contra tabulas* 322
§ 325. Материальное «необходимое преемство» 323
§ 326. Необходимое преемство в Новеллах 324

Раздел III. Легаты и фидеикомиссы 325
Глава XIV. Легаты 325
§ 327. Понятие 325
§ 328. *Quattuor genera legatorum* (четыре рода легатов) 326
§ 329. *S. C. Neronianum* и слияние типов легатов 327
§330. Приобретение легата 327
§ 331. Ничтожность легата 328

1

§ **332.** Отзыв легата *(ademptio legati)*.....329
§ **333.** Ограничения на легаты.....329
Глава XV. Фиденкомиссы.....331
§ **334.** Понятие.....331
§335. Историческое развитие.....331
§336. Универсальный фидеикомисс.....333

Указатель латинских терминов и выражений.....334

Введение

Глава I.
Предварительные замечания

§ 1. Общество, государство, право

Совокупность людей, обитающих на определенной территории, лишенная, однако, хотя бы зачатков организации, еще не представляет собой человеческого общества: это всего-навсего орда, пребывающая во власти инстинктов. Лишь после того, как орда эта проникнется сознанием необходимости или хотя бы полезности сосуществования своих частей для достижения общих целей (питание, оборона и т.д.), она организуется добровольно и на постоянной основе, производя на свет человеческое общество. Но такая организация представляет собой не что иное, как общее (пускай даже не единогласное) признание совокупности правил поведения членов сообщества, в отсутствие которых разность интересов и пристрастий с неизбежностью выродится в чисто физическое противостояние между членами коллектива, где перевес останется за грубой силой. А это значило бы отрицать само понятие организации, каковой является общество.

По этой причине необходимым оказывается определение правил, способствующих мирному и упорядоченному сосуществованию в обществе, и когда они будут выработаны, нужно обеспечить их соблюдение всеми членами общества.

Отсюда следует настоятельная необходимость в наличии суверенной власти, за которой признается задача определить правила поведения и обеспечить их соблюдение, т.е. настоятельная необходимость в государстве. Государство представляет собой не что иное, как *политическую организацию* человеческого общества *(народа),* обитающего на определенной *территории*. Суть этой политической организации заключается в создании специальных органов, состоящих из одного или нескольких лиц, которым доверена задача осуществлять суверенную власть.

Суверенная власть разделяется главным образом на три части: а) *законодательная* власть, б) *судебная* власть, в) *исполнительная* власть.

Задача первой заключается в установлении норм поведения отдельных членов сообщества; второй- в принуждении к их соблюдению; третьей — в обеспечении, соответственно этим нормам, осуществления тех целей, всеобщих интересов, которые не могут быть достигнуты в результате индивидуальных действий.

Право представляет собой совокупность норм, установленных государством либо для отдельных лиц— чтобы предписать им определенное поведение, либо для самого себя— чтобы регулировать отправление собственной триединой законодательной, карающей и административной власти.

Разумеется, такие нормы не могут возникать как результат государственного произвола, т.е. произвольных решений органов, отнесенных к законодательной власти. Если бы эти нормы были таковы (а они и на самом деле бывают таковыми), они не встретили бы сочувствия, а значит, и отзвука в коллективном сознании членов общества, что вело бы к бунту против государства и к созданию с помощью революционных средств новой формы государства, от которой ожидались бы иные нормы, отвечающие всеобщим чаяниям. Задача государства, надлежащим образом исполняющего свои функции, состоит в том, чтобы выделять среди бесчисленных правил поведения, с которыми в действительности сообразуются все члены общества в повседневной жизни, именно те нормы, которые в силу их внутреннего содержания существенно важны или по крайней мере полезны для достижения целей общества. Соблюдения этих-то правил (и только их) государство должно добиваться как от меньшинства членов общества, которые не признают их важности или полезности, так и от тех лиц, которые, хотя и признают их в абстракции, находят, исходя из своих индивидуальных интересов, более удобным не считаться с ними.

В самом деле, те нормы, с которыми считаются члены общества, организованного в государство, поистине бесчисленны.

Некоторые из них предписывают отдельным лицам поведение, угодное божеству, чтобы снискать его милостей и избежать его кар, будь то в теперешней жизни или в будущей *{религиозные нормы);* другие требуют поведения, соответствующего понятию о благе, характерного для данного исторического момента *{нравственные нормы);* есть и такие, которые предписывают вести себя с соблюдением правил вежливости, обычаев и привычек, распространенных в данной среде *(нормы этикета, моды* и т.д.).

Как уже было указано, через предусмотренное своим устройством нормотворчество государство отбирает среди всех этих правил существенные или по крайней мере полезные для упорядоченного сосуществования в обществе и возвышает их до уровня юридических норм. Отбираемые нормы не перестают при этом быть религиозными либо нравственными нормами, или обычаями, но они приобретают также качество и характер юридической нормы, поскольку оказываются включенными в сферу права. И для правопорядка, а тем самым и для тех, кто призван его соблюдать или же принуждать к такому соблюдению,

они представляют интерес лишь как таковые, *вне зависимости* от того факта, имеют они или нет значение *также* и с точки зрения религии, морали или обычая.

Так что, характеризуя норму как *«юридическую»,* мы говорим не о ее содержании, а о том факте, что она исходит от органов государства или иных его институтов нормотворчества, которые в определенный исторический момент управомочены устанавливать нормы, направленные на организацию упорядоченного и мирного сосуществования коллектива.

Итак, система юридических норм образует тот единственный нормативный порядок (среди множества гипотетически сосуществующих), который оказался в состоянии утвердиться в данный исторический момент как выражение политической воли и потому осуществился (будь то посредством свободно выраженного убеждения членов общества или же, напротив, посредством их возможного подчинения группе, господствующей с помощью военных или иных средств), а значит, смог утвердить на практике свое превосходство над любыми другими нормативными порядками, которые будут поэтому либо «допускаться» (например, спортивные, религиозные или другие нормы) либо «отвергаться» (уставы подрывных группировок, законы мафии и т.д.).

§ 2. Интерпретация юридических норм

При рассмотрении всякого конкретного факта повседневной жизни может возникнуть потребность установить, какая именно юридическая норма его регулирует. Это может быть вызвано желанием заранее узнать ее для сообразования с ней собственного поведения или, уже задним числом, чтобы определить, соблюдена ли эта норма лицом, обязанным это сделать, с тем чтобы в зависимости от обстоятельств можно было просить (потерпевший) о применении соответствующих санкций или налагать их (судья). Иначе говоря, возникает необходимость соотнести конкретный случай с абстрактной нормой, которая его охватывает. Например, действие Тиция, похищающего чужое имущество у владельца, будет подведено под общий и абстрактный случай кражи, предусмотренный соответствующей нормой уголовного кодекса.

Очевидно, однако, что для того чтобы соотнести определенный факт с данной нормой, следует прежде всего, когда речь идет о писаной норме, точно установить ее содержание и сферу действия, т.е. необходимо ее *интерпретировать.*

Для этого нужно прежде всего установить лексическое значение каждого слова провозглашенной нормы, грамматическую и синтаксическую связь, соединяющую между собой различные содержащиеся в

ней слова *(грамматическая интерпретация)*. Затем необходимо установить значение, приобретаемое нормой в свете юридической *логики,* помещая ее в систему правопорядка и присвоив ей смысл, который ему соответствует. И в самом деле, буквальное выражение *(буква)* подчас по причине своего несовершенства искажает истинное намерение закона *(дух)*. Если оказывается, что буква идет дальше духа, принимается *ограничительная* интерпретация; в обратном случае— *расширительная*. Так делается попытка соразмерить букву с духом закона. Наконец, когда оказывается, что конкретный рассмотренный случай не может быть подведен под какую-либо юридическую норму *(пробел в праве),* надо применить к нему ту норму, которая предусмотрена для аналогичного случая. Это есть так называемая интерпретация *по аналогии*.

Обыкновенно интерпретаторской деятельностью занимается судья *(судебная* интерпретация) или же частный юрист (теоретик права, адвокат, нотариус, консультант, и тогда это будет *научная* интерпретация). В наиболее сомнительных случаях в дело вмешивается само государство через свои законодательные органы, с тем чтобы дать желательную ему интерпретацию непроясненной нормы. В этом случае говорится, что имела место *аутентичная* интерпретация, т.е. исходящая от самого творца нормы. На самом же деле речь здесь идет уже не об интерпретации, а о новой норме, перекрывающей старую.

§ 3. Право в субъективном смысле

До сих пор термин «право» использовался нами в качестве синонима «правопорядка». Однако, помимо такого значения, термин «право» имеет и другое, в котором оно является синонимом *«способности», «полномочия»,* приписываемых правопорядком отдельным членам общества. Так, например, выражение «право узуфрукта» означает «даваемые лицу полномочия пользоваться чужой вещью и получать от нее доход». В первом значении (право как юридическая норма) говорят о «праве в объективном смысле» или, короче, об *«объективном праве»:* речь здесь идет о юридической норме как таковой, вне зависимости от субъектов, к которым она относится, т.е. о некоем объективированном явлении, находящемся вне этих субъектов. Во втором случае (право как способность, приписываемая отдельным лицам) говорят о «праве в субъективном смысле» или, короче, о *«субъективном праве»*.

Однако при более пристальном анализе выясняется, что речь здесь идет не о двух противоположных или чуждых друг другу понятиях, а скорее о двух моментах одного и того же явления. С одной стороны, объективное право (норма действия, *norma agendi)* имеет основание к существованию постольку, поскольку присваивает отдельным субъектам, к которым оно обращено, права, способности и обязанности. С

другой стороны, субъективное право (способность к действию, *facultas agendi)* может существовать у определенного субъекта лишь постольку, поскольку имеется юридическая норма, которая признает его за ним.

Причина, по которой объективное право присваивает отдельным членам общества субъективные права, состоит в следующем: общественное сознание, а значит правопорядок, признает, что в многообразии противостоящих друг другу интересов членов общества некоторые более достойны защиты, чем другие. Например, в случае смерти лица правопорядок исходит из того, что интересы сына умершего, заключающиеся в том, чтобы получить имущество отца, более достойны защиты в сравнении с интересами более отдаленных родственников и уж тем более чужих лиц. Поэтому правопорядок защищает интересы сына, призывая его к родительскому наследству, а значит, наделяет его *facultas agendi* для того, чтобы получить это наследство, т.е. субъективным правом на наследство.

Таким образом, всякий раз, как объективное право наделяет лицо («субъекта права» или *«активного субъекта»)* субъективным правом, совершается, вообще говоря, не что иное, как присвоение ему полномочий притязать на то, чтобы другой субъект или группа субъектов либо все прочие члены юридически организованного общества *{«пассивные субъекты»)* вели себя так, чтобы это позволило ему соблюсти признанный за ним интерес.

Поведение, предписываемое пассивному субъекту, может состоять или в деятельном содействии (дать, *dare,* исполнить, *facere),* например как обязан поступить должник в отношении своего кредитора, или в том, чтобы позволить (стерпеть, *pati)* действующему субъекту осуществить свой интерес, например как должен поступать владелец участка, проходить по которому имеет право другое лицо. Наконец, это может быть требование простого воздержания от действий (не делать, *non facege),* которые могли бы помешать активному субъекту пользоваться своим правом, например как должны вести себя все члены общества по отношению к тому лицу, в пользу которого открылось наследство.

В первом случае речь идет об *«обязанности»* пассивного субъекта, в последних двух— о его *«покорности»*.

Отношение, возникающее между активным субъектом и пассивным субъектом, называется *правоотношением*.

Глава II.
Изучение римского права

§ 4. Значение и цели научения римского права

Понятие *«римское право»* означает правопорядок, действовавший на протяжении тринадцативековой истории Рима, со времени традиционной даты основания Города (754 до н. э.) до смерти императора Юстиниана (565 н. э.), когда завершилась более чем тысячелетняя эпоха этого правопорядка, что отразилось в знаменитой кодификации, известной под восходящим к средневековым интерпретаторам названием *Corpus iuris civilis* («Свод гражданского права»).

Изучение римского права имеет сегодня исключительно историографическое значение. Ведь в 1900 г. даже Германия, последнее европейское государство, в котором римское право, обобщенное в Юстиниановом *Corpus iuris civilis,* на протяжении всех веков сохраняло силу действующей юридической нормы (пусть даже с изменениями и дополнениями, продиктованными историческими превратностями), приняла собственный Гражданский кодекс. Поэтому студент, который приступает к юридическому образованию, вправе задать вопрос, с какой стати в дидактических планах юридических факультетов итальянских университетов продолжает сохраняться преподавание римского права, причем, более того, оно занимает здесь столь обширное место, что ему посвящаются три основных курса («Римское частное право», «История римского права» и «Римское право», последний — двухгодичный) и различные дополнительные курсы («Истолкование источников римского права», «Публичное римское право» и т. д.). Так что вопрос этот заслуживает того, чтобы на него был дан удовлетворительный ответ.

Необходимо прежде всего вспомнить, что научная разработка права достигла у римлян такой идейной глубины, какой не достигали прочие народы прежде них, пусть даже их культура была более древней и утонченной, и эта разработка не была превзойдена вплоть до настоящего времени. Римские юристы первыми создали строгую специальную терминологию, ту самую, которой еще и сегодня пользуется весь цивилизованный мир, разработали юридические категории и понятия, основали и развили метод юридического рассуждения, довели до изумительной тонкости выражение таких понятий. Наконец, римские юристы вдохновлялись в своей работе теми древними идеалами правосудия и справедливости, которые оказываются неизменными, поскольку отвечают вечным чаяниям человеческого духа.

Понять, почему случилось именно так, непросто. Всякий народ наделен особым талантом, побуждающим его ярко заявить о себе в определенной области человеческой деятельности: одни были мореплавателями, другие философами, третьи воинами, четвертые земледельцами, пятые купцами. Римляне были юристами, и право— наиболее своеобразное и древнее проявление их цивилизации, которая именно благодаря праву, в чем она и нашла свое выражение, пережила крушение римского политического господства и останется жить навсегда.

Если же говорить о дидактическом значении римского права, то необходимо принимать во внимание следующее.

Преподавание права имеет своей целью не только усвоение студентом представлений относительно отдельных действующих норм, но приведение их в логическую и гармоническую связь друг с другом, показ того, как и почему они возникли, каковы были их исторические прецеденты, каким социальным требованиям они отвечали.

Правопорядок, как уже говорилось (§1), представляет собой выражение общественного сознания и потому развивается по мере развития сознания, применяясь к его изменчивым требованиям. И не может быть лучшего дидактического примера становления правопорядка, чем римское право— как по причине непрерывного хода его развития, так и *по причине чрезвычайного разнообразия случаев,* имевших место в самых различных областях (политической, экономической, религиозной и т.д.), так что здесь нам представляется возможность постигнуть законы, по которым происходит развитие правопорядка. Ибо законы эти, если отвлечься от привходящих обстоятельств, приложимы также и к другим правопорядкам, удаленным от римского во времени и пространстве.

Наконец, поскольку в результате тысячелетней традиции римское право в существенных своих чертах пронизало наши кодексы, современный юрист не в состоянии надлежащим образом понять их и интерпретировать, не поднимаясь к первоистокам.

С Востока, где римское право было кодифицировано, оно переместилось на Запад, где появилось на свет. После первых веков раннего средневековья, когда даже сама римская правовая традиция в Италии угасла, изучение и применение римского права пережило удивительный расцвет в XII и XIII вв. благодаря усилиям Болонской школы, известной как *«глоссаторы»,* а оттуда, распространяясь по всей Европе как *«общее право» (ius commune),* переходило в последующие столетия, пусть с использованием различных методических *подходов и для* разных целей, усилиями *«комментаторов»,* а после них— гуманистов, сторонников естественного права, историков, пандектистов. Наконец,

трудами Наполеона Бонапарта, через «Кодекс Наполеона» 1804г., произошло проникновение общего римского права в современные кодификации, которые все без исключения происходят от этого Кодекса: Австрийский кодекс (1811г.), Испанский (1889г.), Японский (1898г.), Германский (1900г.), Швейцарский (1911г.).

Итальянский гражданский кодекс 1865г. явился в значительной степени повторением «Кодекса Наполеона» и потому всецело вдохновлялся традициями романистики. Действующий Итальянский гражданский кодекс 1942г., если сравнивать его с отмененным кодексом, во многих моментах с несомненностью обнаруживает подчеркнутую преемственность от классического римского права.

Таким образом, мотивы как научного, так и практического характера в полной мере оправдывают то видное место, которое отводится программами итальянских университетов изучению римского права.

§ 5. Предмет и содержание курса

Прежде всего необходимо, как нам кажется, наметить пределы, которыми ограничивается наш курс, если сравнивать его с другими основными посвященными романистике курсами, включенными, как говорилось в предыдущем параграфе, в современный учебный план юридических факультетов итальянских университетов. В курсе *«История римского права»* правопорядок этого народа рассматривается снаружи, поскольку курс, с одной стороны, описывает структуру и функции отдельных органов, уполномоченных в разные периоды истории Рима на то, чтобы устанавливать, т.е. создавать, юридические нормы (история «источников создания римского права»[1]), а с другой стороны, описывает дошедшие до нас документы, посредством которых возможно «познавать» эти нормы (история «источников познания римского права»).

Разумеется, изучение источников создания римского права делает необходимым знакомство с различными формами, которые принимало римское государство в следовавшие друг за другом эпохи от основания Рима и до империи Юстиниана. Поэтому в «Истории римского права» большое внимание уделено истории форм государственного устройства (монархия, республика, принципат, доминат).

Курс *«Римское частное право» {«Институции римского права»),* напротив, изучает правопорядок этого народа изнутри, поскольку описывает различные его «установления» (или «институты»), т.е. группы и системы норм, направленных на регулирование отдельных общественных отношений, причем наиболее пристальное внимание уделяется

[1] В русской традиции дисциплина именуется «Внешняя история источников римского права».

тем, которые обладали наиболее значительным влиянием на формирование правовых систем романского происхождения, а именно институтам частного права (брак, собственность, наследственное преемство и т.д.).

Двухгодичный курс *«Римское право»* имеет монографический характер, в нем рассматривается какой-либо отдельный институт (например, собственность), который в ходе непосредственного изучения источников подвергается углубленному аналитическому исследованию с целью исторической и догматической реконструкции.

Из сказанного следует, что учебник «Институции римского права» призван сообщить непосвященным в римскую юридическую систему самые начальные сведения, охватывая их целостным взглядом, которому надлежит быть, насколько это возможно, синтетическим и лишенным пробелов. Такое предназначение, чрезвычайно важное для начального этапа изучения юриспруденции, наиболее соответствует подлинным римским традициям как по названию, так и по существу. Достаточно вспомнить многочисленные учебники *«Institutiones»,* составленные в педагогических целях самими же античными юристами. Среди этих учебников и поныне выделяется своими превосходными дидактическими качествами поистине золотая книга Гая, юриста II в. н.э. Приходит на ум и та часть *Corpus iuris civilis,* которую называют как раз *«Institutiones»*, посредством которой Юстиниан, помимо целей законодательных, желал решить, в подражание классическим юристам, задачу распространения среди молодежи, горевшей желанием изучать законы *(«cupida legum iuventus»),* небольшого сочинения, в котором бы содержались основы первоначальных юридических знаний.

Итак, в связи с тем, что исходя из современных воззрений на римское право его изучение уже не может преследовать законодательные и непосредственно практические цели, поскольку римское право как таковое нами более не применяется, изучение, которым мы занимаемся, необходимо лишь в научных целях, когда ставится задача историко-критической реконструкции этого правопорядка, соотнесенного с той эпохой, в которой он развивался.

Однако здесь напрашивается замечание, имеющее пока что предварительный характер. Именно, выражение «римское право» на деле отличается достаточной расплывчатостью и неопределенностью, поскольку им обозначается, как уже было сказано, весь правопорядок на протяжении тринадцативековой истории (VIIIB. до н.э.—VIB. Н.Э.). Так что это не одно «римское право», а ряд следовавших друг за другом юридических систем, накладывающихся во времени одна на другую, постоянно связанных между собой единой руководящей линией, однако последовательно сменяющих одна другую в соответствии с законом развития.

И в самом деле, право, как это было превосходно продемонстрировано немецкой исторической школой ХГХв., более не является системой неизменных и вечных норм, основанной на *ratio scripta* («писаном разуме») и потому сохраняющей одно и то же значение где угодно и когда угодно. Напротив, право, вообще говоря, — явление общественное, причем одно из важнейших, и потому, как и все другие общественные явления— такие, как язык, религия, нравственность, обычай, — оно развивается и меняется с развитием и изменением условий среды. И потому юридическая норма, возникшая в определенное время и в определенном месте, оказывается непригодной и преодоленной с переменой тех обстоятельств, в связи с которыми она возникла. В таком случае она оказывается «упраздненной» и замененной другой, более подходящей, либо изменяется сама, приспособляясь к новым требованиям, усваивая новые функции.

Если говорить о римском праве, изначальная юридическая система, установленная нравами и обычаями предков *\mores maiorum)* и отвечавшая грубому и замкнутому в себе обществу земледельцев и пастухов, каковым оно было на первых порах в Риме, не могла оставаться в сущности своей неизменной на протяжении веков, когда Город превратился из крошечной сельской общины в столицу наиболее обширной империи изо всех, какие были известны в истории.

Также и юридическая система, впоследствии достигшая кульминации своего развития в эпоху империи, при династии Северов, действительно прогрессивная и развитая, однако бесконечно усложненная, основанная на самой совершенной научной технике, не могла продолжать руководить обществом, пребывавшим в острейшем политическом, социальном и культурном упадке, каковым оно было в IV и VBB., когда под натиском варварских вторжений происходил крах Западной Римской империи. Между тем, с другой стороны, эгоцентрические и языческие идеологии не были в состоянии противостоять широкому распространению новой христианской этики, пронизывавшей собой юстиниановское законодательство.

Однако именно поэтому усилия, направленные на выделение во времени различных юридических систем, следовавших друг за другом в разные периоды римской истории, оказываются чрезвычайно затруднены той особой чертой развития римской юридической системы, которая, до некоторой степени, делает из нее некий исторический *unicum*. Вследствие особых свойств римского духа, столь крепко привязанного к традиции как в политической области, так и в юридической, религиозной, семейной сферах и столь чуждого всяким внезапным изменениям, все римское право, как публичное, так и частное, развивается без явных реформ и резких потрясений, постоянно, но

неспешно идя путем внутренней эволюции. Не отказываясь от древних принципов, даже если они оказываются архаическими и не соответствующими новым социальным условиям, на основе этого древнего костяка выстраивается целая усложненная система отступлений, поправок, исключений, расширительных или ограничительных истолкований, однако в любом случае эволюционных и даже приспосабливающих древние учреждения к новым функциям. Так что древняя юридическая система, нашедшая свое типичное выражение в Законах XII таблиц *(Leges XII tabularum),* так никогда формально и не упразднялась, а потому этот древний составленный децемвирами кодекс мог еще в какой-то своей диспозиции цитироваться в качестве действующего права тем же самым Юстинианом. Но система эта постепенно обновлялась, уступая в своем практическом применении неотступным потребностям движения вперед.

Среди различных последовательно выделяемых юридических систем проще всего поддающейся реконструкции оказывается та, что относится к эпохе Юстиниана. Получив отражение в *Corpus iuris civilis,* она явилась конечной точкой юридического развития античности и отправной точкой последовавшего распространения римского права вплоть до настоящего времени. Система эта, с одной стороны, скопила в себе всю сокровищницу римского опыта и подвела ей итог, а с другой стороны, заложила основания современного правопорядка.

Поскольку, однако, научное изучение права может быть только историческим, невозможно не принимать во внимание те условия, в которых происходило развитие правопорядка, те причины, которые вызвали его возникновение и изменение. Поэтому следует в первую очередь обратиться, насколько это возможно (в самом деле, историческая реконструкция обусловлена в том, что касается ее результатов, теми свидетельствами, которыми мы располагаем, они же, очевидно, делаются тем более скудными, чем дальше мы отодвигаемся в глубь истории), к происхождению каждого института и проследить его развитие, по крайней мере в наиболее характерных чертах, на протяжении различных исторических периодов.

Так что прежде чем взяться за рассмотрение отдельных институтов, необходимо набросать, пусть в наиболее беглой форме, схему различных исторических периодов римского права и основных факторов, определявших его развитие.

§ 6. Периоды истории римского права

Перед всяким историческим рассмотрением, а значит, и перед тем, которым заняты мы теперь, в первую очередь возникает проблема периодизации. Всякому известно, что любая периодизация не может не

|ыть произвольной, так что очевидно, что она в состоянии засвидетельствовать *ad libitum,* как кому угодно, различные последовательности разделений или хронологических распределений, которые будут варьироваться в соответствии с исходной точкой зрения и принятыми критериями. Понятно также, что использование исторических дат в качестве разделяющих точек может иметь исключительно условный характер, ведь абсурдом была бы попытка утверждать, что в таком-то году данная историческая эпоха завершается либо начинается. Очевидно, даты имеют лишь ориентирующую ценность, как опорные точки, и потому лишь в этом смысле можно ими пользоваться.

С учетом вышесказанного следует отметить, что достаточно распространенной периодизацией является разделение римской истории на четыре периода, называемые соответственно *архаическим* (754—367 до н.э.), *предклассшеским* (367—27 до н.э.), *классическим* (27 до н.э.—284 н.э.) и *послеклассическим* (284—565 н.э.).

Такая периодизация не вполне удовлетворительна с точки зрения прослеживания эволюции частного римского права. И потому, хотя иной раз в ходе изложения нами и будут употребляться термины, используемые в ней (архаический, предклассический, классический и послеклассический), мы все же считаем, что более подходящим, соответствующим нашим научным требованиям является разделение на периоды, основанное на последовательности великих кризисов и следовавших за ними внезапных трансформаций римского общества в экономической, нравственной и духовной сфере, в его обычаях, а также его представлениях о семье. В самом деле, именно этим великим кризисам и следовавшим за ними преобразованиям в жизни общества соответствует такое же число кризисов и преобразований юридической системы, развивающейся «как функция» от этой первой.

Следуя такому распределению, мы можем выделить в ходе эволюции частного римского права три главнейших этапа.

А) *Первый этап. От основания Рима* (754 до н.э.) *до разрушения Карфагена и Коринфа* (146 до н.э.) В этот период римский правопорядок имеет архаический и строго формалистический характер. Все право целиком основывается на обычаях предков (нравы предков, *mores maiorum,* неписаное право, *ius non scriptum),* и единственная завершенная кодификация, Законы XII таблиц, не притязает на то, чтобы заменить *mores maiorum,* а ограничивается тем, что собирает и уточняет некоторые главнейшие нормы частного, публичного, уголовного и процессуального права. При интерпретации как законов, так и актов и сделок частных лиц, находившейся в безраздельной монополии коллегии понтификов, никто не задается вопросом о духе юридических

норм или о воле субъектов. Придерживаются лишь буквального значения использованных слов. Ошибка в употреблении одного-единственного слова используемой формулы лишает юридической силы совершенное действие или определяет проигрыш дела.

Этот правопорядок, называемый «квиритским гражданским правом» *(ius civile Quiritium),* всецело проникнут требованиями устности и торжественности, но, впрочем, вполне достаточен применительно к запросам крошечной земледельческой общины, какой был на первых порах Рим, поскольку отмеченные неудобства оказывались устраненными или *по* крайней мере смягченными традиционной порядочностью *ifides)* архаических *patres familias,* которые были хорошо знакомы друг с другом и прибегали к немногочисленным формам, к тому же достаточно схематическим, деловых отношений (что, впрочем, происходило достаточно редко, поскольку они были экономически независимыми). Внутри всякой отдельной семьи какие-либо разногласия отсутствуют или же легко гасятся суверенной и абсолютной властью *pater familias,* в осуществление которым своих полномочий над домашними государство даже не вмешивается. Перед лицом этой власти все прочие члены семейной группы— сыновья, женщины, рабы— находятся на положении подвластных, лишенных личной и имущественной самостоятельности (§ 102). Лишь *pater familias* обладает абсолютным господством *(dominium)* над всеми вещами— как движимыми, так и недвижимыми, — образующими богатство группы. И господство это утрачивалось лишь со смертью *pater familias* в пользу того, кто являлся его преемником *(heres,* наследник), будучи назначенным правопорядком или самим же отцом *(pater)* посредством специального торжественного акта *(testamentum,* завещание).

Кредитно-долговые отношения между *patres familias* вызывают на свет *«обязательства»,* понимаемые как узы личного закабаления должника кредитором, узы, которые способны привести первого в тюрьму, ввергнуть его в рабство и, наконец, повести к убийству должника, не исполнившего обязательство.

Б) *Второй этап. От разрушения Карфагена и Коринфа* (146 до н.э.) *до прихода к власти Диоклетиана* (284 н.э.). Квиритское гражданское право *(ius civile Quiritium),* удовлетворявшее условиям примитивной римской земледельческой общины, становится совершенно неподходящим ввиду новых требований общественной жизни, возникших вследствие средиземноморской экспансии Города. И в самом деле, эта экспансия сопровождается одним из величайших социальных кризисов, какие только известны истории. Крошечная община земледельцев и пастухов стремительно превращается в центр и столицу обширнейшей

политической организации народов, представляющих все расы, все языки и все культуры. На основе пролегающих по суше и по морю грандиозных путей сообщения формируются мощные встречные движения отлива, с которыми на столицу накатываются, чтобы потом распространиться отсюда во всех направлениях, великие потоки товаров и идей, переносятся с места на место философские и религиозные учения, обычаи и законы.

Под ударами новых идей старинные идолы обрушиваются один за другим: изначальная спаянность семейного организма уходит в прошлое, обычаи становятся менее строгими, подрастает новое поколение молодых людей— искушенных и скептически настроенных, жадных до путешествий, приключений и богатств, недоверчивых в вопросах религии, склонных из любви к новизне поддаваться новым культам и суевериям. Однако, наряду с этими отрицательными следствиями, кризис последнего периода республики влечет за собой и другие, положительные, причем весьма важные. В итоге общество превращается из аграрного в товарное, расцветают промышленность и торговля, преобразуется строительное дело, распространяется высшая культура эллинистического мира.

Перед лицом этих происшедших в социальной жизни Рима грандиозных изменений, которые, быть может, правильнее было бы назвать революцией, не могло оставаться безучастным и неподвижным также и право, которое, как сказано, наиболее достоверно и полно отражает требования общества. Но своеобразной чертой римского права является то (и это прежде всего необходимо принимать в расчет, чтобы понять, как шел процесс его исторического оформления), что развитие правопорядка в Риме происходит не посредством законодательных реформ, которых склонный в основе своей к традиционализму дух римского народа избегает. Развитие происходит почти неощутимо, в силу действия различных факторов, играющих в нем большую или меньшую роль. Дадим теперь их краткую характеристику.

а) *Ius honorarium* («должностное», или преторское, право). На протяжении примерно первых двух столетий рассматриваемого здесь этапа претор *(praetor,* должность введена с 367 до н.э.) ежегодно издает при своем вступлении в должность эдикт *(edictum).* В нем он формулирует и обнародует программу, которой будет следовать при исполнении своей судебной функции *(ius dicere,* отправлять правосудие). Претор не является законодателем и потому не может, да и не желает изменять нормы *ius civile* («претор не может создавать правовые нормы», *«praetor iusfacere non potest»).* Однако, пользуясь данным ему *imperium* (верховная власть, используемая претором в объеме своих судебных функций

для охраны общественного порядка, он наделен ею наравне с консулом[1]), претор останавливается в эдикте на следующих случаях:

1) недостаточно регулируемые *ius civile,* в связи с чем претор обещает ввести более полное их регулирование;

2) не предусмотренные *ius civile,* в отношении которых он обещает защиту или санкции;

3) приводящие, при условии применения *ius civile,* к последствиям, которые воспринимаются новым общественным сознанием как несправедливые. Здесь претор, хотя и не заявляет об отмене нормы частного права, обещает поступать отличным от нее образом, с тем чтобы удовлетворить требованиям справедливости *(aequitas).*

Эти три задачи преторского права, *ius praetorium* (называемого также *ius honorarium,* так как должность магистрата именовалась *honor — «ab honore magistratuum»),* прекрасно обобщил юрист Папиниан *(D.* 1.1.7.1): *Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel comgendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam* («Преторское право— это право, которое введено преторами для общественной пользы, с тем чтобы усилить цивильное право, дополнить его или исправить»).

Отдельные специальные средства, использовавшиеся претором, и конкретные результаты, которые им достигались, будут постепенно освещаться в различных частях нашего анализа (в особенности в § 79 и ел.). В настоящий момент важно отметить лишь то, что *ius honorarium* образует особый порядок, зачастую противоположный цивильному, законности которого он никогда не отрицает, за исключением того, что, когда они приходят друг с другом в столкновение, преторское право фактически подменяет цивильное в практическом применении.

б) *Ius gentium* (право народов). Рядом с претором, о котором только что говорилось (городской претор, *praetor urbanus),* ок. 240г. до н.э. была учреждена вторая, аналогичная ему магистратура— претор по делам чужестранцев-перегринов *(praetor peregrinus),* на которого воз-

[1] Консул— высшая публичная должность (магистратура) в римской республике, учрежденная после упразднения царской власти в 509 до н.э. Консулов было двое, они избирались народным собранием и ежегодно сменялись. Обладая высшей военной и администативной (включая судебную) властью— *imperium,* консул по широчайшему объему своих полномочий был подобен прежнему царю. Установление претуры означало институциональное выделение судебной власти и сведение консулата к исполнительной и военной власти. С установлением принципата (империи) консулат постепенно теряет политическое значение и сохраняется лишь по традиции: по имени консулов римляне еще в эпоху поздней империи называют год (так называемая эпонимная магистратура).

лагалась судебная функция *(iurisdictio)* в связи с разногласиями, возникавшими между римскими гражданами и чужеземцами либо между чужеземцами различных национальностей. И действительно, в тяжбах между римскими гражданами и теми, кто не был гражданами, невозможно применять как римское право, поскольку оно распространяется исключительно на граждан *(cives),* так и право того, кто гражданином не являлся, как неприменимое к римлянину (принцип персональное™ права). То же самое относится и к двум чужестранцам разной национальности (§ 101).

В этих случаях *praetor peregrinus* основывает разбор тяжбы не на принципах, присущих отдельным национальным правовым системам, а на тех, которые являются общими для всех них, т.е. основаны на естественном разуме *(naturalis ratio)*. А потому судья, расследуя спор исходя из установки, предложенной *praetor peregrinus,* будет решать его с учетом этих общих принципов и добросовестности сторон.

Таким образом, из эдикта претора по делам чужестранцев возникает особый правопорядок, который, как основанный на принципах, общих для всех народов, стал называться *ius gentium*. Порядок этот, применявшийся поначалу к отношениям, возникавшим между римлянами и чужестранцами, довольно скоро благодаря большим преимуществам, которые он обеспечивал, проник и в сферу отношений между гражданами, *cives*. И правда, это был подвижный и гибкий правопорядок, приспособленный к необходимой для сделок срочности, полностью исключающий торжественные формы, основанный исключительно на добросовестности, так что его можно рассматривать как коммерческое (торговое) право римлян. В отличие от *ius honorarium* оно не вступает в противоречие с *ius civile,* но размещается бок о бок с ним, пока почти полностью им не поглощается.

в) *Senatus consulta* (сенатусконсульты). Возникнув, как говорит само их название, в качестве решений сената, имеющих рекомендательный характер, они постепенно приобретают характеристики источника, порождающего юридические нормы. Юрист Гай причислил их к источникам права, поскольку в общем представлении они обладают той же принудительной силой, что и закон, *lex* («имеет силу закона», *«legis vicem optinet»)*. Именно от сената исходят некоторые наиболее важные нововведения в области семейного и наследственного права.

г) *Постановления императоров*. С постепенным признанием господствующего положения принцепса *(princeps)* над всеми прочими людьми граждане, *cives,* оказались вынуждены присвоить более высокий ранг изъявлениям его воли по юридическим вопросам (постановления императоров, *constitutiones principis)* в различных формах— *edicta, rescripta, decreta* и *mandata*. Поныне продолжается обсуждение того, иг-

рали ли такие волеизъявления (причем все без исключения) роль законодательных актов, но в любом случае никто не сомневается в том, что они обладали величайшей действенностью в качестве руководящих указаний и побуждений для всех нововведений в области права и таким образом являлись одним из главных приводных ремней обновления права.

д) *Практика cognitio extra ordinem* (разбирательства в экстраординарном порядке). Многие тяжбы изымались из-под обыкновенной юрисдикции претора и частного судьи *(ordo iudiciorum privatorum,* порядок судебных разбирательств по частным делам) и в силу разных причин отдавались для дознания магистратам или должностным лицам, сведущим в специальной области *(censor, praefectus annonae, praefectus vigilum, curator viarum, curator aquarum, praetorfideicommissarius* и т.д.). Все они совершали судопроизводство не по обычному порядку *(extra ordinem iudiciorum privatorum,* § 81). Такая практика зародилась в завершающий период республики и все больше распространялась в эпоху принципата. Так, в практике этих судов формировался ряд постоянных принципов, которые зачастую были отличны от *ius civile* и продиктованы заботой о соблюдении справедливости и защитой особых, новых интересов.

е) *Влияние юриспруденции.* Однако все до сих пор перечисленные факторы, игравшие роль в развитии римского права, оказываются превзойденными в своем значении воздействием юриспруденции, т.е. научной разработки права юристами. И в самом деле, юриспруденция присутствует, и весьма деятельно, в римском праве всегда, как непосредственно, так и опосредованно. Опосредованным образом ее воздействие сказывается во всех тех факторах, о которых шла речь, поскольку всех их в конце концов можно свести к многообразной деятельности юриспруденции. Преторы, другие магистраты и должностные лица, сенаторы, императоры либо сами являются юристами (что бывало чаще всего, поскольку изучение права было в Риме наилучшей подготовкой и наилучшей начальной ступенью общественной жизни), либо позволяют доверенным юристам, образующим их частный или официальный совет *(consilium),* помогать себе и направлять свои действия. Будь то непосредственно или опосредованно, но существенное влияние юриспруденции как таковой проявляется в научной работе юристов: она конкретизируется в консультациях *(responsa,* ответы), даваемых заинтересованным лицам, и в создании трудов, которые оказали величайшее воздействие на развитие рижского jjpaaa

В своем тонком и глу(»ототм' исследовании бесщфлённых конкретных практических или теоретических случаев римские юристы приходят к всесторонней разработке системы права. Лаетод, которым они

1мсс ш 1

при этом главным образом пользуются, есть *interpretatio iuris* (истолкование права), особая деятельность, значительно отличающаяся от истолкования права, выполняемого современным юристом. Ныне деятельность истолкователя ограничивается точным пониманием содержания и значения нормы и последующим ее применением к конкретному случаю. В римском же мире, напротив того, *interpretari,* истолковать, в некоторых случаях означало буквально создать право. И верно, наряду с довольно скудным числом случаев, для которых можно было сослаться на писаную норму, случаев, в отношении которых римский юрист осуществлял ту же деятельность, что и современный истолкователь, имелся целый ряд других случаев, довольно многочисленных, которые за отсутствием писаной нормы необходимо было подвести под юридическую регламентацию, привлекая обычай. Применительно к этим случаям римский юрист, глубокий знаток обычаев, *mores,* должен был самостоятельно извлечь из них и создать юридическую норму, включить ее в систему, вывести из нее все возможные теоретические и практические следствия. Бульшая часть наиболее важных римских правовых институтов обязана своим возникновением именно такой научной и творческой разработке средствами юриспруденции.

Однако юриспруденция играла важнейшую роль в развитии римского права на этом втором этапе его истории не только тогда, когда занималась истолкованием в этом только что очерченном смысле, но и тогда, когда требовалось толкование в современном значении этого слова. В самом деле, хотя на первом этапе истории римского права интерпретация законов и юридических действий была, как сказано (см. пункт А), строго буквальной, теперь, на втором этапе, юриспруденция принимает на вооружение новые критерии истолкования, в том числе под влиянием методов, ввезенных в Рим из греческих риторических школ.

Всякий раз, как жесткое следование букве, *verba,* законов или действий частных лиц угрожает возникновением несправедливости, что будет находиться в явном противоречии с духом закона, *mens legis,* или же с волей, *voluMas,* частного деятеля (лица), юриспруденция классической эпохи оказывается в состоянии должным образом учесть *mens* и *voluntas,* давая им возможность, где это необходимо, возобладать над *verba*. Усилия направлены теперь на создание новой системы, принимающей в учет справедливость, которая становится высшей целью права, так что Цельс, великий юрист периода классики, имел основания определить право как *«ars boni et aequi»* («наука о добром и справедливом»).

Таким образом, древнее *ius civile,* оставаясь формально действительным, в силу различных известных нам теперь факторов ежечасно

смягчается, парализуется, подрывается в буквальном своем применении новыми принципами, чтобы оставаться теоретическим отправным пунктом, в действительности не применяемым, всякого отдельного решения. Эти разные эволюционные формы наделе пересоздали римское право заново, они дали жизнь новому праву, *ius novum,* справедливому и всеобщему, способному управлять космополитическим обществом великой империи.

Дается послабление в жесткости применения торжественных формул, а также последствий, которые они за собой влекут; большее значение уделяется, по сравнению с *verba, animus* (духу, намерениям) сторон и *mens* автора завещания (§ 316). Несокрушимое представление о власти *pater familias* над всеми членами семейства (власть— *potestas, manus,* § 102) оказывается смягченным. Утверждается преобладание действительного родства, основанного на кровных узах *(cognatio),* над родством чисто юридическим *(adgnatio,* § 102). Преобразуется понятие об имущественных отношениях между супругами (§ 114). Опека из *vis ac potestas* (власть) над опекаемым, какой она была первоначально, становится обязанностью защиты (долг, *qfflcium,* § 125). Защищено положение рабов, отпущенных на свободу без соблюдения торжественных форм (§ 90). Возникают, наряду с древним порядком квиритской частной собственности (ныне, имея в виду общественные и частные интересы, различными способами ограниченной), новые, более современные типы собственности (преторская собственность, провинциальная собственность, § 137). Вводятся новые, более гибкие формы возникновения земельных сервитутов и узуфрукта (§ 172, 176). В отношении материального удержания имущества подвергается разработке и особо выделяется *animus,* т.е. намерение, владельца (§ 164). Допускается существование новых (преторских) типов обязательств, аналогичных признаваемым *ius civile* (§ 192), и новых цивильных оснований их возникновения (различные виды оснований, *variae causarumfigurae,* § 193). Признана возможность прекращения обязательства посредством простого договора, между тем как раньше обязательство могло быть прекращено лишь способами, предусмотренными *ius civile* (§ 215). Начинают использоваться новые формы договоров, произведенные на свет *iusgentium,* которые совершаются, в отсутствие любых других требований, по простому соглашению сторон (§ 242). Формулируется теория, в соответствии с которой договор, *conventio,* является основой всех сделок гражданского оборота, даже архаической и малоподвижной стипуляции *(stipulatio,* § 226). Допускается, что юридические действия могут исполняться ради других лиц и от их имени (прямое представительство, § 58). Снижается жесткость требований, предъявляемых *ius civile* к форме и содержанию завещания (§ 306). По преторскому

эдикту к наследству призываются иные лица, чем те, что призывались — в отсутствие завещания— согласно XII таблицам (§ 319). Постепенно, нйряду с легатом *(legatum),* обставляемым торжественными формальностями завещательным отказом в соответствии с *ius civile,* начинают признаваться новые типы завещательных отказов (фидеикомиссы, § 334). А поверх всех этих нововведений повсюду стал распространяться общий дух справедливости: то было новое и универсальное право, которое, согласно эдикту Каракаллы от 212г., распространилось на все народы римского мира.

В) *Третий этап. От Диоклетиана* (284 н.э.) *до Юстиниана* (565 н.э.). В послеклассическую эпоху осуществляется процесс упрощения и унификации различных классических правопорядков, развившихся к этому времени и друг друга перекрывавших. Нет сомнения в том, что римские юристы довершили бы это (имеются и примеры того, что последние юристы приступали к соответствующей деятельности), если бы исторические пертурбации не положили всему конец. То, что могло бы явиться результатом кодификации, предпринятой лишь позднее, в VIB. Н.Э., было начато судебной практикой IV и VBB.

Исчезли классические магистраты, которых заменило равное им число имперских чиновников, чьи полномочия исходили непосредственно от императора. Вследствие этого исчезло также и *ordo iudiciorum privatorum,* и новый государственный судья, в присутствии которого разворачиваются теперь все тяжбы, разрешает разногласия, прилагая к ним более справедливые принципы, также упрочившиеся еще в классическую эпоху. Но государственный судья оставляет теперь позади всю ту процессуальную технику (продиктованную основанным на эдикте противопоставлением преторских средств и *ius civile),* к которой был вынужден прибегать претор из-за своего положения по конституции (§ 79).

Так в практике *cognitiones extra ordinem* происходит слияние разных классических правопорядков, в первую очередь *ius civile* с *ius honorarium,* их объединение в единый правопорядок, с естественным преобладанием на стороне принципов, введенных преторским правом.

В науке это новое право, порожденное судебной практикой и деловым оборотом, фигурирует как *«вульгарное римское право»*.

Однако на преобразование, которому подверглось право в послеклассическую эпоху, повлияли и другие факторы, несомненно сыгравшие важную роль. С одной стороны, следует рассмотреть влияние провинциальных правовых систем (в первую очередь греческих) вслед за знаменитым эдиктом, изданным в 212г. императором Антонином Каракаллой, по которому гражданство было распространено на всех обитателей империи. Это дарование гражданства, преодолев принцип

персональное™ права, буквально на другой день сделало применение римского права обязательным по всей территории империи. Неизбежна была реакция в отношении «официального» права со стороны местных правовых систем, действовавших до этого, с последовавшим проникновением в него многочисленных принципов восточного права. С другой стороны, следует учесть влияние новой, христианской этики, которая в борьбе с индивидуализмом и жестким применением классического права направляет юридическую систему к новым идеалам гуманизма, милосердия и любви к ближнему.

Тем не менее ни в одном из этих факторов не следует усматривать решающий момент, так что невозможно полагать обоснованными те научные воззрения, которые, ограничиваясь рассмотрением то одного, то другого, толкуют то о *«римско-эллинистическом»* праве, то о праве *«римско-христианском»*.

§ 7. Источники **познания римского права**

Хотя, как уже говорилось (§ 5), источники, на основании которых изучается римское право, рассматриваются в курсе «История римского права», некоторое представление о них, хотя бы предварительное, все же необходимо и здесь — для лучшего понимания нашего предмета.

Надо полагать, что «источником», по которому можно изучать право, в широком смысле, *lato sensu,* может оказаться всякое свидетельство, относящееся к римскому миру (археологическое, художественное и т.д.), поскольку никто не может запретить извлечь отсюда косвенные данные для реконструкции общественной, а значит, и правовой жизни Рима.

Однако в более специальном смысле «источником римского права» следовало бы называть все те документы, которые более или менее непосредственным образом сообщают нам римские юридические нормы. Здесь может идти речь о так называемых *литературных* источниках — таких, как надгробные надписи, сочинения историков, ораторов, землемеров, поэтов и т.д. Но речь может идти и о так называемых *юридических* источниках (и они-то для нас более ценны, поскольку являются специальными) — таких, как надписи с текстами законов, сочинения юристов, официальные кодексы, частные документы (папирусы, восковые дощечки, глиняные черепки и т.д.).

С хронологической точки зрения юридические источники подразделяются на *доюстиниановские* и *юстиниановские*. Первые были собраны и опубликованы в различных изданиях, среди которых в Италии шире всего используется трехтомное собрание, озаглавленное *«Fontes iuris romani anteiustiniani»* (издатели Риккобоно, Бавьера, Феррини,

Фурлани, Аранджо-Руиц). Первый том охватывает нормативные распоряжения, дошедшие до нас непосредственно или реконструированные по юридической и неюридической литературе *(Leges).* Во втором томе собраны фрагменты из дошедших юридических произведений *(Auctores).* В третьем томе представлены юридические акты частных лиц (договоры, завещания и т.д.), найденные на папирусах, табличках и т.д. *(Negotia).* Наиболее важным произведением, в это трехтомное собрание не включенным, является *Codex Theodosianus,* собрание постановлений императоров, изданное Феодосием II в 438 г.

Юстиниановские источники— это не что иное, как так называемый *Corpus iuris civilis* («Свод гражданского права») Юстиниана, т.е. знаменитое обширное собрание, исполнение которого было возложено императором на специально назначенные законодательные комиссии. Первые три части этого труда, называемые соответственно *Digesta, Institutiones* и *Codex,* были созданы с 530 по 534 г., между тем как отдельные законы Юстиниана продолжали выходить с 535 по 565 г. (год его смерти) и были собраны усилиями частных лиц в четвертой части *Corpus,* называемой *Novellae* (т.е. *novellae leges,* новые уложения).

Дигесты *(Digesta)* представляют собой антологию систематически расположенных по темам отрывков (фрагментов), извлеченных из сочинений римских юристов в 50 книгах.

Институции *(Institutiones)* представляют собой небольшое сочинение упрощенного характера в 4 книгах, имеющее как законодательное, так и учебное значение. И они также составлены главным образом из отрывков, заимствованных из *Institutiones* римских юристов, особенно из Гая.

Кодекс *(Codex)* является собранием законов, изданных императорами классического и послеклассического периода, а также и самого Юстиниана в 12 книгах.

Наиболее современное и важное издание *Corpus iuris civilis* было осуществлено Моммзеном, Крюгером, Шёллем, Кроллем *(Berlin,* изд. *Weidmann).*

Часть I.
Общие сведения

Глава I.
Римский правопорядок

§ 8. Источники возникновения

Юридические нормы древнего периода истории Рима происходили не из воли законодателя, но из обычаев предков, *mores maiorum*. То были правила поведения, передаваемые от отца к сыну в полном убеждении их необходимости и обязательности, поскольку они основывались на божественной воле *(fas,* должное) и предки, которые их соблюдали и передали дальше, сами сделались по смерти божествами *(manes,* маны). Отсюда убеждение в неизменности *ius civile,* которое сопровождало нормы этого уложения на всем протяжении римской истории и принуждало римский народ прибегать к вышеописанным усложненным процедурам, продиктованным необходимостью во что бы то ни *стало* обеспечить поспевание эволюции права за изменениями в обществе.

Однако *mores maiorum* надо было истолковывать и применять к единичным реальным случаям вечно изменчивой повседневной жизни, и это предусматривалось *interpretatio,* которой поначалу занимались понтифики *(pontifices)*, а впоследствии (начиная с Шв. до н.э.)— светские юристы. Разумеется, интерпретация правоведов, *interpretatio prudentium,* была по самому своему существу новаторской и склонной к созданию новых норм. Однако квириты (римские граждане) с их преклонением перед традицией старались изо всех сил этого не замечать до тех самых пор, пока *responsa prudentium,* т.е. консультации правоведов, не были в эпоху принципата официально включены в источники права.

В период юриспруденции понтификов, т.е. патрициата (именно к этому классу и принадлежали понтифики), *interpretatio* было в ущерб для плебса монополизировано арбитрами из господствующего класса. Вследствие этого возникали беспорядки и *secessiones,* уходы из Рима, продолжавшиеся до тех пор, пока потребность в правовой определенности не была удовлетворена, хотя бы принципиально, в виде уступки патрициями первого писаного закона, XII таблиц, за которыми довольно скоро последовали другие законы, *leges,* принятые патрицианско-плебейскими комициями или плебисцитами *(plebis scita)*[1], которые также, в результате долгого

"Плебисцит — постановление собрания плебса *{concilium plebis),* первоначально обязательное только для плебейского сословия.

противоборства, были в конце концов приравнены к *leges* (это произошло в соответствии с *lex Hortensia* от 287 до н.э.).

Во всяком случае в картине, существовавшей в представлении древних квиритов, исходивших из неизменности *mores,* эти *leges* всегда рассматривались как подтверждающие, разъясняющие, дополняющие *mores,* но ни в коем случае не реформирующие их. Сумма норм, происходящих из *mores maiorum (ius,* право в строгом смысле) и из законов, принятых на комициях, переработанная юридической наукой в согласованную и единообразную систему, образовала так называемое *ius civile,* т.е. право, прилагаемое исключительно к *cives romani,* римским гражданам.

Впоследствии, с упадком народных комиций, а значит, и их законодательной деятельности, что произшло вследствие переживавшихся республикой кризисов и появления принципата, функция установления новых норм была возложена на сенат (посредством его сенатусконсультов, *senatus consulta)* и на императора, *princeps* (посредством его постановлений, *constitutiones).* Те и другие рассматривались юриспруденцией эпохи принципата в качестве источников *ius civile.*

Источниками *ius honorarium* были со своей стороны *edicta* различных магистратов (преторы, *praetores,* курульные эдилы, *aediles curules* и т.д.). Однако в более строгом смысле *ius honorarium* или *praetorium* называлась сумма норм, установленных в эдикте городского претора *(edictum praetoris urbani),* между тем как *ius gentium* назывались нормы, происходящие из эдикта претора по делам чужеземцев *(edictum praetoris peregrini)K*

В послеклассическую эпоху, когда все органы республиканского устройства и принципата исчезли, единственным источником права была воля монарха, которым являлся теперь уже не *princeps,* а *dominus* (буквально — господин). Термин *lex,* бывший поначалу синонимом воли народа, сделался теперь равнозначным *constitutio imperatoria.* Император соизволял признать значимость

'Здесь автор допускает чрезмерное упрощение. Римские юристы начинают говорить о *ius gentium* со второй половины II в., когда преторский эдикт уже был унифицирован Юлианом, так что источников, связывающих эту сферу права с деятельностью одного из преторов, не существует. *Ius gentium* — это институты цивильного права (как их разработала римская юриспруденция), доступные перегринам, а не положения того или иного преторского эдикта. Так, Гай (3.92) называет стипуляцию контрактом *iuris gentium* и даже обсуждает возможность заключения сделки на разных языках, хотя это типичная форма строгого права *(ius strictum* — древнего и формалистичного *ius civile),* все ограничения которой испытывали на себе и перегрины, прибегавшие к этому способу оформления соглашения.

юридической нормы за сочинениями наиболее известных юристов классической эпохи, и сочинения эти собирательно именовались *iura. Iura et leges* («права» и «законы») сделались двумя терминами, охватывавшими в себе все источники права. И сборниками *iura et leges* были разнообразные подборки, осуществлявшиеся практиками или издаваемые в официальном порядке как кодификации разных императоров, последней в ряду которых был *Corpus iuris* Юстиниана.

§ 9. Различные значения термина *«ius»*

Очевидно, что противопоставление объективного права праву субъективному было чуждо римским представлениям. И тем не менее в термине «шЕ» в разнообразных его аспектах просматриваются некоторые значения, которые можно возвести к этой паре противоположностей.

В объективном смысле *ius* обозначает в первую очередь *mores* в противоположность *lex*. Далее, с определением *civile* (гражданское), *ius* охватывает как *mores,* так и *leges,* а впоследствии— еще и *senatus consulta* и *constitutiones principum* в противоположность *ius honorarium* и *ius gentium.* Наконец, употребленный во множественном числе *(iura),* термин *ius* означал нормы, содержащиеся в сочинениях юристов.

Что касается субъективного значения, достаточно будет вспомнить знаменитое определение узуфрукта как «права пользоваться и потреблять плоды» *(«ius utendi fruendi»,* §175) или разные выражения, указывающие на права, которыми пользуется обладатель сервитута прохода *(ius eundi, ius agendi*— право прохода, право прогона скота).

Термин *«ius»* используется также во многих других значениях, вошедших в употребление в разные периоды, среди которых можно считать особенно важными следующие:

а) ритуал, торжественная форма, которую необходимо соблюдать (в этом смысле Гаем как *ius* определяются конфарреация, *confarreatio,* и манципация, *mancipatio);*

б) субъективное состояние имущественного положения, как в выражениях *«sui iuris»* («самовластный»), *«alieni iuris»* («подчиненный чужой власти»);

в) совокупное юридическое имущественное состояние субъекта (как в выражении *«successio in ius»,* «преемство в праве») или вещи *(«ius fundi»,* «право земельного участка», является характеристикой юридического положения земельного участка);

г) место, где в присутствии магистрата разворачивается первый этап частного процесса, в этом смысле термин употребляется в выражениях *in iure cessio, interrogatio in iure, confessio in iure* (уступка, опрос, признание в присутствии магистрата) и т.д.

§ 10. Подразделения объективного права

В целях систематизации юриспруденция классифицировала правовые нормы по разным рубрикам.

А) *Ius publicum* (публичное право) и *ius privatum* (частное право). Это различие пока еще не выражает противопоставления двух взаимно противоположных ветвей права. Оно относится скорее к двум моментам *(positiones)* единой функции правопорядка. Как уже говорилось, целью правопорядка является регламентация общественной жизни в интересах общества в целом, а значит, и каждого отдельного лица. Но эта цель оказывается достигнутой, с одной стороны, с помощью ряда норм, регулирующих образ жизни *(status,* состояние) и функционирование общественной системы, а с другой— с помощью ряда норм, обращающихся к частным лицам как к таковым, в непосредственных интересах каждого из них.

Такова концепция, обобщенно выраженная в знаменитом определении Ульпиана, если правильно его понимать *(D.* 1.1.1.2): *«Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem»* («Право изучается в двух аспектах, публичном и частном. Публичное право обращено на состояние римского государства в целом, частное же относится к имущественным выгодам отдельных лиц»). Собственно говоря, выгода частных лиц не противопоставляется интересам государства и не находится с ними в противоречии, так что нормы частного права, поскольку они продиктованы прямыми или непосредственными интересами частных лиц, всегда в большей или меньшей степени косвенно реализуют, непосредственно или опосредованно, интересы всего общества. В то же время и нормы публичного права направлены на осуществление *utilitas,* пользы в интересах всех частных лиц. Определение Ульпиана следует понимать лишь в том смысле, что в нормах публичного права о себе более явственно заявляют прямые интересы государства *(res Romana,* римское государство), в то время как в нормах частного права преобладают непосредственные интересы отдельных лиц.

Следствием признания за той или иной нормой ее «публичного» или «частного» характера оказывается тот факт, что нормы *ius publicum* оказываются неотменимыми, в связи с чем должны неукоснительно исполняться, между тем как частные лица могут обращаться с нормами *ius privatum* по собственному усмотрению, поскольку они продиктованы непосредственной *utilitas (D.* 2.14.38: *«Ius publicum privatovum pactis mutari non potest»* — «Публичное право не может быть отменено соглашениями частных лиц»).

Кроме того, по римским представлениям, эти две категории норм различны также с субъективной точки зрения: в качестве принадлежащих к публичному праву рассматриваются все нормы, регулирующие отношения, в которых субъектом выступает государство. Сегодня мы пришли к пониманию раздвоения, происходящего с государством как лицом в правовом смысле в зависимости от того, действует ли оно по праву властных полномочий *(iure imperii),* осуществляя свой суверенитет (в таком случае его деятельность регулируется нормами публичного права, как, например, при призыве в армию), или же по праву ведения дел *(iure gestionis),* т.е. ведет себя при управлении своим имуществом словно некое частное лицо (в таком случае его деятельность регулируется нормами частного права, как, например, при возведении здания). Согласно же римлянам, государство *(populus Romanus,* римский народ), напротив, всегда ведет себя по отношению к частным лицам как суверенный субъект, так что его действия, притом что в определенных областях они, в сущности, тождественны действиям частных лиц, неизменно оказываются выведены из сферы норм частного права и обычного судопроизводства.

Б) *Ius commune* (общее право), *ius singulare* (исключительное право), *privilegium* (привилегия). Настоящая классификация основана не только на большей или меньшей эффективности юридических норм (в отношении более или менее широкого круга лиц, на которых эти нормы рассчитаны), но и на том обстоятельстве, что нормы эти в большей или меньшей степени соответствуют логике системы.

Противоположность имеет место между *ius commune* и *ius singulare:* первое представляет собой правило, второе— исключение. И действительно, к *ius commune* принадлежат все те нормы, которые обладают всеобщим действием, поскольку они рассчитаны на всех членов данной общины. Таков обычный случай. Бывает, однако, что специальные соображения выгоды требуют уклонения от системы *ius commune* и установления для определенных групп лиц особых норм, на которые *ius commune* не распространяется. Такие нормы и образуют *ius singulare,* как это усматривается из знаменитого определения (D. 1.3.16), приписываемого юристу Павлу (впрочем, относительно его подлинности и значимости оживленные споры продолжаются еще и сегодня): «/«5 *singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est»* («Исключительная норма вводится решением авторитетных юристов в отступление от общих принципов для обеспечения каких-либо особых интересов»).

Согласно традиционному пониманию, к исключительному праву относилось, например, завещательное право военнослужащих

(§305), запрещение женщинам *intercedere,* т.е. выступать поручителем, неприкосновенность магистратов *на* протяжении года, когда они пребывают на своем посту, и т.д.

Следует, однако, отметить, что в этих случаях, как и во всех прочих, обыкновенно понимаемых как *ius singulare,* норма исключительного характера устанавливается не в силу персональных качеств данных лиц и не потому, что они— это они, но с учетом особого положения определенных категорий субъектов, рассмотренных абстрактно, так что все те лица, которые попадали в эти определенные категории или должны были оказаться в них в дальнейшем, пользовались преимуществами, которые предоставлялись этими нормами или бывали этими нормами ущемлены.

Отличным от понятия *ius singulare* было, по крайней мере по происхождению, понятие *privilegium.* На первых порах этот термин обозначал прямую норму, направленную против определенного лица *(lex in privos lata,* закон, принятый по поводу отдельных лиц). Тем не менее, начиная с Законов XII таблиц, *privilegia* были однозначно запрещены, как противоречащие тому фундаментальному представлению, что перед законом все должны быть равны. Впоследствии термин приобрел значение благоприятствования, присущее ему и по настоящее время, так что начиная с поздней республики, а потому и в период империи *privilegia (in bonum,* во благо) уже нередко смешивали с *ius singulare.*

В) *Ius civile* и *ius honorarium.* В отношении данного подразделения, которое сыграло в истории римского права столь значительную роль, ограничимся для краткости ссылкой на уже сказанное во Введении (§ 6Б). У нас еще будет случай обсудить частности при рассмотрении отдельных институтов, и в особенности формульного процесса *(per formulas,* §77слл.).

Г) *Ius civile, ius gentium, ius naturale* (естественное право). Что до соотношения между *ius civile* и *ius gentium,* также отошлем читателя к тому, что было сказано во Введении. Здесь же, однако, необходимо показать, как исторически произошло такое тройственное подразделение, и в особенности каковы были отношения между *ius gentium* и *ius naturale.*

В большей части произведений юристов классического периода мы не обнаруживаем даже следа этой трихотомии *(civile— gentium— naturale).* Еще в «Институциях» Гая (Ив. н.э.) *ius gentium* и *ius naturale* отождествляются *(Gai.1.156).* Позиция Гая по этому вопросу такова: в то время как одни юридические институты принадлежат исключительно определенным положительным правопорядкам, поскольку они созданы отдельными национальными правовыми системами (в случае римского народа это *ius civile),* другие юридические институты, напротив, поскольку они основаны не

на воле единственного законодателя, но на *naturalis ratio,* естественном разуме, встречаются повсюду, в правопорядках всех народов, достигших определенной ступени развития.

Если повнимательнее присмотреться к представлению Гая, от этой простой констатации фактического положения дела можно шагнуть дальше. А именно, можно сделать вывод, что в то время, как нормы *ius civile* приложимы только к *cives* и образуют их исключительное право, нормы *ius gentium* приложимы как к *cives,* так и к «о« *cives* и образуют международный правопорядок, плодами которого пользуются все народы.

До сих пор, однако, накакого «естественного права» наряду с *ius civile* и *ius gentium* не возникает, а просто утверждается, что *naturalis ratio,* на котором основываются институты *ius gentium,* делает оправданным всеобщую применимость последнего ко всем свободным людям. Трихотомия же возникает в нескольких местах юстиниановского свода, где *ius naturale* появляется в качестве третьего правопорядка, самостоятельного по отношению к двум другим.

Понимание того, каковы были философские основания этого, приходит, когда мы вникаем в дискуссию, развернувшуюся относительно рабства. В системе Гая оно укладывалось в *ius gentium,* поскольку являлось общим для всех народов, между тем как поначалу стоическое учение, а затем христианское сходились в констатации того, что рабство, хотя и признается *ius gentium,* вне всякого сомнения не отвечает *naturalis ratio* и, напротив, оказывается «противным природе» *(«contra naturam», D.* 1.5.4.1). В этом отправной момент того, почему невозможно полагать, что *ius gentium* совпадает с *ius naturale.*

Вот мы и пришли к независимой категории *ius naturale.* Неизвестно, однако, каким содержанием следует ее наполнить на практике. Согласно одному фрагменту Дигест (1.1.1.3), *«Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est»* («Естественное право— это такое право, в котором природа наставила все живые существа. Ибо оно не является свойственным лишь роду человеческому, но совместно присуще всем живым существам, обитающим как на суше, так и в море, а также и птицам»). Всякому бросается в глаза неюридический характер представления (уж не говоря о его смехотворности) о правопорядке, присущем одновременно людям, животным, рыбам и птицам! А приведенные автором здесь же далее в качестве примера институты, которые должны были бы образовывать содержание этого гипотетического правопорядка, ясно показывают несостоятельность всей концепции: тут делается ссылка

на некоторые основные «инстинкты», общие для всех живых существ, такие, как половое общение, размножение и выращивание потомства.

Другая попытка выстроить *ius naturale,* обнаруживаемая в наших источниках *(D.* 1.1.11), когда оно определяется как правопорядок, «который всегда благ и справедлив» *(«quod semper bonum ac aequum est»), поскольку основывается* не на *произволе законодателя,* но на *naturalis ratio,* вне всякого сомнения более серьезна. И в самом деле, ее со всей авторитетностью отстаивали сторонники естественного права в XVIIIB. НО И его последователи также ничего не смогли возразить, когда было показано, прежде всего исторической школой X1Xв., что неизменного права, единого повсюду и во все времена, не существует и что право, напротив, представляет собой явление по преимуществу социальное, подверженное переменам от места к месту и от эпохи к эпохе.

Так что вне зависимости от того, желаем ли мы приписать авторство данной трихотомии в отличие от традиционной дихотомии юсгиниановским составителям, анонимным интерполяторам послеклассического периода или, наконец, особым личным пристрастиям Ульпиана, юриста последнего классического периода, появление этой третьей категории на свет отвечает требованиям скорее не юридическим в строгом смысле этого слова, а философским.

Д) *Ius strictum* (строгое право) и *ius aequum* (справедливое право). Термины *aequitas, aequum* в исходном смысле означали «равенство, равный». С их помощью люди желали выразить представление о том, что юридическая норма должна применяться так, чтобы обеспечить одинаковый подход к двум практически одинаковым случаям. Но поскольку наступление двух тождественных случаев представить трудно, *aequitas* должна достигаться посредством учета всех частных объективных и субъективных обстоятельств по данному делу. В таком случае *aequitas* становится синонимом «идеальной справедливости» в современном смысле этого *слова, т.е. в том смысле, что юридическая норма, если она будет* применена прямолинейно, так, что в данном конкретном случае она не будет отвечать идеалу справедливости, допустит возникновение несправедливости, *iniquitas* («право, доведенное до крайности, — та же несправедливость», *summum ius summa iniuria,* как гласит знаменитое изречение Цицерона).

Таким образом, разделение *ius strictum* и *ius aequum* возникает вследствие перехода более развитого социально-правового сознания на критическую позицию, с которой оно в состоянии оценить несоответствие между содержанием положительной нормы и абстрактным идеалом справедливости. Такого рода контраст становится особенно явственным тогда, когда древняя норма обнаруживает

все большее несоответствие требованиям нового времени, поскольку ведет к результатам, которые обществом более не одобряются. Наиболее очевидным средством избавиться от этого была бы отмена такой нормы и принятие вместо нее другой, более подходящей. Однако, как уже было сказано, такое средство чуждо ориентированному на традицию римскому духу. И он решает возникшую проблему либо через практику, посредством корректирующих мероприятий претора (§ 79, 80), либо через теорию, посредством *interpretatio*.

На втором этапе развития римского права мы наблюдаем резкое, непрестанное противостояние между *strictum ius,* которое отождествляется с *ius civile,* ***и*** *aequum ius,* осуществляемым в *ius honorarium* и *ius gentium*. С одной стороны— *ius civile,* непреложное и неумолимое даже перед лицом самых тяжких практических последствий, с другой— *ius honorarium* и *ius gentium,* гибкие, податливые, озабоченные конкретными результатами, которых следует достичь.

Надо, однако, указать, что в соответствии с римскими классическими представлениями *ius aequum* — это всегда и есть *ius,* т.е. оно укладывается в юридическую систему и находит в ней свое место, образуя ее неотъемлемую часть. *Ius aequum* не представляет собой единства, чуждого праву в целом и ему противостоящего. Напротив, *aequitas* — это и есть сам дух права в соответствии со знаменитым определением Цельса: *«ius est ars boni et aequi»,* т.е. право — это мастерство *(ars),* позволяющее достичь полезного *(bonum)* и примирить интересы *(aequum)*.

В юстиниановском своде, напротив, на *ius aequum* и *aequitas* часто ссылаются как на оправдание решений, противоречащих нормам правопорядка, взятого в целом, как на оправдание частных отступлений от права, одобряемых из уважения к чувству сострадания или христианского милосердия. Отныне *aequitas* больше не образует неотъемлемой части правопорядка, она больше не является *ius aequum,* но делается сущностью, *которая,* если угодно, возвышается над правом, однако в любом случае ему чужеродна, будучи объединена с менее специальными понятиями *pietas, benignitas, humanitas* (благочестие, милосердие, гуманность).

§ 11. Субъективные права и обязанности. Приобретение, утрата, передача прав. Правовое ожидание

Основной классификацией субъективных прав (§3) является та, которая подразделяет их на две категории: «относительные» и «абсолютные».

«Относительными» называются те права, в которых интерес активного субъекта может реализоваться лишь при содействии од-

ного или нескольких пассивных субъектов, и потому носитель права может осуществить свое притязание лишь по отношению к ним. Юридическое состояние пассивного субъекта определяется в общей форме как «обязательство». К этой категории принадлежат так называемые обязательственные права (§190), именно в рамках которых кредитор может притязать на осуществление своего права лишь по отношению к должнику, но не по отношению к кому угодно. Судебный иск, направленный на то, чтобы осуществить эти права, имеет целью утвердить *oportere* («следует», т.е. обязанность лица вести себя определенным образом) и называется личным иском *(actio in personam,* §79).

«Абсолютными» же являются права, в рамках которых активный субъект способен осуществить собственный интерес без содействия других членов общества, так что все они являются пассивными субъектами по отношению к таким правам. К этой категории относятся так называемые вещные права (§133), в которых именно носитель права (владелец, узуфруктуарий) мог притязать на осуществление своего права против всякого этому препятствующего (против всех, *erga omnes).* Судебный иск в таком случае имеет целью утвердить притязание на вещь, *res,* он может быть вчинен всякому лицу, допускающему злоупотребление вещью, составляющей объект абсолютного права, и называется вещным иском, *actio in rem.*

Всякое субъективное право может быть понято в абстрактном смысле, само по себе, однако на деле оно не приобретает никакого практического значения, если не оказывается в реальном соотношении с определенным субъектом, являющимся его носителем. Осуществление такого реального соотношения называется «приобретением» права; это может происходить, поскольку право оказывается «переданным» от предыдущего носителя к последующему, и в таком случае говорят о приобретении «на производном основании». Если же субъект, независимо от существования и возможного содействия предыдущего носителя, делается носителем права сам по себе, самостоятельно, в таком случае говорят о приобретении права «на первоначальном основании».

Таким образом, приобретение зависит от того, наступили ли определенные события, предусмотренные законом, именуемые в широком смысле «юридическими фактами» (§47).

Если приобретение права сопровождается возмещающими имущественными жертвами приобретателя, говорят, что приобретение происходит «возмездно», в противном случае говорится, что оно совершается «безвозмездно».

Что касается «утраты» прав, которая также зависит от определенных юридических фактов, то она может иметь место либо при

«абсолютном прекращении», когда определенное право перестает существовать (например, погашение долга), либо при «относительном прекращении» применительно к фактическому носителю права, когда право как таковое продолжает существовать, переходя к другому субъекту.

Особенно важный случай прекращения прав связан с истечением времени («давность», §49).

В некоторых случаях вследствие возникновения обстоятельств, которые затрудняют возможность осуществления права, оно проходит период «застывшего состояния», за которым может последовать его «пробуждение», когда эти обстоятельства прекратятся.

Общий случай «перехода» прав включает в себя в свою очередь различные случаи.

Иногда имеет место добровольное «отчуждение» права его носителем в пользу другого субъекта, в других случаях носитель оказывается лишенным его в принудительном порядке («насильственная экспроприация»). Чтобы отчуждение имело силу, отчуждающий должен обладать способностью его осуществить (дееспособность, §25; правомочие, §58). Например, ребенок или умалишенный, хотя они в состоянии обладать правом в полном объеме, не могут им распоряжаться вследствие «недееспособности», между тем как кредитор-залогодержатель, хотя он не является собственником имущества, данного ему в качестве залога должником, может такое право отчуждать (§188) и акт отчуждения будет иметь силу.

Кроме того, в соответствии с требованиями правопорядка для силы акта отчуждения необходима подходящая форма.

Следует, однако, отметить, что не все права отчуждаемы: те из них, которые тесно связаны с личностью носителя («персональные права»), являются вследствие этого неотчуждаемыми (например, «узуфрукт», §175).

Отчуждение может быть осуществлено носителем таким образом, что будет иметь силу еще при его жизни *(inter vivos,* среди живых) или же после его смерти *(mortis causa,* в связи со смертью).

Особый случай передачи права образует «преемство».

В классический период такая передача имела место, когда субъект вступал в юридическое состояние другого субъекта, прекратившего существование по причине смерти или если наступала юридическая неправоспособность. В первом случае говорилось о преемстве *mortis causa* (наследство, *hereditas,* §268, или преторское владение наследственным имуществом, *bonorum possessio,* §292), во втором— о преемстве *inter vivos* (усыновление, *adrogatio,* §121;

переход во власть мужа, *conventio in manum,* §109; правопреемство в результате конкурсной распродажи, *bonorum emptio,* §77).

В порядке преемства переходили только имущественные права и обязанности (за исключением принципиально непередаваемых, как, например, узуфрукт, §175) и те, которые каким-то образом влекли за собой имущественные следствия (как священнодействия, *sacra,* с которыми были связаны обязанности по соблюдению культа). К отдельным случаям преемства могли применяться специальные правила. Так, например, при *adrogatio* не переходили долги— в силу того принципа, что *pater* не считался обязанным отвечать по долгам тех, кто находится в его власти, *potestas* (§105).

В рамках юстиниановской правовой системы, с исчезновением ситуаций преемства *inter vivos,* выделяется *successio in universum ius* (преемство во всем правовом положении), характерное для наследника, который вступал в юридическое состояние покойного в полном объеме путем приобретения единого совокупного права *(hereditas,* наследство, со всем его имущественным содержанием, активным и пассивным). Это *successio in universum ius* отличается от *successio in singulas res* (преемство в отношении отдельных вещей), характерного для того лица, которое вступало в определенное частное юридическое отношение (и потому в принципе аналогичного производному приобретению отдельных прав). Отсюда берет начало современная терминология, отличающая «универсальное преемство» от «сингулярного преемства».

Ситуацию, отличную от субъективного права, но тем не менее сходную по обстоятельствам возникновения и исчезновения, образует «правовое ожидание». Оно возникает тогда, когда предпосылки для приобретения права уже имеются, однако для его осуществления необходимо, чтобы наступило событие, которое может произойти когда-то в будущем (например, появление на свет уже зачатого ребенка, §15; наступление события, предусмотренного в качестве условия, §55). Как правило, правопорядок защищает «правовое ожидание», запрещая действия, которые могли бы помешать наступлению ожидаемого события или же сделать такое его наступление лишенным смысла.

Глава II.
Субъекты частного права

§ 12. Юридическая личность

Юридическая норма (объективное право) со своим переменчивым содержанием в форме распоряжения, запрещения или разрешения вызывается к существованию исключительно наличием субъекта, единичного или коллективного, являющегося ее адресатом. В то же время способность действовать в рамках правопорядка и возможность пользоваться защитой и уважением в отношении собственных юридических притязаний (субъективное право) не могли бы существовать без субъекта, который является носителем такого притязания и потому обладает такой способностью или возможностью.

Этот-то субъект, который, с одной стороны, является адресатом объективного права, а с другой— носителем права субъективного, имеет юридическое наименование «лица». Лицо это обладает личностью, которая признается за ним правопорядком и в силу этого может быть в широком значении названа «юридической личностью».

§ 13. Правоспособность

Предрасположенность лица к тому, чтобы иметь права и нести обязанности, называется специальным термином «правоспособность».

Однако понятие о том, кто конкретно является адресатом (субъектом), за которым признается такая юридическая правоспособность, и каково ее специфическое содержание, подвергалось на протяжении истории значительным изменениям.

Но прежде чем перейти к рассмотрению четких представлений, существовавших по этому поводу в римской юридической практике, нелишне будет сделать некоторые предварительные замечания терминологического характера.

Специальных терминов, которые могли бы выразить понятия «субъект» и «правоспособность», как они определены нами, римляне не имели. Они использовали разные выражения, которые притом, что могли создавать впечатление сходства с нашими терминами, специальными терминами не были и не имели общего значения, соответствующего субъекту и правоспособности. Таковы, с одной стороны, такие выражения, как *homo,* человек, и *caput,* личность (которыми обозначаются как свободный, так и раб), а также *persona,* которое хотя и приближается к нашему специаль-

ному термину «субъект» (и действительно подчас оно указывает на абстрактную сущность), однако в более общем значении обозначает прежде всего человеческое существо во всех возможных состояниях (включая также и лишь внешнее его явление, как в случае театральной маски); с другой стороны, и такие выражения, как *status* (состояние, положение), указывающее лишь (когда говорится о людях) на положение, занимаемое индивидуумом применительно к определенной системе отношений (прежде всего связанных с агнатской семьей, § 102), или *capacitas* (буквально вместимость), использовавшееся для выражения способности *capere,* т.е. удерживать (в первую очередь завещательный отказ, § 298).

Специальное значение (указывающее на понятие, аналогичное нашей «правоспособности», однако ограниченное определенной областью отношений) приобретают скорее такие выражения, как *«cotnmercium»* (право заниматься коммерческой деятельностью), которое указывает на способность совершать акты делового оборота, создающие последствия, признаваемые *ius privatum; «connubium»* (право вступать в брак), которое указывает на способность заключить законный брак, *iustae nuptiae,* и вследствие этого сообщить вытекающим отсюда отношениям характер брака, *matrimonium* (§ 107); *«testamenti factio»,* которое указывает на способность делать завещательные распоряжения и получать по завещанию (§ 296, 297). Подобным образом можно указать на такие существенные моменты правоспособности в публичном праве, как *«ius suffragii»* (т.е. право выражать свою волю на комициях) и *«ius honorum»* (т.е. право занимать публичные должности, магистратуры).

Совершенно не обязательно, чтобы все нормы правопорядка имели в качестве своего адресата одних и тех же субъектов.

Различные цели, которым соответствуют различные микросистемы, образующие ткань всякого государственного устройства («частное» право, «публичное» право, «уголовное» право и т.д.), допускают возможность того, что сумма субъектов, которым адресованы нормы, будет так или иначе изменяться. Поэтому может получиться так, что субъекты, узаконенные публичным правом, отличаются от тех, которым придана правосубъектность по частному или же уголовному праву. Так, в Риме *filius familias* (сын или другой нисходящий, находящийся под властью *pater familias,* §102) обладал полной правоспособностью в публичном и уголовном праве, но не располагал практически никакой (во всяком случае с точки» зрения *ius civile)* правоспособностью в праве частном, а раб рассматривался в качестве правоспособного в области уголовного права, но не в сфере публичного и частного права. Подобные примеры можно умножить.

§ 14. Категории субъектов. Физические и юридические лица

Правоспособность имеет в виду вовсе не одних только физических лиц, т.е. людей, поскольку право признает правоспособность также и за некоторыми абстрактными образованиями, называемыми «идеальными (абстрактными) сущностями», которые не являются человеческими существами, однако в имущественных вопросах и при определенных условиях рассматриваются в одном ряду с лицами, а значит, как и они, являются носителями прав и обязанностей.

В целях большей ясности субъект-человек обычно определяется сегодня как «физическое лицо», а субъект-сущность — как «юридическое лицо». Разумеется, нам надо рассмотреть требования, предъявляемые к существованию и правоспособности физических и юридических лиц по отдельности.

§ 15. Требования к юридической правоспособности физических лиц. Физическое существование: возникновение и прекращение. Способы доказательства

Очевидно, предварительным условием для признания правоспособности физического лица является его фактическое существование. Для того чтобы лицо стало существующим, достаточно, чтобы оно было произведено на свет живым, пускай даже жизнь его продолжается всего одно мгновение. Этого краткого мига жизни достаточно для того, чтобы оно приобрело, в силу закона, права и могло передать их после последовавшей сразу же смерти другим субъектам, которые будут ему наследовать.

По крайней мере с последнего периода существования республики (что касается более ранних эпох, то о них у нас нет совершенно никакого связного представления) индивидуум считался рожденным в момент своего отделения от матери, происшедшего естественным образом или вызванного хирургическим вмешательством *(execto ventre* или *exciso utero,* так называемое кесарево сечение). Для доказательства наличия жизни (существенное требование, поскольку мертворожденный рассматривался в качестве не существовавшего вовсе: *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, D.* 50.16.129) сабинианцы считали достаточным, чтобы новорожденный подал какой бы то ни было признак жизни, в то время как прокулианцы требовали, чтобы новорожденный закричал.

В связи с некоторыми предписаниями, предусматривавшими в эпоху империи особые юридические последствия, связанные с числом произведенных на свет детей, римские юристы задались проблемой оценки рождения урода *(monstrum, portentum,* чудовище). Новорожденный рассматривался в качестве лица лишь тогда,

когда имел человеческий вид, т.е. не был *contra naturam humani generis* (не соответствующим человеческой природе). К тому же издревле, *ab antiquo,*— как можно судить по закону, приписываемому Ромулу,— калечного или уродливого новорожденного обычно предавали смерти немедленно по появлении на свет.

Хотя для признания наличия субъекта требовалось, чтобы он родился, зачатый *(conceptus)* также не был совершенно изъят из поля зрения юриспруденции. Были случаи (если, например, с лицом, которое должно было появиться на свет, связывались определенные ожидания по наследству), когда он рассматривался как уже родившийся *(perinde ac si in rebus humanis esset,* все равно как если бы уже был среди людей), и потому ему могли назначить попечителя (называвшегося *curator ventris,* попечитель чрева), чьи права были аналогичны правам опекуна.

Физическое лицо прекращало существование со смертью. Особая проблема могла возникать в случае множественных смертей, вызванных одним событием (например, землетрясение, кораблекрушение), когда одновременно наступившая смерть постигала субъектов, между которыми могли существовать отношения по наследованию. В таких случаях, быть может уже в эпоху империи, юристы исходили из некоторых условно принимаемых положений: родители рассматривались как умершие раньше совершеннолетнего сына, но как умершие после несовершеннолетнего сына[1].

В римском мире долгое время не существовало никакой планомерной системы регистрации, которую можно было бы поставить рядом с современными системами записи актов гражданского состояния. Доказательство событий, связанных с рождением, жизнью и смертью субъектов, осуществлялось на основании частных заявлений *{testationes,* свидетельства). Лишь начиная со Ив. н.э. всякому гражданину было вменено в обязанность оповещать о рождении своих детей специальных чиновников как в Риме, так и в провинциях.

§ 16. *Status personae* (состояние лица)

В отличие от современного права в соответствии с *ius civile* простого материального существования субъекта было недостаточно для признания в нем юридической личности. Для того чтобы

[1] Правило связано с тем обстоятельством, что несовершеннолетние лица не могли иметь законных наследников по прямой (из-за неспособности вступать в правильный брак), а также составлять завещания, а потому возникала проблема определения судьбы их наследства. Фикция смерти малолетнего до смерти его родителей позволяла считать преемство после родителей, которое создавало бы эти проблемы, несостоявшимся и рассматривать судьбу наследства, ориентируясь на боковые родственные связи родителей или их завещательные распоряжения.

индивидууму можно было придать правоспособность, надо было, чтобы он находился в определенном состоянии *{status)* в отношении *ius libertatis, ius civitatis* и *ius familiae* (право свободы, право гражданства, право семейного статуса), т.е. требовалось, чтобы он был свободным, был римским гражданином и был *sui iuris* (самостоятельным).

И действительно, в рамках римской системы не все люди были свободными, поскольку здесь имелись свободные и рабы; не все свободные люди были римскими гражданами, поскольку свободные делились на *cives, latini* и *peregrini* (граждане, латины и чужеземцы-перегрины); наконец, среди римских граждан выделялись лица *sui iuris* (самостоятельные, *patres familias)* и лица *alieni iuris,* несамостоятельные, подчиненные власти другого лица *(alieno iuri subiecti): filii familias,* женщины под властью мужа *(in manu)* и *liberi in mancipio,* т.е. проданные дети (§ 102, 109, 96).

Лишь люди, обладавшие всеми тремя *status* в полном объеме, обладали полной юридической правоспособностью.

Однако с точки зрения *ius honorarium* (а впоследствии также и с точки зрения права, происходящего из императорских постановлений, конституций) вопрос о субъекте в частном праве регулировался иным образом. Прежде всего это относилось к сыновьям и рабам: здесь они рассматривались в качестве находящихся в юридическом состоянии, аналогичном *patres familias,* в том числе и с точки зрения имущественных прав. Так, например, за рабом признавалось право вступать в деловые отношения, пользующиеся специальной защитой претора, даже с собственным хозяином, *dominus* (§ 105), признавались и последствия, наступавшие от владения, *possessio,* осуществляемого рабом, и от обязательства, *obligatio,* заключенного им в собственных интересах. Точно так же уже в эпоху Августа за *filius familias* признавалось право распоряжаться *mortis causa* некоторыми типами пекулия (§ 105).

В системе юстиниановского права заметна тенденция рассматривать физическое лицо (по крайней мере свободное, поскольку рабство оставалось вполне жизнеспособным институтом еще и в эту эпоху, со всеми вытекающими отсюда следствиями), вообще говоря, в качестве субъекта правопорядка, а значит, и частного права.

Детальным рассмотрением *status* и частных следствий, которые могут наступать для правоспособности субъектов в частном праве, мы займемся в разделе, посвященном «правам лиц» (§88 слл.). Пока что нам следует помнить, что изменения в *status libertatis* в римском праве называются *capitis deminutio maxima,* изменения в *status civitatis— capitis deminutio media,* а изменения в *status familiae— capitis deminutio minima.*

§ 17. Причины ограничения правоспособности физических лиц в частном праве. Соображения общего характера

Поскольку речь заходит о субъекте *sui iuris* (а это с необходимостью предполагало, что он располагает также и *status libertatis* и *status civitatis),* он может пребывать в одном из тех положений, которые будут описаны ниже. Положения эти являлись причинами ограничения правоспособности субъекта.

§ 18. А) Общественное осуждение. *Ignominia* (позор) и *infamia* (бесчестье)

Римским правопорядком в разные периоды истории предполагались различные ограничения юридической правоспособности лиц, которые в силу разных причин заслуживали нравственного и общественного осуждения.

Наиболее древний случай такого ограничения был предусмотрен уже в XII таблицах, квалифицировавших в качестве *improbus intestabilisque* (недостойный и негодный в свидетели) человека, который, приняв участие в юридической процедуре в качестве свидетеля, *testis,* впоследствии отказался давать свидетельство на этот счет. *Intestabilitas,* которая включала в себя как неспособность быть свидетелем, так и невозможность приглашать быть свидетелями в интересах данного лица других лиц, приводила на практике к исключению лица из *ius commercii,* поскольку в ту эпоху почти все юридические действия совершались в торжественной форме, требовавшей участия *testes* (свидетелей).

В классическую эпоху в случаях, о которых идет здесь речь, говорилось об *ignominia* или, чаще, об *infamia*. *Infamia* поражала всех тех, кто вследствие совершения действий, считавшихся глубоко безнравственными, утрачивал уважение в обществе, *publica existimatio.* Различали *infamia mediata* (опосредованное бесчестье) как следствие осуждения за определенные бесчестящие проступки (кража, мошенничество, § 256, 67), или осуждения по определенным гражданским делам, основывавшимся на добросовестности, *bona fides (iudicium tutelae,* иск об опеке, *mandati,* о поручении, *depositi,* о поклаже, § 128, 246, 231), или, наконец, продажи всего имущества с аукциона вследствие неспособности удовлетворить требования кредиторов *(Ьопогит venditio,* § 128). Для того же чтобы лицо постигла *infamia immediata* (непосредственное бесчестье), не было необходимости в осуждении: это происходило вследствие самого факта совершения позорящих действий (обращение к постыдным занятиям — таким, как актерское и гладиаторское; вступление женщины в повторный брак до истечения года после расторжения предыдущего брака и т.д.).

Все эти разновидности *infamia,* имевшие отношение в первую очередь к области публичного права (включая в себя утрату права голоса, *ius suffragii,* и права занятия общественных должностей, *ius honorum),* влекли за собой значительные ограничения правоспособности в частном праве, основывавшемся на нормах преторского эдикта, который запрещал лицам, на коих распространялась *infamia,* выступать за других *(postulare pro aliis)* в суде как адвокат, *cognitor, procurator* (§73), и запрещал, чтобы их представляли в суде другие лица.

§ 19. Б) *Addictio* (присуждение во власть истцу) и *nexum* (долговая кабала)

Речь здесь идет о личных состояниях, известных древнему *ius civile.*

Первое понятие распространялось на неплатежеспособного должника, которого магистрат, поскольку древние исполнительные процедуры предполагали личный характер расправы над должником (§ 73), объявлял *addictus,* т.е. присужденным кредитору. Кредитор мог держать должника в оковах в своей домашней темнице, а при случае продать как раба или убить. Однако в классическую эпоху такая ситуация практически не возникала (хотя теоретически она все еще оставалась возможной), и на практике возобладала введенная претором имущественная расправа.

Второй случай относился к личности должника, которая предоставлялась кредитору как бы по праву залога, в силу особого применения манципации *(mancipatio,* § 148). Сомнительно, чтобы *nexi* (заложенные) могли погасить долг посредством оказания услуг кредитору. *Lex Poetelia Papiria* от 326 г. до н.э. специально упразднил это состояние.

§ 20. В) *Redemptio ab hostibus* (выкуп из вражеского плена)

Тот, кого выкупили из вражеского плена, находился в состоянии, подобном рабскому, по отношению к тому лицу, которое внесло сумму выкупа. Он оставался при этом человеке как бы в виде залога до тех пор, пока не возмещал выплаченную сумму или не рассчитывался по долгу своим трудом.

§ 21. Г) *Auctoramentum* (поступление в гладиаторы)

Это договор, в соответствии с которым гладиаторы *(auctorati),* завербованные устроителем игр *(lanista,* хозяин гладиаторской школы), брали на себя в момент вербовки обязательство принимать участие в поединках в цирках (на арене), в том числе рискуя быть убитыми *(uri, vinciri, ferroque necari,* «быть сожженным, в кандалы вверженным, мечом умерщвленным»). Уже говорилось, что позорное занятие делало гладиаторов *infames* (§ 18). Более того,

по отношению к *lanista* они находились на положении, подобном рабскому, поскольку были обязаны ему повиноваться.

§ 22. Д) Женщины

Хотя юридический статус римской женщины *(mater familias,* мать семейства, *matrona)* был куда выше, чем у греческой женщины, — по почету и уважению, которыми была окружена *mater familias* у себя дома и вне его, — мужчине она бесспорно уступала, что было связано с жестко патриархальной структурой римского общества.

Так, при полной неправоспособности в области публичного права *(ius suffragii, ius honorum)* римская женщина располагает в частном праве правоспособностью, подверженной различным ограничениям. Прежде всего она не могла являться носителем отцовской власти, *patria potestas* (§103) над сыновьями, даже при отсутствии отца. В классическую эпоху женщина не могла усыновлять приемных детей (§ 121) и отправлять обязанности опекунши (§ 125).

Некоторые специальные моменты неправоспособности женщины были установлены особыми законами и иными нормами. Так, *lex Voconia* от 169 г. до н.э. ограничивал ее способность получать наследство по завещанию от лица, которому принадлежит имущество, превышающее стоимостью 100 000 ассов, а *senatus consultum Velleianum* от 46 г. н.э. запрещал женщинам выступать поручительницами за чужие долги *(intercedere pro aliis,* § 200).

§ 23. Е) Классы и социальный статус

Правоспособность в сфере частного права могла подчас ограничиваться еще принадлежностью лица к классу общества, который считался низшим по отношению к другим (разным в различные исторические эпохи), обладавшим общественным, а значит, и юридическим превосходством.

Для всей истории Рима характерно последовательное формирование различных типов социальной стратификации, когда одни классы пользуются политическими привилегиями, а другие лишены их. Так, в эпоху царей и в первый период республики здесь противостояли друг другу патриции и плебеи, а в последний период существования республики и в императорскую эпоху— *nobilitas* (нобилитет), *ordo equester* (сословие всадников) и *plebs.* Как правило, все же различия между ними были несущественны для частного права (правда, можно вспомнить, что до принятия *lex Canuleia* от 445г. до н.э. плебеи не могли вступать в брак, *connubium,* с патрициями).

Однако в послеклассический период принадлежность к «колонату» влекла за собой весьма сильное ограничение правоспособности. Крестьяне и их сыновья становились *glebae adscripti,* прикрепленными к земле, с которой они образуют с юридической точки зрения как бы единое целое, так что колоны разделяют судьбу земельного участка и переходят вместе с ним от одного собственника к другому. Несмотря на то что колон является свободным человеком, он, помимо вышеуказанной привязанности к земле, подвергается и иным ограничениям, отличающим его положение от положения других свободных людей. Так, хозяин участка может подвергнуть его телесному наказанию, а если он убегает, с ним обращаются, как с беглым рабом (§83). Колон может отчуждать имущество, входящее в состав его пекулия, лишь с согласия хозяина участка, которому он обязан выплачивать ежегодную подать.

§ 24. Ж) Религия

Языческая религия в силу своего политеистического характера не могла не быть терпимой: исповедание той, а не иной религии не влекло за собой, вплоть до поздней эпохи, никаких юридических последствий. Так, к концу существования республики в Риме получили широкое распространение в высшей степени новые и диковинные культы, по большей части восточного происхождения.

Также и христианство не должно было бы встретить в Риме никакой враждебности. Если на деле все получилось иначе, это объясняется, как было уже показано на обширном материале, не религиозной нетерпимостью, но серьезнейшими юридическими, политическими и социальными последствиями, которые христианство влекло за собой. Покушение на сплоченность империи можно было усматривать и в характерном для христианства пренебрежении земными благами, и в проповедовании им равенства всех людей, и в его безудержном пацифизме и устранении от общественной жизни. Но с чем власти уж точно смириться не могли, так это с недвусмысленным отказом христиан оказывать божественные почести императору, поскольку такой отказ выходил за пределы чисто религиозной области и в буквальном смысле подпадал под государственные преступления, *crimina publica (crimen maiestatis,* покушение на величие императора), каравшиеся смертной казнью. И действительно, процессы против христиан, о которых мы знаем по «Деяниям святых», зачастую опирались на это *crimen maiestatis.*

Когда же государственной религией сделалось христианство, исповедание других религий влекло за собой последствия для правоспособности. В юстиниановском законодательстве предусмотре-

ны разные ограничения правоспособности в области частного права (к примеру, в области завещаний), затрагивавшие еретиков, отступников, иудеев и т.д.

§ 25. Дееспособность

От правоспособности следует четко отличать так называемую дееспособность.

Если первая представляет собой способность быть адресатом объективного права (т.е. становиться носителем субъективных прав и адресатом обязательств), то вторая есть конкретная или фактическая правоспособность проявлять волю, имеющую юридические последствия, а значит, вообще говоря, осуществлять юридические действия.

Римляне признавали дееспособность в области частного права за физическим лицами вне зависимости от того, обладают они юридической правоспособностью или нет. Поэтому совершать действительные юридические акты способны также и *filius familias,* и лицо, находящееся *in manu* (под властью мужа) или *in mancipio* (в манципированном состоянии), и раб. Правда, неизменно действует правило: их действия, согласно *ius civile,* рассматриваются в качестве имеющих силу, лишь если они не причиняют ущерба имуществу того субъекта, по отношению к которому они находятся *in potestate, in manu* или *in mancipio,* так что они оказываются лишь органами приобретения для такого субъекта.

§ 26. Причины, исключающие или ограничивающие способность совершать действия лиц *sui iuris*

А) Возраст

Само собой разумеется, что новорожденный не обладает способностью осуществлять свои права и не может нести ответственность за свои действия. Он приобретает эту естественную способность, а с ней и «дееспособность», когда завершит свое физическое и умственное развитие, что, согласно римским представлениям, совпадало с достижением половой зрелости. А поскольку этот момент по вполне очевидным причинам различен у каждого человека и зависит от местности, в которой он проживает, древняя юриспруденция полагала, что половую зрелость следует удостоверять в каждом конкретном случае на основании того, как выглядит тело, *habitus corporis.* Этому мнению, которого еще в эпоху империи придерживалась школа сабинианцев, возражали прокулианцы, отстаивавшие общее правило, в соответствии с которым достижение половой зрелости следует связывать в среднем с 14 годами для мужчины и с 12 — для женщины. Последнее мнение и возобладало в юстиниановском праве.

Римское право подразделяет людей в зависимости от их возраста на *impuberes* (неполовозрелые) и *puberes* (половозрелые).

Несовершеннолетний в первые годы его жизни определяется как малолетний, *infans,* т.е. тот, кто *«fari non potest»* (буквально: «не может говорить», в том смысле что не в состоянии вынести самостоятельного суждения). Никакие способности понимать и желать что-либо за ним не признавались, а потому у него не было и дееспособности. Поэтому в таком возрасте все действия за ребенка выполняет опекун (§127).

Приблизительно с семи лет ребенок рассматривается как *infantia maior* (превзошедший малолетство, старше младенческого возраста), он уже обладает ограниченной способностью понимать и желать, и потому право признает за ним ограниченную дееспособность. Поскольку цель состоит в том, чтобы защитить несовершеннолетних, допускается, что они могут совершать как имеющие силу лишь те действия, которые идут им во благо (влекут для них выгоды), но не те, которые повлекли бы ущерб или создали бы для них фактическое или возможное обязательство. Для совершения этих последних действий несовершеннолетние нуждаются в помощи опекуна *(auctoritatis interpositio,* привлечение авторитета, §127). В области незаконных деяний правопорядок иной раз рассматривал в качестве подлежащего ответственности ребенка, еще не достигшего половой зрелости, если он, однако, подошел к половой зрелости, *pubertati proximus.*

По достижении половой зрелости индивидуум обретает полную дееспособность. Опека, за исключением установленной в отношении женщин (§131), прекращается.

Однако с развитием общественной жизни, ввиду многосложности и запутанности делового оборота показатель половой зрелости должен был показаться недостаточным для того, чтобы гарантировать молодых людей от искушенности и хитрости предпринимателей, отличавшихся неразборчивостью в средствах. Поэтому в начале Ив. до н.э. появился *lex Laetoria* (или *Plaetoria),* вводивший «популярный» (т.е. когда процесс может начать любой гражданин, §79) штрафной иск против того, кто обманул молодого человека, достигшего половой зрелости, однако моложе 25 лет, умышленно склонив его к совершению невыгодной сделки. Впрочем, сделка, совершенная таким образом, не отменялась.

Впоследствии претор в своем эдикте обещал, что предоставит всем лицам моложе 25 лет, которые понесли ущерб, возможно, даже без умысла другой стороны, эксцепцию *(exceptio,* процессуальная оговорка, §78) и *restitutio in integrum* (восстановление в предыдущее состояние, §80) в связи с возрастом, *propter aetatem,* т.е. средства, которые могли сделать невыгодную сделку недей-

ствительной. Однако такая *restitutio* не могла иметь места, если несовершеннолетний действовал с помощью назначенного ему магистратом попечителя, *curator* (§132), поэтому его присутствие было надежной гарантией для третьих лиц, заключавших сделку с несовершеннолетним. Так возникло представление, в соответствии с которым человек, не достигший 25 лет, несмотря на то что, согласно *ius civile,* он был вполне дееспособен, рассматривался «на практике», всякий раз как он действовал без помощи попечителя, наделенным ограниченной дееспособностью, поскольку третьи лица испытывали к нему недоверие и мало на него полагались.

В последнюю эпоху империи был введен институт «снисхождения к возрасту», *venia aetatis.* Это была возможность для тех, кому не исполнилось 25 лет, если они о том попросили и получили соответствующее разрешение, свободно управлять собственным имуществом и свободно вести собственные дела. Константин установил, что *venia aetatis* может быть предоставлена лишь тем, кто достиг 20 лет— для мужчин и 18 лет— для женщин.

§ 27. Б) Женщины

Принадлежность к женскому полу, помимо того что она была, как уже говорилось (§ 22), причиной ограничения правоспособности, являлась также основанием, ограничивающим дееспособность. И в самом деле, в то время, как мужчина *sui iuris* по достижении им половой зрелости оказывался в соответствии с *ius civile* полностью дееспособным и потому выходил из-под опеки, женщина, хотя и достигшая половой зрелости, продолжала рассматриваться частично недееспособной по причине своего природного «легкомыслия», *levitas animi,* и поэтому, выйдя из-под опеки в связи с несовершеннолетием, подпадала под специальную опеку *(tutela mulierum,* §131).

Правда, утверждение сделки опекуном, *auctoritatis interpositio,* было необходимо для женщины при совершении не любых актов, но лишь наиболее важных: например, при необходимости выступать в суде, отчуждать манципируемые вещи *(res mancipi,* §35), составлять завещание.

Основанные на изначальной патриархальной структуре римской семьи ограничения дееспособности женщин с течением времени шаг за шагом становились менее значительными, пока не сделались исключительно формальными и не были практически упразднены в юстиниановском праве (§131).

§28. В) Болезнь

Как правило, римское право не предполагает такого основания ограничения дееспособности, как физические недостатки. Од-

нако в отношении некоторых актов, по самой природе требующих особых физических качеств, неправоспособными считаются те лица, которые не располагают ими вследствие болезни. Например, глухонемые не могут оставлять завещательного распоряжения в устной форме, как и совершать любые иные действия в вербальной (словесной) форме, *verbis.*

Куда важнее вопрос относительно душевной болезни, которую римское право называло *furor* (бешенство) или *dementia* (умалишенность). Поскольку в основе дееспособности лежит способность субъекта понимать и желать, очевидно, что за умалишенным, *furiosus,* наличие такой способности признано быть не может и потому за него действия должен совершать попечитель *{curator furiosi,* §132).

Однако недееспособность умалишенного не возникала на основе формального юридического акта (как это происходит сегодня — посредством вынесения решения об «отдаче под опеку»), фиксировавшего начало и конец такой неспособности. Поэтому она появлялась и сохранялась, пока относительное душевное нездоровье фактически имело место. Так что со временем акты, совершенные *furiosus* в период «просветления», стали признаваться действительными и даже обязывающими его.

§ 29. Г) **Расточительство**

Уже начиная с XII таблиц расточитель *(prodigus)* не мог совершать такие действия, которые ухудшали бы его имущественное состояние, что поначалу относилось к имуществу, доставшемуся ему без завещания *(ab intestato,* §318), а впоследствии— ко всему имуществу, как бы оно ни было приобретено. Таким образом, расточитель находился в положении, схожем с положением несовершеннолетнего, близкого к достижению половой зрелости (§26). Была предусмотрена формальная «отдача расточителя под опеку» (постановление претора, запрещавшее ему совершать сделки), так что в отношении его в отличие от умалишенного не допускалось наличие каких-либо периодов «просветления». Таким образом, управление имуществом расточителя возлагалось на куратора, *curator* (§132).

§ 30. Юридические лица. Соображения общего характера

Естественный субъект права — физическое лицо. Однако, как уже говорилось (§14), наряду с личностью человека правопорядок признает личность, т.е. качество субъекта права, также и за абстрактными сущностями, называемыми юридическими лицами.

Потребность в том, чтобы появилось юридическое лицо, может возникнуть в связи с двумя типами явлений: подпадающих под

понятие «компания» (т.е. совокупность лиц, объединившихся для достижения общей цели) и подпадающих под понятие «фонд» (т.е. совокупность имущества, объединенного постоянным предназначением одной цели).

§ 31. Корпорации

В основе жизни общества — принцип ассоциации, в силу которого отдельные индивидуумы объединяются в организации, чтобы добиться общих целей, недостижимых для одиночек. И вот, в определенных случаях и при исполнении определенных требований, правопорядок полагает целесообразным рассматривать эти организации в качестве самостоятельных субъектов права, отдельных от тех физических лиц, которые их составляют.

Такая необходимость не была оставлена в римском праве без внимания и реализовывалась различным образом.

Первую группу юридических лиц, образованных на коллективной основе, составляют политические организмы (само государство, называемое *populus Romanus, municipia, coloniae).*

Считалось, что они либо существуют изначально (как в случае *populus Romanus,* извечно рассматривавшегося в качестве субъекта права и потому наделенного собственной правоспособностью), либо возникают в связи со специальным мероприятием (например, в отношении колоний это был *lex,* на основании которого они учреждались). Однако хотя *populus Romanus* неизменно обладал правоспособностью в области одного лишь публичного права, так что отношения, в которые он вступал, регулировались исключительно и неизменно *ius publicum, municipia* и *coloniae* были наделены правоспособностью и в частном праве, так что они имели возможность быть субъектами ситуаций, регулируемых *ius privatum.*

Напротив, *sodalitates* (братства) и *collegia* являлись юридическими лицами в области одного лишь частного права. Первые были объединениями, преследующими главным образом культовые цели; вторые были направлены на общественно полезные (как похоронные общества) или профессиональные (творческие и производственные корпорации) цели.

Признание их существования происходило в разные исторические периоды по-разному. На смену абсолютной свободе объединений, провозглашенной в XII таблицах, пришли различные ограничения, введенные в последний период республики, что вызывалось распространением (в связи с политической обстановкой того времени) ассоциаций, преследовавших под прикрытием дозволенных целей тайные политические задачи. После нескольких вмешательств государства, имевших ограниченный характер и срок действия, во времена Августа был наконец издан *lex Iulia de collegiis*

(который, возможно, подтверждал предшествовавшие распоряжения Цезаря). В соответствии с ним распускались все существующие *collegia,* за исключением тех, которые могли сослаться на наиболее древние традиции, и было решено, что новые *collegia* могут быть признаны лишь по постановлению сената (к которому впоследствии было приравнено непосредственное признание со стороны принцепса). Этот регламент оставался в силе на протяжении всего существования империи. В христианскую эпоху (начиная с Константина и дальше) возвратились к формам, хотя и ограниченным, признания ассоциаций на общих принципах: лицо было признано за похоронными обществами, *collegia funeraticia,* и за церковными учреждениями как таковыми теперь уже не вследствие индивидуальной оценки конкретных целей каждой такой организации.

Организационная структура *sodalitates* и *collegia* зависела, начиная с XII таблиц, от устава объединения *(lex collegii).* Вообще говоря, частные объединения предусматривали органы управления по образцу юридических лиц публичного права. Например, как правило, имелись собрание членов *(populus collegii),* более узкий совет *(ordo decurionum),* а также особые органы, носившие различные названия *(magistri, curatores, quinquennali* и т.д.).

В юриспруденции был выработан принцип, согласно которому не может существовать компания, в которой не будет объединено множество членов, и их минимальное число было определено в количестве трех *(«tres faciunt collegium»).*

Правоспособность объединений касалась имущественных прав в широком смысле слова, но подчас они признавались в качестве субъектов прав, имеющих также и личное содержание (как патронат, §94).

§ 32. Фонды

Физическое лицо может задаться благотворительной целью, имеющей продолжительный или постоянный характер, и направить на ее достижение определенное количество имущества или сумму денег, стараясь сделать так, чтобы эти материальные ценности оказались прочно связаны с данной целью, в том числе и после смерти самого лица. Чтобы обеспечить исполнение такой воли навсегда, современное право подчас отделяет имущество от личности того, кто им распоряжается, или от личностей тех, кто исполняет его волю, и наделяет это имущество собственной жизнью, персонифицируя его. Таким образом, само имущество начинает рассматриваться в качестве субъекта, имеющего своей целью стремление к осуществлению того, что было установлен учредителем, так что последовательные приращения и убыли, права и обя-

зательства начинают относиться на счет такого субъекта. Он функционирует посредством физических лиц управляющих, сменяющих друг друга с течением времени и действующих не от собственного имени, а как «органы» юридического субъекта, которым является сам фонд.

Присвоение лица имуществу требует, очевидно, большей степени абстрагирования в сравнении с той, что была необходима для присвоения лица компании, которая базируется преимущественно на личностном основании, образованном совокупностью физических лиц. По этой причине понятие фонда было несомненно чуждо классическому римскому праву.

Чтобы достичь того же самого, классические юристы пользовались в основном совершением завещательного отказа в адрес компании (которая вследствие своего постоянного характера обеспечивала постоянное исполнение воли лица, распорядившегося имуществом) и обременением компании, «удостоенной» отказом, обязанностью *(modus,* §57) употреблять получаемые доходы на указанные цели.

Однако в христианскую эпоху создаются условия для возникновения современного понятия «фонд». Под «благочестивыми целями», *piae causae,* понимали все благотворительные завещательные отказы, которые охранялись, поощрялись и получали привилегии посредством распоряжений о благоприятствовании. Такие *piae causae,* которые были поначалу чаще всего связаны с церковными учреждениями (прежде всего с отдельными церквами), как можно полагать, в некоторых случаях и в самом деле рассматривались в юстиниановском праве в качестве отдельных субъектов, отличных от приходов, к которым они относились. Однако окончательной уверенности в том, что можно говорить о подлинном наделении имущества лицом в собственном смысле слова, у нас нет даже и относительно юстиниановской эпохи.

Глава III.
Объекты права. Имущество. Вещи

§ 33. Понятие «объект» права. Вещи

Субъективные права находят свое оправдание в «интересе» (т. е. наличном в носителе права сознательном стремлении по отношению к определенной сущности), который почитается со стороны правопорядка достойным защиты. Такой интерес субъект может обнаруживать своим поведением или он лишь предполагается на основании *id quod plerumque accidit* (т. е. того, что обычно происходит при определенных условиях), как в отношении субъектов, не способных на проявление сознательных желаний (дети, умалишенные и т. д.).

Определенная принадлежащая внешнему миру сущность, на которую обращается интерес, признаваемый юридической нормой, образует «объект» права, каковым могут являться как лицо (например, сын, объект *patria potestas;* подопечный или женщина, объекты соответствующих *tutelae),* так и вещи, т. е. сущности, отличные или рассматриваемые в качестве отличных от лиц, — как материальные и вследствие этого воспринимаемые чувствами (например, земельный участок, раб, рабочий скот), так и нематериальные и потому воспринимаемые только умом (например, *operae,* т. е. трудовая деятельность человека или животного).

Если говорить о сущностях внешнего мира, подпадающих под определение «вещи» (в римской терминологии *«res»),* то следует подчеркнуть, что объект права образуют не все из них, а лишь те, которые имеют имущественную ценность, т. е. те, которых человек в состоянии достичь и использовать для хозяйственных целей. Поэтому звезды, воздух или вода в открытом море *res* в смысле объектов права не являются.

Таким образом, с данной точки зрения понятие «вещи» как объект права не совпадает с их понятием в естественно-природном смысле. Мало того, несовпадение это объясняется также и иными причинами: с естественно-природной точки зрения вещами являются, например, как земля, так и земельный участок, и дерево, и его части (листья, плоды, ствол, корни), и еще меньшие части этих самых частей (кора, черенки листьев, семена плодов). Однако не всегда вышеперечисленные вещи образуют самостоятельные объекты права, взятые сами по себе: зачастую бывает так, что определенное право, распространяясь на одну из этих «вещей», охватывает в ней и все образующие ее части. Так что для хозяина участка «вещью» является прежде всего земля со всеми своими плодами, однако если он продает то, что на земле про-

изросло, самостоятельными «вещами», объектами права для покупателя становятся ветки назначенного на вырубку леса, или плоды, или цветы, или семена.

Итак, мы бы сказали, что право видит «вешь» в той части природы, которая рассматривается социально-экономическим сознанием в качестве независимого объекта, подпадающего под самостоятельное имущественное отношение применительно к отдельному праву, которое в связи с этой вещью должно установиться.

§ 34. Понятие «имущество». *Res corporales* (вещи материальные) и *incorporales* (нематериальные)

Наиважнейшим для понимания воззрений римлян на сферу вещей, *res,* оказывается представление, которое они имели относительно имущества, *«patrimonium»,* имевшего важное практическое значение в ряде правовых ситуаций (например, наследственное преемство, § 268; ответственность за неисполнение обязательств, § 217; и т. д.).

Согласно римской юриспруденции, *«pathmonium»* есть совокупность элементов *(Ьона,* добро), дающих частному *субъекту экономические* выгоды.

Согласно Гаю, *patrimonium* образуется из *res corporales* и *res incorporales.* Первые представляют собой материальные вещи *(quae tangi possunt,* которых можно коснуться) — такие, как земельный участок, раб, золото, серебро и бесчисленные иные вещи, вторые представляют собой субъективные юридические ситуации *{quae tangi non possunt)* — такие, как право узуфрукта, сервитута, требование по обязательству и т.д.

Различие, сформулированное в такой форме, не производит впечатление полной четкости: строго говоря, следовало бы, с одной стороны, противопоставить все материальные вещи, а с другой — собрать вместе все права и при этом прежде всего включить в *res incorporales* имущественное право в наиболее общем значении, т. е. право собственности. Между тем, согласно представлениям Гая, такое право отождествляется со своим объектом (который является *res corporalis)* и потому самостоятельного значения не имеет. Поэтому в качестве *res incorporales* рассматриваются исключительно имущественные права, отличные от права собственности (вещные права на чужую вещь, § 170 слл.; обязательства, § 190).

Тем не менее предложенное Гаем различение нельзя упускать из виду, поскольку, лишь отталкиваясь от него, к примеру, удается понять тот факт, что *res corporales* могут быть приобретены в *patrimonium* также и посредством физических действий — таких, как *traditio* (передача) и *occupatio* (завладение), в то время как *res incorporales* (поскольку они представляют собой явления, которые заключаются в праве,

quae iure consistunt, Gai. Inst. 2.14), как правило, могут входить в *patrimoniwn лишь посредством* специальных юридических действий или актов *{mancipatio, in iure cessio, contractus, delictum, successio).*

§ 35. *Res mancipi* (вещи манципируемые) и *nec mancipi* (неманципируемые)

Под иным углом зрения римляне разделяли вещи, образующие имущественный объект, на *res mancipi* и *res nec mancipi,* в зависимости от того, требовался или нет для их приобретения специальный акт манципации, *mancipatio* (§ 148).

Из числа *res corporales,* как определяет Гай, *res mancipi* являлись земельные участки и недвижимость в городах, расположенных в Италии, рабы, тягловый и вьючный скот (быки, мулы, лошади, ослы); среди *res incorporales* — сельские сервитута (§ 171), разумеется, наиболее древние (право прохода и проведения воды), но, возможно, также и все прочие.

Надо полагать, составление списка *res mancipi corporales* было завершено в куда более древние времена: как отмечает сам Гай, хотя во времена императоров слоны и верблюды также использовались в качестве тяглового и вьючного скота (римляне узнали их не ранее **III** в. до н. э.), они не входили в число животных *mancipi,* поскольку еще не были известны, когда осуществлялась классификация[1]. Кроме того, здесь мы имеем дело с юридической ориентацией, связанной с наиболее изначальными социальными условиями: особое значение, придаваемое с экономической точки зрения перечисляемым здесь вещам (о чем свидетельствует Гай, подчеркивая, что речь идет о «наиценнейших вещах», *res pretiosiores),* может быть понято лишь при условии, что все это соотносилось с земледельческим хозяйством и связанными с ним скромными требованиями в отношении имущественного оборота в первые века существования Рима. В то же время режим оборота таких *res,* основанный на требованиях публичности (каким в *mancipatio* представляется увеличенное число свидетелей, § 148), может быть понят лишь в контексте небольшой общины, когда Рим еще не был вовлечен в широкую торговлю и заморские контакты.

[1] Сам Гай не сообщает о времени, когда список *res mancipi* оказался закрытым (этот вывод делают исследователи), но объясняет исключение слонов и верблюдов из числа *res mancipi* тем, что они относятся к диким животным (!), хотя и используются как вьючный скот. Эта непростая для понимания логика римского юриста обычно игнорируется в современной учебной и даже в специальной литературе, хотя именно она позволяет выявить подлинные исторические основания данной классификации, которые отнюдь не сводятся к ценности вещей, хотя она и упоминается Гаем в качестве возможного критерия.

Нетрудно поэтому понять, что с развитием товарного хозяйства это различие в значительной степени утратило смысл. Так что нам приходится наблюдать, с одной стороны, попытки юриспруденции ограничить его применимость посредством интерпретации (таким было положение школы прокулианцев, в соответствии с которым тягловый и вьючный скот следовало рассматривать в качестве *mancipi* не с момента рождения, как продолжали утверждать сабинианцы, а с момента приручения либо — если животное не поддавалось укрощению — с того возраста, когда такое приучение обычно происходит). С другой стороны, посредством наделения приобретателя процессуальной защитой (преторская собственность, § 137) преторский эдикт в определенных обстоятельствах признает вещно-правовой эффект за простой передачей *(traditio) res mancipi*.

В праве последнего императорского времени различие между *res mancipi* и *res nec mancipi* было в большей степени обломком предыдущих исторических эпох, чем живым и действенным институтом. Наконец, оно полностью исчезает из юстиниановского права, которое упразднило его в явной форме.

§ 36. *Res in patrimonio* («вещи в имуществе») и *extra patrimonium* («вне имущества»). *Res quarum commercium non est* (вещи, изъятые из оборота)

Из того факта, что не все *res corporales* являются частью имущества или, во всяком случае, могут быть в него включены, вытекает два разграничения. Во-первых, всем *res in patrimonio* противостоят *res extra patrimonium,* в зависимости от того, являются они фактически объектом имущественного права или нет. Во-вторых, вещам в обороте, *res in commercio,* противостоят *res quarum commercium non est* (обычно называемые *extra commercium),* в зависимости от того, могут ли они, хотя бы потенциально, быть включены в имущество или нет.

Эти два разграничения не совпадают между собой: например, ничейная или брошенная вещь *(res nullius* или *res derelicta)* не находится *in patrimonio* кого бы то ни было, но пребывает *in commercio* и может образовать в будущем объект частных отношений (завладение, § 140).

Чтобы понять, какие вещи могут находиться *extra potrimonium,* следует принять во внимание параметры, по которым происходит иное разграничение вещей (настолько важное, что Гай называет его даже основным, *«summa divisio»),* а именно то, которое имеется между *res divini iuris* (предметами, относящимися к божественному праву) и *res humani iuris* (предметами, относящимися к человеческому праву). Это разграничение имеет значение для нас потому, что все вещи, относящиеся к первой категории, исключены из *commercium* и потому с необходимостью оказываются и *extra patrimonium*. Вторые же, напротив,

как правило пребывают ш *commercio* и потому способны делаться частью *pauimonium,* за исключением *res publicae* (вещей общественных) и приравненных к ним. Рассмотрим эти категории более подробно.

§ 37. *Res divini iuris* (вещи божественного права)

Здесь различаются три подвида.

а) *Res sacrae* (священные предметы). Это вещи, предназначенные для почитания верховных богов: храмы, алтари, статуи богов, культовые принадлежности. Посредством публичной церемонии (посвящение — *consecratio, dedicatio)* и с согласия римского народа они выходят из частного распоряжения и рассматриваются принадлежащими компании, коей поручен культ, который она согласилась осуществлять, а в некоторых случаях (как со статуями) признаются как бы собственностью того бога, которому они посвящены. Посредством обратной публичной церемонии (профанация — *exconsecratio, profanatio)* эти вещи снова поступают в частное распоряжение.

В христианском праве священные предметы (которые неизменно находились вне оборота) как специально предназначенные для культовых целей считались собственностью Церкви или отдельных церквей.

б) *Res religiosae* (предметы поклонения). Это гробницы, посвященные богам подземного мира (лары, маны, пенаты) и потому находящиеся как бы в их собственности. Поскольку они удовлетворяют требованиям частного культа *(privata religio),* для того чтобы они вышли из оборота, публичной церемонии и санкции народа, *auctoritas populi,* не требуется. Так что само частное лицо и осуществляет вывод такого предмета из оборота посредством фактического погребения покойника. Именно начиная с этого момента, но не раньше, гробница, прежде (как «кенотаф») подлежавшая обороту, делается *res religiosa.*

Если гробница не может быть объектом прав, это нисколько не затрагивает того факта, что в связи с ней могут существовать некоторые юридические отношения, непосредственно связанные с ее функцией. Так, существует *ius sepulchri* (право гробницы), которое охватывает право хоронить покойника и справлять на этом месте заупокойные ритуалы, а также может возникнуть право прохода через чужой участок для того, чтобы подойти к гробнице *(iter ad sepulchrum). Ius sepulchri* защищается посредством *actio sepulchri violati* (иск в связи с нарушением права гробницы).

Гробницы подразделяются на наследственные, *hereditaria,* для которых *ius sepulchri* переходит от наследника к наследнику без всякого учета семейных связей, и семейные, *familiaria,* в отношении которых *ius sepulchri,* напротив, переходит от предка к потомку, исключая отсюда постороннего наследника.

В христианском праве, в свете новых представлений о загробном мире, собственность подземных богов делается абсурдом, и особое поклонение, окружающее гробницы, носит скорее духовный, чем юридический характер. Архаический *вывод гробниц из* оборота утрачивает смысл.

в) *Res sanctae* (посвященные предметы). В перечислении этих вещей, даваемом Гаем, в качестве *res sanctae* фигурируют городские стены и ворота. Категория эта остается несколько непроясненной. Сам Гай говорит, что такие предметы «некоторым образом относятся к божественному праву» *{quodammodo divini iuris)*. И действительно, такие *res* находятся в собственности государства и частные лица не могут делать их объектом своих притязаний (таких, как прислонить к ним или опереть на них строительную конструкцию или укрыться в них без разрешения). Суеверное уважение, окружавшее их в связи с религиозным посвящением, настолько велико, что смертной казнью карается тот *(sacer),* кто причиняет им ущерб или проявляет к ним презрение.

§ 38. *Res humani iuris quarum commercium non est* (изъятые из оборота предметы, относящиеся к человеческому праву)

Как правило, *res humani iuris* находятся либо *in patrimonio,* либо *in commercio*. Однако возможность составить объект частных юридических отношений закрыта для так называемых *res publicae,* т. е. тех вещей, которые принадлежат государству или *populus Romanus {publicae* происходит *на самом деле* из *populicae)*. Вещи эти выходят из распоряжения частных лиц посредством обобществления, *publicatio,* или приобретаются государством непосредственно, как военная добыча.

В римском праве не существовало современного разграничения между «публичным имуществом», принадлежащим *государству, но* обычно предназначаемым им для свободного использования народом, и «казенным имуществом», образующим в полном и точном смысле имущество государства, которым оно пользуется для достижения своих целей. Как предметы народного пользования, *res in usupopuli* (дороги, бани, рынки), так и предметы народной собственности, *res inpecunia populi* (земельные участки, государственные рабы), были изъяты из-под действия правил частного права.

К *res publicae* приравнивались *res universitatis,* т. е. общественные вещи, принадлежащие не государству, а отдельным политическим общинам *(universitates)*, отличным от государства: *civitates, municipia, coloniae*.

Согласно мнению юриста Марциана (впрочем, одиночному), отличными *от respublicae,* хотя и приравненными к ним по юридическому положению следует считать так называемые *res communes omnium,*

т. е. такие вещи, которые по своему природному назначению оказываются во всеобщем пользовании, лишенном какой-либо регламентации: воздух, речная вода, море, морские берега. И насколько нам известно, другие юристы не выделяли эти вещи *в* особую категорию, а включали их в число *res publicae*.

§ 39. Классификация *res in commercio*
А) Движимые и недвижимые вещи

За исключением тех вещей, которые не могли входить в частное имущество, либо в связи с тем, что они *divini iuris,* либо в связи с их общественным назначением, хотя они и относились к *humani iuris,* все прочие вещи явно или неявно подразделялись римлянами исходя из разных принципов.

Первое подразделение, имеющее наиважнейшее значение для современного права, — то, что пролегает между недвижимыми вещами (почва и все то, что к ней постоянно прикреплено) и вещами движимыми (животные, рабы, все перемещаемые вещи). До самого конца классического права это подразделение не имело принципиального значения, поскольку, по сути, поглощалось разницей между *res mancipi* и *res nec mancipi* (§ 35). Правда, следы этого подразделения, иной раз весьма древние, прослеживаются в правилах, касающихся различных институтов (приобретение по давности, § 153; защита владения, § 168).

Значение этого подразделения весьма возрастает начиная с послеклассической эпохи, что происходит также в связи с исчезновением противоположности *res mancipi — res nec mancipi*.

§40. Б) Вещи родовые и вещи индивидуально определенные[1]. Вещи заменимые и незаменимые

Вещи, образующие объекты юридических сделок, могут рассматриваться либо в силу их индивидуальности *(species,* например, раб Панфил, участок Корнелия, художественное изделие), либо посколь-

[1] Строго говоря, юридическая латынь противопоставляет здесь род *(genus) виду (species) как* определенный класс явлений, выделяемый *по* общим признакам из всей массы рассматриваемых явлений *(divisio),* специфическому явлению, выявляемому внутри класса посредством определения *(dejlnitio).* В русской научной традиции понятие «вид», хотя и несет в себе идею специфичности, все же относится к группе явлений. Латинское «*species*» поэтому в данном случае принято передавать выражением «вещи, определяемые индвидуальными признаками» или, проще, «индивидуальные вещи». Не путать с индивидуализированными вещами — родовыми вещами, наделенными индивидуальными признаками для того, чтобы они могли стать объектом сделок! Например, вино в запечатанной и маркированной бутылке остается родовой вещью, если таких бутылок существует несколько, — так называемое *genus limitatum*.

ку они образуют более или менее обширный род, *genus* (например, центнер зерна, сто литров вина, но также и сто литров красного вина, сто литров красного вина урожая такого-то года и т. д.).

Это подразделение имеет большое значение в сфере обязательств и в особенности для некоторых способов их прекращения (исполнение, § 202; наступившая невозможность предоставления, § 208).

Обыкновенно намеченное противопоставление приводит к предположению, что родовые вещи наделены абсолютно одинаковыми основными качественными характеристиками и потому способны к неограниченной возможности замены в пределах *genus* в том смысле, что любое количество этой вещи заменимо таким же количеством *{tantundem),* взятым из того же рода. Между тем вещи индивидуальные не допускают, чтобы их «заменяли» или «замещали» другими, поскольку каждая представляет собой *unicum.* Поэтому, если более точного определения предусмотрено не было, тот, кто обязан представить родовую вещь, вправе передать любую вещь, которая входит в общее социально-экономическое понятие рассматриваемого рода.

В случаях, когда (как, например, при займе, § 208) рассматриваемый род образован вещами, которые по природе (например, деньги) или по желанию сторон (например, продовольствие) могут считаться между собой тождественными, значение придается исключительно их количеству. Римляне говорили о вещах, которые рассматриваются по весу, количеству и мере *(«res quae pondere numero mensura constant»).* Современные юристы, опираясь на выражение, содержащееся в одном тексте юриста Павла, говорят в этом случае о «заменимых вещах», противостоящих «незаменимым».

§ 41. В) Вещи потребляемые и непотребляемые

Это подразделение исходит уже не из естественно-природных свойств (поскольку, как это очевидно, все вещи в природе более или менее ускоренно потребляются), а из социально-экономических критериев. В самом деле, существуют вещи, которые *«primo usu consumuntur»* (потребляются с началом их использования) или же, как еще говорили римляне, *«in abusu* (разрушении) *consistunt»,* т. е. использование которых состоит именно в том, чтобы их уничтожать. Таковы, например, все съестные припасы, вино, масло и т. д., ив качестве таковых же рассматриваются и деньги, но не в том смысле, что имеет место уничтожение отдельных металлических платежных знаков, а в плане экономическом, исходя из которого использовать деньги значит их истратить, т. е. с точки зрения субъекта, пользующегося деньгами, уничтожить их стоимость. Однако имеются и иные вещи, которые, хотя и постепенно, более или менее замедленно, ухудшают свои свойства,

но не разрушаются с началом использования, а потому называются «непотребляемыми» (например, машины).

Описанное подразделение имеет значение в первую очередь для прав (узуфрукт, § 175) или договоров (ссуда, § 232), объектом которых является вещь, подлежащая возврату после использования, и потому она обязательно должна быть непотребляемой.

§ 42. Г) Вещи делимые и неделимые

Здесь также право отталкивается не от естественно-природных показателей. Несомненно, что все вещи способны физически делиться на все более мелкие части вплоть до атома (в соответствии с убеждениями древних, ныне преодоленными). Однако очевидно и то, что с социально-экономической точки зрения не все вещи делимы, поскольку для многих из них разделение равнозначно уничтожению (раб, картина и т. д.). Так что мы бы сказали, что с юридической точки зрения делимы все те вещи, части которых, возникающие в результате их деления, продолжают исполнять ту же самую социально-экономическую функцию, что и целое (например, продукты питания, земельные участки).

Данное подразделение оказывается важным в различных областях права, но прежде всего в отношении общей собственности *(communio pro indiviso,* § 138) и обязательств с множеством субъектов (§ 222).

§ 43. Д) Вещи простые, составные и собирательные

И вновь естественно-природные критерии не имеют здесь значения для права, поскольку, кроме простых элементов, все остальные вещи, с химической точки зрения, представляют собой сложные образования. Если, однако, подходить к вопросу с социально-экономической точки зрения, фактически оказывается, что некоторые вещи предстают в общем мнении как такие единства, что части, с необходимостью их образующие, не обладают независимым существованием, не существуют как самостоятельные вещи. Это те «простые вещи», о которых юрист Помпоний говорит *(D.* 41.3.30 *pr.),* что они «охватываются единым духом», *«uno spiritu continentur»* (животное, растение, бревно, камень).

Другие вещи, напротив, таковы, что образующие их части легко выделимы, обособлены друг от друга и сохраняют свою сущность, за исключением того, что вследствие объединения они утратили свою функциональную самостоятельность, чтобы образовать целое, имеющее собственное предназначение, отличное от образующих его частей. Это те составные вещи, о которых Помпоний говорит, что они «состоят из соприкасающихся вещей, т. е. многих соединенных одна с

другой вещей», *«ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constant»* (здание, корабль, шкаф).

Различие между простыми и составными вещами важно в праве прежде всего потому, что в то время, как по отношению к простым вещам невозможно себе представить наличие самостоятельных юридических отношений, по отношению к составным вещам, напротив, представимо существование в связи с такими частями прав и отношений, которые пребывают в «застывшем состоянии» (§ 11) до тех пор, пока сохраняется соединение, однако проявляются во всей своей действенности, как только соединение прекращается («пробуждение»).

Имеются, наконец, еще и другие вещи, которые, хотя они и не соединены материально и сохраняют свою индивидуальность и самостоятельность, представляя собой каждая в отдельности особую вещь, тем не менее удерживаются вместе той собирательной функцией, которую они все вместе выполняют. Это есть те «собирательные вещи», *universitates rerum,* о которых Помпоний говорит, что они «состоят из отдельных вещей, так что это есть множество свободных тел, которые, однако, связаны одним именем» *(«ex distantibus constant, ut corpora plura, soluta sed uni nomini subiecta»).* Современная критика показала, что в соответствии с римскими представлениями, единственным случаем собирательной вещи, рассматриваемой как таковая в рамках юридической системы, оказывается стадо.

Понятие собирательной вещи важно потому, что различные образующие ее вещи, будучи рассмотрены с определенной точки зрения, имеют значение единичных вещей, однако исходя из других отправных моментов обретают значение единой вещи. Например, собственник, который требует от недобросовестного владельца возвращения стада, не вынуждается к вчинению стольких судебных исков, сколько голов оно насчитывает, но вчиняет лишь один иск, имеющий целью возвратить «стадо».

§ 44. Е) Вещи главные и побочные

На примере предыдущего разделения обнаружилось, что некоторые вещи пребывают органически соединенными с другими, так что образуют вместе с ними единое целое, составную вещь. Однако иной раз случается, что одна вещь находится в отношении хозяйственной зависимости от другой вещи, не будучи существенно важной для ее законченности. В таком случае второстепенная вещь не отождествляется с другой вещью вплоть до того, чтобы образовать ее «часть», но связывается с ней чисто инструментальным отношением, т. е. служит тому, чтобы сделать возможным использование «главной вещи» или ему способствовать, и потому по отношению к ней приобретает каче-

ство «дополнительной вещи», аксессуара (седло по отношению к лошади, рама по отношению к картине).

В соответствии с римскими представлениями особое положение занимает так называемое *instrumentum* (инвентарь), образованное совокупностью движимых вещей, предназначенных для содействия использованию главной вещи. Так, в *instrumentum fundi* (инвентарь земельного участка) входят сельскохозяйственные орудия, бочки, давильные прессы, тростник, ивняк; *instrumentum tabemae* (заведения) образовано техническими приспособлениями торгового или промышленного предприятия; *instrumentum navis* (корабля) составляют все орудия, служащие для мореплавания или рыбной ловли.

Различие между главными и побочными вещами важно потому, что в отличие от того, что происходит с «частями вещи», не всякое право или отношение, охватывающее главную вещь, с необходимостью распространяется также и на побочную, но происходит это лишь тогда, когда таково было явно выраженное желание сторон. Например, при продаже повозки в случае, когда стороны не сделали специальных оговорок, очевидно, что продаются и колеса, между тем как при продаже лошади седло продано не будет.

§ 45. Плодоносящие вещи. Плоды

Некоторые вещи полезны человеку не сами по себе (или не только сами по себе), но в силу их способности приносить доход. Такие вещи называются «плодоносящими », а приносимый ими доход — «плодами». Таким образом, мы можем определить плод как такую часть, которая отделяется от «вещи-матери» и в соответствии с ее социально-экономическим предназначением оказывается доходом от нее.

Рассматривая данную категорию вещей, мы также отвлекаемся как от обыкновенного значения слов, так и от естественно-природных критериев классификации.

И действительно, слово «плод» в его наиболее распространенном значении переносит нас в узкую область продуктов сельского хозяйства, между тем как с экономико-правовой точки зрения в понятие плодов включается также и иная продукция растительного мира, которая с естественно-природной точки зрения плодами не является (например, фиги и миндалины; листья или цветы, образующие продукцию, даваемую данной сельскохозяйственной культурой), а также некоторые продукты животного мира (шерсть, волосы, молоко, шелк, жемчуг, приплод) и царства минералов (продукция горнодобывающих предприятий). В доклассической юриспруденции были сомнения относительно того, можно ли считать плодами детей, рожденных рабыней *(partus ancillae),* которые с римской точки зрения несомненно

являются *res,* подобно приплоду животных. Верх взяло отрицательное мнение.

Плоды можно рассматривать в два периода их существования: когда они еще «висят», *pendentes,* и потому в специальном смысле слова плодами еще не являются, но образуют часть вещи-матери, и когда они отделены, с какового момента они приобретают самостоятельное существование.

Помимо плодов, уже фактически полученных, *percepti,* рассматриваются также плоды *percipiendi* (которые предстоит получить), т. е. те, которые будут принесены вещью, или те, которые можно из нее извлечь. Такое представление имеет значение в связи с возможным наступлением ответственности того, кто пренебрег получением из вещи всех плодов, которые мог или должен был из нее извлечь.

Кроме того, выделяются плоды потребленные, *consumpti,* и плоды существующие, *extantes;* это разделение проводится в целях возможного возмещения их тем лицом, которое их потребило или еще располагает ими.

Наряду с этим видом дохода («естественные плоды»), имеется и другой, состоящий в пользе, извлекаемой из вещи посредством юридической сделки (сдача недвижимости внаем, проценты с капитала и т. д.), и носящий название «цивильные плоды» (плоды, которые получаются в силу правовых отношений, *fructus qui iure percipiuntur).*

Факт принадлежности или непринадлежности вещи к плодам имеет важное значение, особенно во всех тех случаях, когда необходимо определить доход веши, доставляющей плоды, или установить принадлежность плодов вещи определенному субъекту (собственник, узуфруктуарий и т. д.).

§ 46. *Impensae* (затраты)

К теме *res* целесообразно присоединить рассмотрение *impensae,* т. е. денежных затрат, произведенных в интересах вещи или в связи с ней.

Затраты могут иметь разные функции. Если они были произведены с той целью, чтобы сохранить вещь или ее улучшить, следует говорить об *impensae in rem* (затраты на вещь), если же они, напротив, были произведены, чтобы извлечь из нее доход или увеличить его, следует говорить об *impensae infructus* (затраты на плоды). Кроме того, необходимо различать затраты необходимые, *necessariae* (имеющие целью сохранение *res* или ее способности давать доход), полезные, *utiles* (служащие улучшению вещи или увеличению ее способности приносить доход), и служащие удовольствию, *voluptuariae,* отвечающие исключительно персональным потребностям того, кто их производит.

Производство собственником затрат по отношению к той *res,* которой он пользуется, является нормальным осуществлением права и потому не представляет никакой проблемы.

Однако всякий раз, как *res* находится в физическом распоряжении субъекта, отличного от собственника, который удерживает по правомерному основанию (например, узуфрукт, § 175; прием на хранение, § 231; сдача внаем, § 244 и т. д.) или без какого бы то ни было законного основания, в силу простого фактического отношения (владение, § 164, которое, в свою очередь, может быть добросовестным или недобросовестным), возникает проблема оценки того, в какой мере затраты должны быть отнесены на его счет, а в какой — на счет собственника (который должен будет, таким образом, понести их или возместить).

Римское право не выработало на этот счет никакого обобщающего правила, но всякий раз давало оценку особым характеристикам каждого частного случая. Тем не менее можно выделить определенные тенденции, сформировавшиеся по данному вопросу в ходе постепенной и всесторонней его разработки, связанной с интерпретаторской деятельностью юриспруденции и с вмешательством со стороны претора, прежде всего в отношения, касающиеся возмещения в связи с возвратом приданого (§ 115).

Если держатель веши (на законном основании) не имел никакого права ею пользоваться (поклажеприниматель, § 231; кредитор-залогодержатель, § 188), возможные расходы относились на счет собственника — единственного лица, которое в данном случае могло притязать на обладание интересом, достойным принятия во внимание.

Если же держатель вещи располагал правомерной возможностью ею пользоваться, следует различать: *impensae in rem* должен был нести собственник, а *impensae infructus* — тот, кто пользовался вещью, будучи носителем вещного права (узуфрукт), или же либо он, либо собственник (в зависимости от того, происходило ли пользование «безвозмездно», например при ссуде, или же «возмездно», например при сдаче внаем) — когда он пользовался вещью в силу обязательственного права.

Когда затраты совершало лицо, на чей счет они не относились, у него возникало право на возмещение — в полном объеме в отношении затрат *necessariae* и на меньшую сумму, в пределах между фактическими затратами и произведенным улучшением, — в отношении затрат *utiles*. Относительно затрат *voluptuariae* нельзя было претендовать ни на какое возмещение, однако тот, кто их произвел, имел возможность воспользоваться при случае *ius tollendi,* т. е. правом забрать произведенные украшательства, если это могло быть сделано без ущерба для вещи.

Наконец, обычный владелец, т. е. тот, кто обладал вещью, не имея законного основания, не имел никакого права на возмещение еще в императорскую эпоху. Правда, претор давал ему эксцепцию о злом *умысле (exceptio doli generalis,* § 89), с помощью которой парировался виндикационный иск собственника, если тот не предложил возмещения затрат. Впоследствии сформировалось представление, принятое в юстиниановском праве, что добросовестный владелец, обязанный возвратить вещь, имел право на возмещение произведенных затрат в определенном объеме, размер которого зависел от того, были ли эти затраты *necessariae, utiles* или *voluptuariae*.

Глава IV.
Юридические факты

§ 47. Понятие и классификация юридических фактов

Как и любое другое, явление юридическое разворачивается через последовательность фактов. Однако далеко не все факты, имеющие место во внешнем мире и во внутреннем мире человека, значимы для права. Из всех фактов, наличных в *повседневной жизни, право* выделяет некоторые и признает за ними юридические последствия (каковыми могут являться, к примеру, возникновение права или обязательства, изменение или прекращение существующего права и т. д.). Эти факты, имеющие значение для права и потому создающие юридические последствия, определяются как «юридические факты».

Основное подразделение, которое может быть произведено среди юридических фактов, основано на следующем: некоторые из них заключаются в событиях, происходящих независимо от воли человека (течение времени, случайная гибель вещи), или, во всяком случае, рассматриваются сами по себе, отдельно от возможной воли, их вызвавшей (например, смерть лица как предпосылка для наследственного преемства), — это так называемые «юридические факты в строгом смысле слова». Иные, напротив, совершаются как следствие воли человека, и в таком случае следует говорить о собственно «юридических действиях (актах)».

Юридические действия, в свою очередь, могут быть направлены на достижение практических целей, защищаемых правопорядком, и тогда это будут «законные юридические действия», или же направлены на достижение практических целей, запрещенных правопорядком, и тогда *это* будут «незаконные юридические действия».

Основную категорию законных юридических действий образуют «юридические сделки». Тогда речь идет о проявлениях воли или ее изъявлениях (договор, завещание), обращенных на цель, защищаемую правопорядком, т. е. ту, которую право признает, гарантируя наступление юридических последствий, соответствующих преследуемой цели.

С учетом вышесказанного нелишне упомянуть о том, что понятие юридического факта, соответствующая классификация и прежде всего научная систематизация учения о юридической сделке созданы по преимуществу современной наукой. Однако это нисколько не умаляет того факта, что построение, предпринятое ею, было осуществлено с помощью элементов, заимствованных из научных разработок римской юриспруденции, и в силу этого даже там, где формулировки и систе-

матизация оказываются современными, под ними можно распознать скрытые или предполагаемые представления древней науки.

§ 48. Юридические факты в строгом смысле слова

Повседневные события, не зависящие от воли человека, которые влекут за собой юридические следствия, достаточно многочисленны и чрезвычайно разнообразны, из-за чего они ускользают от всякой систематизации и классификации. Но поскольку каждое из таких событий вызывает определенные юридические последствия, с ними можно ознакомиться постепенно, по мере того как будут рассмотрены отдельные нормы положительного римского права, каждая из которых основывается на таких событиях как на своей фактической предпосылке.

Так, мы говорили о рождении человека как о предпосылке для существования субъекта права (§ 15) и еще будем говорить о смерти как о предпосылке открытия наследства (§ 269) или об изменении речного русла *(alveus derelictus)* как о предпосылке для приобретения права собственности (§ 143).

Однако среди юридических фактов имеются два таких, которые создают следствия, не ограничивающиеся отдельными институтами, а общие для разных обширных областей права. Это «истечение времени» и «ошибка».

§ 49. Истечение времени

Истечение времени способно, если иные необходимые требования также исполнены, привести к приобретению некоторых правомочий или некоторых субъективных прав (см., например, «возраст», § 26; истечение «срока», § 56; приобретение по давности, § 153) либо, напротив, к утрате права, как это случается в «погашении исков по давности» (§ 73) или при «упущении права», которое имеет место, когда приобретение права обусловлено исполнением заинтересованным лицом юридических действий в определенный срок и это время истекло впустую, даже если произошло это не по недосмотру данного лица.

Отсюда возникает необходимость исчисления времени.

Оно может в исключительных случаях производиться *«a momento ad momentum»,* т. е. начиная с точно определенного мгновения начального дня и до соответствующего точно определенного мгновения последнего дня — в этом случае речь идет о «естественном» исчислении. Как правило, однако, срок устанавливается по дням, *«ad dies»,* когда дни рассматриваются как неделимые единства, так что отсчет начинается от полуночи начального дня и срок считается истекшим в полночь дня последнего, — тогда говорится о «цивильном» исчислении времени.

Правда, в рамках благожелательной интерпретации, когда ожидается истечение срока для приобретения возможности или для наступления законного послабления, юриспруденция допускает, чтобы срок считался истекшим не с концом, но с началом последнего дня *(«dies inceptus pro completo habetur»,* «начавшийся день считается за истекший»).

Кроме того, при исчислении времени можно принимать в расчет все протекающие дни без какого-либо различия между ними («непрерывное время») или же учитывать лишь те дни, когда можно было исполнить юридические действия, для которых был определен срок, вычитая таким образом дни, в которые действовать было невозможно вследствие уважительных причин («присутственное время»).

§ 50. Ошибка

Ошибка *(error)* есть плохое или неточное знание действительности. Она может возникнуть в отношении существования или точного содержания юридической нормы *(error iuris)* либо существования или точного характера данного факта *{error facti).* Фактическая ошибка может относиться к личности либо к свойству лица (например, я полагал, что совершил сделку с одним лицом, а на самом деле передо мной было другое лицо: *error in persona);* к предмету, о котором идет речь (я полагал, что приобретаю земельный участок Корнелия, в то время как продавец имел в виду земельный участок Семпрония: *error in corpore);* к сущности или качеству объекта (я принимал за золотую вещь, изготовленную из меди: *error in substantia);* к количеству (я полагал, что сдал вещь внаем за десять, между тем как другая сторона полагает, что получила ее за пять: *error in quantitate);* к существу сделки (я полагал, что получил вещь в подарок, а мне ее дали взаймы: *error in negotio*[1]*)* и т. д.

Однако ошибка не всегда оказывается значимой в юридическом плане, т. е. не всегда отражается на действительности «юридического факта».

«Ошибка в праве», как правило, не имеет значения в юридическом смысле, поскольку невозможно же допустить, чтобы субъект привел в качестве извиняющего обстоятельства незнание закона. Однако римское право было в сравнении с нашим менее непреклонным относительно непринятия во внимание *error iuris.* В самом деле, здесь допускалась возможность ссылки на незнание закона как на благоприятное в этом случае обстоятельство, что могло быть сделано: а) вся-

[1] Более распространен термин *error falsae causae,* ошибка в (ложном) основании.

ким, кто мог доказать, что никак не мог посоветоваться с правоведом; б) мужчиной моложе 25 лет; в) в ограниченных пределах женщинами, воинами, крестьянами.

«Ошибка в факте» имеет значение в юридическом плане в ряде случаев, установленных правопорядком. Отвлекаясь на время от тех, в которых возможно было допустить недействительность юридической сделки (§ 62, 68), вспомним о том, что, напротив, на ошибку можно было сослаться, чтобы получить определенные положительные результаты или чтобы придать законную силу акту, который в ином случае был бы недействительным. Например, если римский гражданин вступал в брак с чужестранкой, ошибочно считая ее римской гражданкой, жена могла, доказав факт такой ошибки, приобрести римское гражданство. Македонианов сенатусконсульт *(S. C. Macedonianum)* объявил ничтожными денежные займы в пользу *filii familias,* однако если заимодавец мог доказать, что выдал заем, ошибочно полагая, что имеет дело с *pater familias,* а не *cfilius,* заем оказывался действительным.

Наконец, следует добавить, *что,* говоря в общем и целом, для римлян ошибка оказывалась значимой в юридическом отношении, когда она была «простительной», т. е. вызванной не дремучим невежеством или чрезмерной небрежностью *(D.* 22.6.9.5: *«sciant nec stultis solere succurri, sed errantibus»* — «да будет известно что помощь обычно оказывается не глупцам, а тем, кто заблуждается»).

§ 51. Юридическая сделка. Понятие и классификация

Под «юридической сделкой» понимается всякое проявление частной воли, обращенное на цель, дозволенную правопорядком («основание»), так что право исходит из соответствия этого проявления достижению желаемой цели и потому защищает его, предусматривая наступление соответствующих юридических следствий.

Юридические сделки можно классифицировать с различных точек зрения.

С точки зрения изъявления воли мы будем отличать «торжественные», или «формальные», сделки, в которых воля должна быть проявлена, под угрозой их ничтожности, в соответствии с установленными формами, от сделок «неторжественных», в которых воля может быть проявлена каким угодно образом.

Затем мы будем различать сделки «односторонние», осуществляемые на основании воли одного субъекта (например, завещание, § 295), и «двусторонние», которые осуществляются на основании воли двух субъектов (или групп субъектов), называемых «сторонами», и направлены на примирение противоположных интересов (договор, § 226). Иной характер имеют «сложные» сделки, которые осуществляются на осно-

вании «сливающихся» воль многих субъектов; они направлены не на примирение разнящихся интересов, а на достижение одной и той же цели (например, решение собрания является результатом сливающихся воль его участников).

Наконец, мы будем различать «чистые» сделки, в которых имеет место проявление несмешанной и простой воли, не подлежащей ограничивающим оговоркам, и сделки, для которых характерно наличие таких оговорок: например, сделки под условием *(sub condicione,* § 55), «с начальным и конечным сроком» (§ 56), *sub modo* (с целевым назначением, § 57).

С точки зрения цели *(causa,* «основание»), на которую направлено проявление воли, можно выделить сделки «каузальные», где желаемая цель с очевидностью просматривается в самом действии, поскольку внутренне присуща самой его структуре (например, купля-продажа, § 243), и сделки «абстрактные», где не обнаруживается цель, ради которой совершается акт (например, *stipulatio,* § 235). Это не означает (по крайней мере для классической эпохи), что основание может отсутствовать, поскольку в таком случае сделка даже и не возникает за отсутствием существенно важного момента (§ 59). Значение абстрактных сделок заключается в том, что права, проистекающие из них, могут оказаться действенными, причем в доказательстве «основания» необходимости не будет и ответчику (естественный порядок бремени доказательства окажется здесь перевернутым, § 73) надо будет доказать несуществование или непригодность основания.

Опять же с точки зрения «основания» можно выделить сделки «возмездные» (например, купля-продажа) и «безвозмездные» (например, ссуда, § 232). В первых право приобретается Ценой возмещающих имущественных затрат, во вторых, напротив, такие возмещающие затраты отсутствуют, поскольку приобретение осуществляется бесплатно.

С точки зрения достижения эффекта сделки следует различать сделки *inter vivos* (например, договоры) и сделки *mortis causa* (например, завещания), в зависимости от того, наступают ли их последствия при жизни или же только после смерти волеизъявителя.

Наконец, с исторической точки зрения, судя по тому, какой правопорядок дает защиту юридическим действиям, можно выделить сделки в соответствии с *ius civile,* с *ius praetorium* и с *ius gentium.*

§ 52. Существенные элементы юридической сделки

Из вышеприведенного определения юридической сделки обнаруживается, что в ней имеется два существенных момента, отсутствие которых препятствует ее возникновению: «проявление воли» и цель, защищаемая правопорядком, или «основание».

Проявление воли может быть «явно выраженным» или «неявным». Явное выражение имеет место в том случае, когда субъект прибегает для ее выражения к какому-либо из средств, которыми располагает. Если форма не предписывается правопорядком категорически, как это бывает в некоторых случаях (§ 51), может быть использовано какое угодно средство (слова, письмо, знаки), лишь бы они в соответствии с социальными обыкновениями считались пригодными для недвусмысленного проявления внутреннего волеизъявления.

Кроме того, в двусторонних сделках всякий раз, когда нормой не предписывается присутствие обеих сторон, одна сторона может известить другую о проявлении своей воли либо письмом, *per epistulam* (ныне — по телеграфу, телефону, радио), либо посредством гонца, *nuncius,* т. е. лица, которое направляется для того, чтобы сообщить об этом, и, очевидно, исполняет роль простого средства передачи информации.

Напротив, проявление оказывается «неявным» в том случае, когда воля не обнаруживается с помощью намеренно выполненных ради этого действий, но выявляется как подразумеваемая и необходимая из поведения субъекта, между тем как,само по себе такое поведение направлено на достижение иной цели. Например, в случае *pro herede gestio* (выступление в роли наследника, § 275) тот, в чью пользу открылось наследство, не объявляет о желании принять его, а лишь платит по долгам покойного. Тем самым он совершает действие, которое хоть и не было предназначено для того, чтобы дать знать о своем желании принять наследство (а было направлено лишь на то, чтобы погасить обязательства покойного), тем не менее предполагает волю быть наследником.

Довольно значительно отличается от неявного проявления, которое тем не менее представляет собой демонстрацию воли, простое «умолчание», т. е. «непроявление» воли, поведение в полном смысле пассивное. И верно, тому, кто молчит, невозможно приписать, разве лишь произвольно, никакого желания — ни положительного ни отрицательного. Однако в некоторых случаях право выводит из умолчания юридические следствия, создавая в отношении того, кто хранит молчание, «фикцию воли». Так происходит, например, когда право рассматривает в качестве положительного проявления воли молчание того, кто обладал юридической возможностью противоречить и не противоречил (ш *iure cessio,* § 149; усыновление, *adoptio,* § 121).

«Основание» сделки, определенное нами как цель, к которой стремится проявление воли, отождествляется с социально-экономической функцией, на которую объективно обращена сделка. Это означает, что субъект может и не сознавать значения и юридических последствий поставленной цели. И в самом деле, в большинстве случаев субъект

осведомлен о результатах, которых он желает добиться, лишь по опыту, но не в теории, и сам по себе стремится к корыстным или исключительно социальным целям (как, например, в случае усыновления), а не к юридическим.

Поэтому основание сделки резко отлично от ее «мотивов». Мотивы, которые могут побудить субъекта к совершению юридической сделки, не поддаются исчислению и в высшей степени разнообразны, какими и следует быть человеческим надеждам и чувствам. Так что они, как правило, меняются от сделки к сделке и при двусторонней сделке могут оказываться несовпадающими для той и другой стороны. Напротив того, основание представляет собой, в смысле техническом, окончательный результат, в котором все мотивы обретают реализацию, так что основание есть то, в чем мотивы приходят к естественному урегулированию. Например, неисчислимы «мотивы», которые могут побудить стороны к купле-продаже, однако «основание» купли-продажи оказывается всегда одним и тем же: обмен товара на цену. Точно так же различными могут быть мотивы, побуждающие дать свободу рабу, сдать вещь на хранение и т. д., однако «основание» этих поступков будет неизменно одно (соответственно: предоставление свободы, поклажа и т. д.). Именно эту окончательную и определяющую цель, «основание», постоянно и принимает во внимание право. Мотивы им, как правило, игнорируются и потому не оказывают никакого влияния на регламентацию сделки, за исключением некоторых особых случаев (ошибка в мотивах, § 68; незаконность основания, возникшая вследствие незаконности мотивов, § 64).

§ 53. Естественные элементы юридической сделки

Наряду с существенными элементами сделки, которые не могут отсутствовать, поскольку иначе сделка окажется полностью ничтожной, в ней имеются и другие элементы, которые, хотя и не являются существенными, обычно сопровождают некоторые типы сделок и автоматически рассматриваются в качестве присущих им, если только не будут исключены в результате заявления сторон, совершенного в явной форме. Это так называемые естественные элементы. Например, начиная с определенного времени в римской купле-продаже (§ 243) присутствовала, даже если стороны в явной форме об этом не договаривались, «гарантия на случай эвикции», т. е. ответственность продавца на случай, если бы третьи лица нарушили спокойное пользование покупателя купленной вещью («эвикция»). Однако при совершении договора стороны могли условиться о том, чтобы исключить эту ответственность, именно потому, что здесь не идет речь о существенном элементе.

§ 54. Привходящие элементы юридической сделки

Имеется, наконец, и третья категория элементов, которые не только не являются существенно необходимыми для возникновения сделки, но и не рассматриваются в случае умолчания сторон в качестве присущих ей. Они называются привходящими и в некоторых случаях могут быть присоединены к сделке посредством заявления сторон, совершенного в явной форме.

Право в определенных пределах предоставляет действующему лицу самостоятельность, разрешая ему присоединить к проявлению своей воли дополнительные условия, уточнения, ограничения. Некоторые из таких дополнительных определений воли, будучи типичными и наиболее часто встречающимися, были научно систематизированы и разработаны уже в римской юриспруденции. Это «условие», «срок» и «целевое назначение».

§ 55. *A) Condicio* (условие)

Condicio представляет собой такую оговорку, посредством которой действительность или же недействительность сделки ставится в зависимость от будущего объективно неопределенного события. В первом случае условие называется «отлагательным», потому что последствия сделки пребывают *in suspenso, в* ожидании возможного наступления предусмотренного события. Во втором случае оно называется «отменительным», потому что всякий раз, как предусмотренное событие наступает, оказываются отмененными, т. е. не реализуются, те следствия, которые повлекла за собой сделка.

Правда, в римском праве была разработана теория одного лишь отлагательного условия. В тех же случаях, которые были нами названы «отменительными», римские юристы достигали результата окольным путем, посредством *«negotium purum quodsub condicione resolvitur»* («чистая сделка, отменяемая в связи с условием»). Это означало, что сделка влекла за собой последствия, все равно как если бы она была «безусловной», однако к ней оказывалась присоединенной дополнительная сделка, находящаяся в зависимости от отлагательного условия, посредством которого устанавливалось, что всякий раз, как наступало предусмотренное событие, последствия основной сделки теряли силу. Так, например, лицо, желавшее продать вещь с тем отменительным условием, что ее цена будет уплачена в определенный срок, осуществляло безусловную продажу (главная сделка), сопровождавшуюся дополнительным соглашением *(lex comissoria),* по которому покупатель обязывался возвратить вещь в случае, если он уплатит цену до установленной даты (отлагательное условие).

Событие, оговариваемое в условии, должно относиться к «будущему». В случае же, если оговариваемое событие оказывалось уже на-

ступившим, оно не обладало отлагательным свойством, но юридические последствия сделки наступали сразу же; напротив того, если возможность наступления события уже исчезла, эти следствия наступить ни в коем случае не могли. Поэтому условия, относящиеся к событиям настоящего («если Тиций жив») или прошлого («если Тиций был консулом») времени, рассматривались как «ненадлежащие».

Кроме того, событие не должно быть «несомненным». В случае же, если нет сомнения в том, что оно наступит, оно перестает быть условием: будущее, но неизбежное событие будет указывать лишь более или менее отдаленный временной срок и служить только для того, чтобы отложить вступление сделки в силу («срок», § 56).

Все возможные случаи неопределенности были классифицированы в юриспруденции следующим образом:

dies certus an, certus quando (точно известно, что наступит, и точно известно когда) — *срок:* например, календы следующего месяца;

certus an, incertus quando (точно известно, что наступит, но неизвестно когда) — *срок:* например, день смерти определенного лица;

incertus an, incertus quando (неизвестно, наступит ли, и неизвестно, когда) — *условие:* например, если прибудет корабль из Азии;

incertus an, certus quando (неизвестно, наступит ли, хотя известно, когда) — *условие:* например, достижение определенным лицом определенного возраста.

Как видим, для того чтобы условие имело место, всегда необходимо, чтобы событие, помимо того, чтобы быть будущим, было еще и *incertus an*.

Кроме того, событие должно быть «возможным». Если оно невозможно в силу то ли естественных («если ты пальцем коснешься неба»), то ли юридических причин («если ты продашь мне храм Юпитера»), сделка будет ничтожной: в первом случае — из-за отсутствия серьезного желания со стороны того субъекта, который «отвергает то, чего желает», а во втором — в связи с незаконностью основания из-за незаконности мотивов. Тем не менее вследствие благожелательного отношения со стороны правопорядка, что диктовалось желанием любой ценой обеспечить за завещанием законную силу («снисхождение к завещанию», *favor testamenti),* юриспруденция допускает (опираясь на указание сабинианской школы), что всякий раз, как с завещательным распоряжением оказывается увязано невозможное условие, распоряжение рассматривается как действительное, все равно как если бы оно было сделано «без каких-либо условий», т. е. невозможное условие мыслится в данном случае как непоставленное (так называемое сабиново правило, *regula Sabiniana).*

Наконец, событие должно быть «дозволенным» и не противоречить добрым нравам, *contra bonos mores,* потому что право, это вполне очевидно, не может допустить, чтобы результативность сделки ставилась в зависимость от незаконного или постыдного поступка. Так что незаконное или постыдное условие влечет за собой «ничтожность» сделки по причине незаконности основания, которая также и в данном случае вытекает из незаконности заключенного в нем мотива (кроме случаев смягчения этого правила в отношении завещательных распоряжений, подобно тому как это имело место при невозможном условии).

Что касается характера предусматриваемого события, nj, то условия могут быть «положительными» и «отрицательными» в зависимости от того, увязывается ли действительность сделки с наступлением или же ненаступлением определенного события («если прибудет корабль из Азии» — «если не прибудет корабль из Азии»). Кроме того, могут существовать условия «произвольные», если наступление события зависит от воли заинтересованного лица («если ты напишешь письмо»), «случайные», если оно зависит от случайности или от желания третьих лиц («если корабль прибудет в порт», «если Тиций станет консулом»), «смешанные», если окажутся объединенными те и другие обстоятельства («если ты прибудешь в Эфес», «если ты вступишь в брак»).

Условие недопустимо при так называемых законных актах, *actus legitimi (acceptilatio,* «заявление об исполнении обязательства по стипуляции», § 203; *mancipatio,* § 148; *cretio,* «заявление о принятии наследства», § 275; и некоторые другие). Возможно, это было связано с тем, что сделки данной категории, осуществлявшиеся «посредством определенных слов», *certa verba,* не допускали добавлений или изменений.

Сделка, увязывавшаяся с отлагательным условием, во всех случаях проходит два этапа. Действительно, на первом этапе *condicio pendet* («висит») — оно пребывает в ожидании наступления предусмотренного события, а на втором либо *condicio extat* (налицо) — всякий раз, как событие наступило, либо *condicio deficit* (отсутствует) — всякий раз как окончательно выяснится, что событие уже не может наступить.

На этапе, когда условие еще не выполнено, «собственные» следствия сделки еще не осуществляются и вообще неизвестно, будут ли они осуществлены. Однако сделка может повлечь за собой «несобственные» следствия вторичного характера, которые служат в основном для обеспечения заинтересованному лицу того, чтобы оно не оказалось обманутым в своих правовых ожиданиях. В частности, решительно ничтожными признаются все необратимые действия, наносящие ущерб правовому ожиданию заинтересованного лица, произведенные в период, когда условие не выполнено (например, тот, кто обязан при

определенном условии передать другому лицу раба, не вправе с помощью манумиссии отпустить его на свободу, § 89, потому что, поскольку манумиссия является необратимым действием, то, когда условие окажется исполненным, кредитор уже не сможет получить бывшего раба, ставшего свободным человеком).

Всякий раз как предусмотренное событие наступает *(condicio extat),* сделка начинает влечь за собой следствия, так же как если бы она не была обставлена никакими условиями. Определение того, допустимо ли рассматривать условие в качестве выполненного в данном конкретном случае, может вызвать проблемы разного характера, разрешение которых, возможно, будет непростым. Поэтому после углубленного изучения вопроса римская юриспруденция пришла к формулировке некоторых общих критериев, прежде всего применительно к завещаниям. Было установлено, что вопрос о том, исполнено условие или нет, должен решаться в каждом конкретном случае индивидуально, учитывая волю лица, оставившего распоряжение; что условие следует считать выполненным в том случае, когда тот, на кого было возложено его исполнение, со своей стороны совершил все возможное для того, чтобы обеспечить наступление события (и это даже в том случае, если в итоге оно не состоялось, что было вызвано наличием объективных препятствий или воли иных лиц). Наконец, была взята на вооружение фикция, посредством которой условие могло считаться выполненным всякий раз, как событие не наступило из-за препятствия, созданного лицом, заинтересованным в обратном.

Как только условие исполнялось, следствия сделки начинали исчисляться — в соответствии с классическим правом (по крайней мере в принципе) с момента наступления условия (с нынешнего момента, *ex nunc),* в юстиниановском праве — с момента совершения сделки (с тогдашнего момента, *ex tunc,* «обратная сила» условия).

Всякий раз, когда становится ясно, что событие, оговоренное в условии, уже не может наступить *{condicio deficit),* сделка как таковая рассматривается в качестве не совершавшейся вовсе и вследствие этого неспособной вызвать какое бы то ни было следствие.

Особым случаем является присоединенное к завещательному распоряжению «произвольное отрицательное» условие (например, «оставляю Гаю Титиеву усадьбу, лишь бы он не занимался политикой»): поскольку только после смерти адресата такого отказа может быть наверняка установлено, не совершил ли он такого действия, которое было ему запрещено завещателем, условие может рассматриваться как исполненное лишь после смерти адресата отказа. Но это будет слишком поздно, поскольку после смерти адресат не в состоянии принять отказ, он даже не может, будучи при смерти, хотя бы передать его

своим наследникам, ибо отказ ведь так и не был им принят. Чтобы помочь ему, было введено обходное средство, названное по имени автора, Квинта Муция Сцеволы, *cautio Muciana,* которое заключалось в следующем: адресат отказа немедленно приобретал его, как будто тот был сделан безусловно, если только брал на себя посредством «стипуляции» *(cautio,* гарантия, § 235) обязательство его возвратить, как только совершит впоследствии запрещенное завещателем действие. Первоначально *cautio Muciana* предназначалась для отказов отдельных вещей («легаты», § 327), однако позднее ее применение было распространено и на передачу всего наследства («назначение наследника», § 306).

§ 56. Б) *Dies* (срок)

Срок *(«dies»)* представляет собой такую оговорку, которая связывает с будущим и несомненным событием *(certus an,* но не обязательно *certus quando)* действительность сделки или ее прекращение. В первом случае срок называется «начальным» *(dies a дио,* день, с которого), во втором — «конечным» *(dies ad quem,* день, до которого).

Что касается последствий сделки, заключенной под начальным сроком, следует внести уточнение: если речь идет о сделке, связанной с распоряжением (например, передачей вещного права), последствия исчисляются начиная с истечения срока; если речь идет об обязательственной сделке, то римляне различали момент, когда право возникает *(dies cedens,* «день уходящий»), т. е. совпадающий с заключением сделки, и момент, когда право может осуществиться *(dies veniens,* «день наступающий»), т. е. отождествляемый с истечением срока. Указанное разграничение определяет ряд различий в отношении сделки, увязанной с отлагательным условием: право, возникающее из этого последнего, в период, когда условие еще не выполнено, не существует, и неизвестно, возникнет ли когда-нибудь. Между тем право *sub die* (под начальным сроком) существует начиная с момента совершения сделки, которая была его основанием, хотя реализоваться может лишь после наступления срока. Поэтому право, о котором идет речь в первом случае, если его возможный субъект умрет в период, когда условие еще не исполнилось, не может быть передано его наследникам, *поскольку* еще не существует, между тем как во втором случае право может передаваться, поскольку уже существует, даже если носитель умрет до истечения срока. В сделке, совершенной *sub condicione,* исполнение, имевшее место до наступления условия, оказывается ненадлежащим и потому может быть «истребовано» (§ 251), между тем как в случае сделки *sub die* исполнение *ante diem* имеет полную силу. Долг *ex die* вполне может быть прощен или подвергнут новации; имевший место *sub condicione — нет.*

Различие между конечным сроком и отменительным условием состоит в следующем. Отменительное условие делает ничтожными (по крайней мере, как правило), причем с обратной силой, *все* следствия сделки. Конечный же срок, напротив, не уничтожает следствий, которые повлекла за собой сделка, но только обеспечивает прекращение возникновения таковых следствий в будущем.

Срок, как и условие, недопустим при так называемых *actus kgitimi* (§ 55), которые *«condicionem vel diem non recipiunt»* («не допускают условия или срока»). Кроме того, конечный срок неприложим ко всем тем сделкам, которые создают право, по самой своей природе постоянное (например, назначение наследника, § 306). В некоторых сделках срок оказывается необязательным, в других же он, напротив, существенно важен по причине временного характера возникающего права (например, узуфрукт, § 175). Потому в сделках такого типа срок оказывается установленным самим правопорядком — даже в том случае, когда стороны обошли его молчанием.

§ 57. В) *Modus* (целевое назначение)

Это оговорка (название было ей дано юстиниановскими юристами), посредством которой на лицо, удостоившееся благодеяния, возлагается обязанность придерживаться определенного поведения, заключающегося, как правило, в том, чтобы направлять (целиком или частично) тот объект, в котором состояло благодеяние, на общественно полезные цели или в пользу третьих лиц. *Modus* отличается от произвольного условия тем, что в то время, как действительность сделки, обставленной условием, поставлена в зависимость от выполнения условия (§ 55), следствия сделки *sub modo,* т. е. приобретение благодеяния, не зависит от исполнения обязанности обремененным ею лицом и потому происходит в любом случае.

Вначале лицо, обремененное *modus,* невозможно было принудить к его исполнению посредством прямого судебного иска. Поэтому были изобретены различные обходные средства, предоставлявшиеся на выбор магистрату, который применял их, пользуясь своим *imperium* (§ 80). Средство, к которому прибегали чаще всего, состояло в том, чтобы принудить обремененное лицо принять на себя посредством *cautio* (§ 235) обязательство возвратить полученное благодеяние в том случае, если *modus* не будет им исполнен.

Возможность непосредственного взыскания *modus допускалась лишь* в том случае, если против обремененного лица можно было возбудить дело в рамках *cognitio extra ordinem* (§ 80), как, например, в случае *modus,* увязанного с фидеикомиссом (§ 334). В юстиниановском праве (в *котором* уже *всякая тяжба происходила extra ordinem)* существовала

тенденция к тому, чтобы преобразовать *modus* в непосредственное обязательство, защищаемое иском в собственном смысле слова *(actio praescriptis verbis,* «иск посредством предписанных слов», § 247).

§ 58. Юридическая сделка и полномочие субъекта. Представительство

Для действительности сделки недостаточно того, чтобы лицо, ее совершившее, обладало способностью совершать действия (§ 25). Необходимо, кроме того, чтобы оно было «уполномочено» ее совершить.

И в самом деле, может случиться так, что субъекту права не будет дозволено совершать акты распоряжения (например, субъекту общей собственности в отношении вещи, являющейся объектом этого права, § 138), и напротив, тот, кто не является субъектом права, может совершать действительные акты распоряжения (например, *curatorfuriosi,* § 28; *negotiorum gestor,* § 250; кредитор-залогодержатель, отчуждающий объект залога, и т. д.).

Наиболее существенный момент указанного явления образует «представительство».

Представительством называется деятельность лица, которое совершает юридическую сделку не в собственных интересах, а для другого. В таком случае субъект, совершающий сделку, называется «представителем», а лицо, в интересах которого совершается сделка, именуется «представляемым».

По самой своей юридической природе представитель резко отличается от гонца, *nuncius,* который не является в действии активным лицом, поскольку не проявляет собственной воли, а ограничивается тем, чтобы «сообщить», «передать» волю того, кто его послал и кто в силу этого на деле совершает юридическую сделку (§ 52). Представитель же, напротив, проявляет собственную волю, являющуюся плодом его собственной свободной оценки ситуации, хотя проявлена она лишь в интересах представляемого.

Представительство может быть «необходимым», или «законным», когда право сообщает определенным лицам полномочие (а вместе с ним и обязанность) представлять другого субъекта (опека, попечительство, § 125, 132), или «добровольным», когда его основанием оказывается либо поручение совершить сделку для другого лица («поручение», § 246), либо самопроизвольно появившееся у лица желание вести дела другого лица *(negotiorum gestio,* § 250).

Рассуждая абстрактно, возможны два типа представительства. В одном, которое современная юридическая наука называет «прямым представительством», представитель действует не только «для», но и «от имени» представляемого, так что проявление его воли порождает

юридическую сделку, рассматриваемую в качестве совершенной непосредственно представляемым и потому влекущей за собою такие следствия, которые связываются непосредственно с самим представляемым. В представительстве второго типа, называемом современной юридической наукой «непрямым (косвенным) представительством», представитель действует хотя и «для» представляемого, однако делает это «от собственного имени», так что проявление его воли порождает сделку, рассматриваемую в качестве совершенной им самим и влекущей последствия для него самого. И тогда требуется еще одна сделка, посредством которой представитель перенесет на представляемого следствия первой сделки, выполненной для представляемого.

В соответствии с преобладающим в науке мнением, из этих двух систем представительства *ius civile* допускало лишь вторую, непрямого (косвенного) представительства, в то время как прямое представительство было запрещено, что вытекало из древних максим: *«nemo alteri stipulari potest»* («никто по стипуляции не может установить обязательство в пользу другого лица») и *«per extraneam (liberam) personam adquiri non posse»* («невозможно приобретение посредством другого свободного лица»). И действительно, в условиях правопорядка, находившегося на первых ступенях своего развития, невозможно было представить себе, чтобы сделка, совершенная одним лицом, оказывалась непосредственно результативной в отношении другого лица, не участвовавшего в ней.

Однако в связи с изменениями, происходившими в социально-экономической жизни, вследствие значительного развития торговли и заморских сообщений стала ощущаться потребность в более оперативной и непосредственной системе делового представительства. Потребность эта уже была в значительной степени удовлетворена вследствие возможности, которой располагал всякий *pater familias,* использовать лиц, находившихся в его власти. Действительно, в рамках экономической и юридической структуры *familia* домовладыка, *pater,* этот единственный носитель любого права, автоматически *(ipso iure)* приобретал все выгодные следствия, происходившие из операций, доведенных до конца его сыновьями и рабами, даже притом, что абсолютность отцовской власти не предполагала обоюдности, т. е. ответственности *pater* за операции, совершенные подчиненными ему лицами. Преодоление древнего принципа взял на себя претор. Вначале он включил в свой эдикт ряд исков *(actiones adiecticiae qualitatis,* «иски о добавленном свойстве»), посредством которых *pater familias* в определенных случаях делался ответственным перед третьими лицами за сделки, совершенные лицами, от него зависимыми (в частности, *actio institoria,* § 84). Впоследствии только что обрисованный метод был распростра-

нен со сделок, совершенных сыновьями и рабами, на сделки, совершенные лицами, стоящими вне власти этого домовладыки, с помощью той фикции (фиктивная сделка, *actio ficticia,* § 79), что постороннее лицо, действовавшее в качестве представителя, находилось в *potestas* представляемого, так что становилось возможным расширительным образом применить те же иски, которые были созданы для сделок, совершенных сыновьями и рабами. *Actio institoria* оказался таким образом расширенным до *«actio quasi institoria»,* или же *«ad exemplum institoriae actionis»,* и распространился на сделки, совершенные посторонним представителем, а это практически и было, в рамках *iure praetorio,* то самое прямое представительство, запрещавшееся в пределах *ius civile.*

§ 59. Ничтожность и недействительность юридической сделки

Родовое понятие «недействительность» включает в себя (в соответствии с представлениями современной юридической науки) два основных принципиально различных случая: «ничтожность» сделки и ее «обратимость».

О сделке говорят как о принципиально ничтожной в том случае, когда недостает одного из существенных предъявляемых к ней требований. Прибегая к аналогии из сферы биологии, можно сказать, что такая сделка — мертворожденная. А потому заинтересованному лицу нет необходимости побуждать судебную власть к изданию специального решения для воспрепятствования тому, чтобы она имела последствия: *«quod nullum est, nullum producit effectum»* («то, что ничтожно, не создает никаких следствий»). На деле же может случиться так, что ничтожность сделки будет вызывать сомнения, но в таком случае иск заинтересованного лица направлен лишь на то, чтобы судья «подтвердил» ее ничтожность, что имеет непосредственное основание в законе *(ipso iure)*. Однако считается, что судья в силу самого «служебного долга» всякий раз, как ему представляется случай, обязан устанавливать ничтожность сделок, даже когда заинтересованная сторона не предпринимает никаких действий.

Сделка просто «обратима», если существенные требования к ней хотя и выполнены, но страдают дефектом, который делает ее подверженной «аннулированию». Сделка появилась на свет живой, однако поражена тяжелым органическим пороком: она имеет силу, но заинтересованная сторона способна «оспорить» ее состоятельность посредством соответствующего судебного иска и добиться ее отмены судьей, который, однако, не может действовать здесь по собственной инициативе. В этом случае решение судьи служит не тому, чтобы удостоверить изначальную ничтожность сделки, но «отменить» ее. Поэтому до тех пор, пока обратимая сделка не была отменена, закон рассматрива-

ет ее как имеющую силу и потому влекущую за собой все вытекающие следствия.

Из различия между принципиальной ничтожностью и простой обратимостью следует еще и то, что ничтожная сделка не подлежит «конвалидации», или «оздоровлению», между тем как обратимая сделка может быть впоследствии подкреплена или поправлена (§ 69).

Если рассматривать вопрос в исторической перспективе, следует иметь в виду, что понятие «обратимость» не является изначальным, а происходит именно из преодоления различия между *ius civile* и *ius honorarium*.

В пределах *ius civile* сделка, если она отвечала всем требованиям, предъявлявшимся к ней самим же правопорядком, имела силу, в противном же случае была ничтожной. Только впоследствии были признаны сделки, защищаемые *iudicia bonaefidei* («иски по доброй совести», § 79), в которых судья располагал непосредственными полномочиями для того, чтобы, если к нему обратятся, обнаружить наличие дефекта и таким образом лишить сделку последствий. В дальнейшем побуждаемый развитием общественного сознания претор обещал в своем эдикте, что по просьбе заинтересованных лиц он приведет в действие ряд специальных средств с тем, чтобы сделать сделку практически безрезультатной в некоторых случаях, которые, притом что с точки зрения *ius civile* они имели полную силу, повлекли бы за собой такие следствия, которые считаются теперь несправедливыми (например, случаи подавления воли, § 66; злого умысла, § 67). Так возникла двойственность следствий, которые имела одна и та же сделка в зависимости от того, рассматривалась ли она в пределах *ius civile* или же преторского права: для первого она оставалась в силе, для второго же делалась практически лишенной эффекта.

Вследствие слияния в едином правопорядке цивильного и преторского права возникло современное понятие «обратимость», т. е. понятие сделки, остающейся в силе до тех пор, пока заинтересованное лицо посредством обжалования не выявит дефекты, опровергающие ее. От понятия несостоятельности отличается понятие недействительности, которое относится к неспособности сделки произвести присущие ей следствия. Как правило, недействительность происходит из несостоятельности, однако она может возникать и на основании определенных обстоятельств, не зависимых от внутреннего совершенства сделки, и потому может быть совместима с ее состоятельностью. Так происходит, к примеру, когда имеющее силу завещание не влечет за собой последствий лишь потому, что назначенный наследник не принимает наследства (§ 315). Подобным же образом сделка, заключенная под отлагательным условием, не влечет за собой присущих ей след-

ствий на том этапе, когда *condicio pendet,* хотя она и отвечает всем требованиям *ius civile* (§ 55).

§ 60. Причины ничтожности

А) Недееспособность субъектов

Здесь причиной ничтожности является либо неправоспособность субъекта, как юридическая (§ 13), так и фактическая (неспособность совершать действия (§ 25), даже если она относится лишь к данному определенному типу сделки (например, неспособность глухонемого совершать сделки, требующие устной формы, § 28), либо отсутствие у него полномочий (§58).

§ 61. Б) Непригодность объекта

Вещь, являвшаяся объектом сделки, может быть непригодна для того, чтобы представлять собой объект какой бы то ни было сделки, поскольку она вообще не находится в сфере имущественных отношений (§ 33) либо исключена из распоряжения со стороны частных лиц *(res quarum commercium non est,* § 36). В таком случае имеет место абсолютная непригодность объекта. В то же время вещь может быть непригодной для того, чтобы образовывать объект данной определенной сделки или ряда сделок. Так, например, потребляемая вещь, как правило, не может быть объектом таких отношений, которые предусматривают ее возврат после использования (ссуда, § 232; сдача внаем, § 244). Тогда имеет место относительная непригодность.

§ 62. В) Отсутствие воли. Ошибка

а) Бывают случаи, когда самопроизвольное или вынужденное поведение лица носит такой характер, который может порождать у других лиц ошибочное представление о том, что данное лицо проявило волю, направленную на совершение юридической сделки. Например, человек, который, казалось, кивнул головой в ответ на предложение о заключении договора, а на деле страдает нервным тиком, или другой, по рассеянности махнувший рукой, или человек, приложивший к документу печать лишь потому, что его руку направляли с помощью «физической силы». В этих и других подобных случаях никакого проявления воли не было и потому такая кажущаяся сделка является ничтожной.

б) В других же случаях субъект свободно проявляет волю, однако это проявление в силу разных причин не соответствует его внутреннему намерению, так что обнаруживается расхождение между волей и ее проявлением.

Такое расхождение может быть результатом сознательного намерения лица, например если высказывание было сделано в шутку *(ioci causa),* в процессе обучения *{docendi causa),* напоказ *(ad pompam)* и, наконец, из «притворства». Притворство имеет место в сделках (кроме односторонних), когда стороны договариваются о том, чтобы сделать вид, что заключили сделку (мнимую), а на самом деле вовсе не желают, чтобы она имела соответствующие следствия («абсолютное притворство»), или же когда они делают вид, что совершают определенную фиктивную («притворную») сделку, с тем чтобы скрыть другую («непритворную»), которую не желают сделать известной другим лицам («относительное притворство»). Относительное притворство имеет место, например, в случае, когда супруги, желая скрыть дарение, которое они в действительности замыслили, делают вид, что совершили куплю-продажу.

Римское право не создало общей теории притворных действий. Однако на основании правил, заявленных в отношении отдельных казусов (впоследствии, начиная с Диоклетиана, были попытки их объединения и обобщения), можно указать на следующие характерные моменты. Как в случае абсолютного, так и относительного притворства притворная сделка неизменно ничтожна, поскольку представляет собой внешнее проявление, не соответствующее внутренней воле, т. е., по существу, воля в ней отсутствует. В случае относительного притворства можно ставить вопрос о том, действительна ли «непритворная» сделка. Поскольку эта последняя отличается от сделки притворной, в каждом отдельном случае следует рассмотреть, присутствуют ли в ней элементы, существенно необходимые для ее действительности, а именно проявление реальной воли сторон и основание сделки. В вышеприведенном примере относительного притворства мнимое дарение между супругами ничтожно не потому, что отсутствует проявление реальной воли сторон (которые, напротив, именно в той мере относительно нее притворяются, в какой желают ее актуализовать), а просто потому, что сделка не имеет законного основания, поскольку дарение между супругами в римском праве запрещено[1].

Таким образом, в связи с ничтожностью притворной сделки возникают весьма сложные проблемы, поскольку приходится принимать во внимание не только положение сторон, но и третьих неосведомленных лиц, которые вполне добросовестно «рассчитывали» на при-

'Речь должна идти о второй — непритворной — сделке, т. е. купле-продаже, маскировавшей дарение между супругами. Вопрос оставлен автором без решения не по недосмотру, а потому, что купля в данном случае рассматривается как притворное дарение и полностью вытесняется этой квалификацией из обсуждения как таковая.

творную сделку, полагая, что стороны ее и в самом деле желали и она, таким образом, состоятельна.

в) Напротив, бессознательное расхождение между проявлением воли и внутренней волей имеет место в случае так называемой препятствующей ошибки. Она состоит в том, что лицо, совершающее сделку, в самом акте проявления воли делает ошибку, выражая намерение, отличное от того, которое на самом деле имело в виду: *aliud voluit, aliud dixit* («желал одного, сказал другое»). Например, по ошибке говорит «Луций Тиций», в то время как намеревался сказать «Гай Тиций», или «Корнелиев земельный участок» вместо «Семпрониев земельный участок», или подписывает документ, по ошибке принимая его за другой. В этих (и в других подобных им) случаях то, что было данным лицом проявлено, оказывается недействительным, поскольку не того оно желало, однако не может быть действительным и то, чего оно желало на самом деле, поскольку внутренняя воля, не будучи проявленной, не может иметь юридических последствий. Так что ошибка, допущенная в акте проявления воли, препятствует совершению сделки и потому называется в юридической науке «препятствующей».

г) Для римлян ошибка была причиной ничтожности также и в случаях, отличных от «препятствующей» ошибки. Именно это происходило, когда ошибка касалась представления лица, совершающего сделку, об одном из существенных ее моментов, какими являются основание *(error in negotio),* субъект *(error in persona)* или объект *(error in corpore; error in substantia; error in quantitate)*. Правда, некоторые из перечисленных случаев приобрели значение лишь после классической эпохи.

Если ошибка не касалась субъективного представления относительно одного из существенных элементов (например, *error in nomine; error in qualitate, error in causa),* т. е. возникала по поводу «мотивов», она, как правило, не имела значения или же, в исключительных случаях, могла быть причиной лишь отменимости (§ 68).

§ 63. Г) Отсутствие формы

Этот момент может явиться причиной ничтожности в том случае, когда правопорядок предписывает *ad substantiam* («для существа дела») в отношении определенного рода сделки использование данной формы (например, торжественные слова при назначении наследника, § 306).

§ 64. Д) Отсутствие основания

Всякое сознательное проявление воли имеет цель, однако не все цели являются «основанием» юридической сделки, и в том случае, когда проявление направлено на практическую цель, которую право не защищает, мы говорим об отсутствии «основания». Отсюда следует,

что, поскольку это последнее представляет собой существенный элемент сделки, данное проявление на уровень юридической сделки не поднимается. Такой случай очень часто возникает в ситуации (каковой была та, в которой пребывал Рим периода республики), ориентированной на деловую «типичность», где допускаются лишь те сделки, которые могут быть включены в признанные и защищаемые правопорядком типы.

Когда, начиная с классической эпохи, все с большей щедростью получают признание *nova negotia* (новые сделки, § 247), наиболее частым случаем отсутствия основания оказывается тот, когда сделка преследует цель, рассматриваемую в абстракции в качестве надлежащей, однако в данном конкретном случае оказывающейся несостоятельной (например, поручение в интересах поверенного, товарищество, образованное без цели извлечения прибыли, и т. д.).

Сделка оказывается ничтожной также в том случае, когда цель, на достижение которой направлена воля, запрещена правом. Тогда следует говорить о «незаконном основании», которое, вполне очевидно, не может защищаться правопорядком. В том, что касается последствий, к незаконному основанию может быть приравнено открыто противоречащее нравственности и поэтому называемое позорным, *turpis,* или безнравственным, *contra bonos mores*.

Еще чаще в практике встречаются сделки, основание которых, само по себе дозволенное, становится незаконным из-за незаконности мотивов (например, незаконное поручение, § 55).

§ 65. Причины обратимости сделки

Они касаются всех отклонений от нормального процесса волеизъявления субъекта, когда оказалась проявленной именно та воля, которая подразумевалась и на самом деле (в отличие, напомним, от случая расхождения между волей и ее проявлением, что является причиной ничтожности, § 62), однако в процесс ее формирования вмешались возмущающие факторы извне, без которых эта воля оформилась бы в ином направлении или с иным содержанием.

Факторы, воздействующие на процесс формирования воли постольку, поскольку они делают его «дефектным», называются в юриспруденции «пороками воли». В том историческом порядке, в котором римляне начали их учитывать, могут быть, в частности, выделены следующие их виды: «угроза применения силы», «злой умысел» и «ошибка в мотивах сделки».

§ 66. А) Угроза применения силы

Угроза применения силы (называемая также «насилием над волей», *vis animo illata,* в отличие от «физического» или «телесного наси-

лия», *corpori illata,* § 62) состоит в угрозе убийством или причинением иного тяжкого ущерба лицу, являющемуся его жертвой, его родственникам, его имуществу, причем это должна быть такая угроза, которая может произвести впечатление и на человека неробкого. Угроза предъявляется на тот случай, если жертва не пойдет на совершение сделки, которой от него хотят добиться. Лицо, подвергающееся давлению, под страхом *(metus)* большего зла избирает меньшее и идет на сделку, которую ему навязывают, а значит, проявляет волю, которая действительно существует, но которая бы у него не возникла, будь он свободен *(D.* 4.2.21.5: *quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* — «хотя если бы у меня была свобода выбора, я бы этого не захотел, однако, будучи принужден, я пожелал»).

И если речь в данном случае шла о *iudicium bonaefidei* (§ 79), так что судья был уполномочен оценивать поведение обеих сторон, а следовательно, мог выявить имевшую место угрозу, перед лицом, потерпевшим от *metus,* открывались две возможности. Если он уже исполнил то, что обязался сделать, он мог получить переданное обратно посредством иска по контракту. В противном случае он мог отказаться это делать, уверенный в том, что его освободят от ответственности при вчинении ему судебного иска. Если же на основании сделки возникал иск *stricti iuris* (§ 79), в рамках *ius civile* у потерпевшего не имелось никакого средства сопротивляться. Лишь в I в. н. э. претор, руководствуясь справедливостью, *aequitatis ratione,* обещал в своем эдикте, что придет жертве на помощь с помощью двух разных средств:

1) Если вынужденная сделка определила собой немедленное уменьшение размера имущества или уже была совершена и потому из нее последовал ущерб для потерпевшего (например, освобождение раба, передача вещи, прощение долга), он мог получить от претора *restitutio in integrum* (§ 80) *propter metum* (восстановление в первоначальное состояние в связи с тем, что сделка была заключена под угрозой), посредством которого лицо обретало то самое юридическое состояние, в котором находилось до заключения сделки.

2) Если же из вынужденной сделки проистекало лишь обещание, которое еще не было выполнено, потерпевший, вызванный в суд с целью принудить его к исполнению обязательства, взятого им на себя, мог добиться *exceptio metus* (эксцепция в связи с угрозой), посредством которой он избежал бы осуждения (§ 78).

Так что в конце концов посредством *restitutio* или же *exceptio* сделка хотя и оставалась действительной по *ius civile,* но становилась практически безрезультатной.

Преторским эдиктом предусматривался также *actio metus* (иск в связи с угрозой), имевший характер штрафного иска (§ 260), вчиняв-

шегося не только тому лицу, от которого исходила угроза, но всякому, кто воспользовался несправедливыми преимуществами, данными порочной сделкой.

§ 67. Б) Злой умысел

В римских источниках злой умысел *(dolus malus)* определяется следующим образом *(D.* 4.3.1.2): *omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alrerum adhibita* («любая хитрость, обман, ухищрение, примененные для того, чтобы обойти, обхитрить, ввести в заблуждение других людей»). Здесь субъект также желает того, что выражает вовне, однако он не пожелал бы этого, если бы не был жертвой другого человека.

Сделку постигает та же судьба, что и ту, которую сделал дефектной *metus:* она действительна (если находится под защитой *actio stricti iuris)* в пределах *ius civile,* и лишь с концом республики она сделалась уязвимой для преторских средств, аналогичных предусмотренным на случай угрозы применения силы: *exceptio doli, restitutio in integrum propter dolum* (вероятно, однако, с менее широкой областью действия, чем это было предусмотрено для случая *metus)* и *actio de dolo,* штрафной по характеру (§ 260).

§ 68. В) Ошибка в отношении мотивов

В отличие от препятствующей ошибки (§ 62), которая относится к явно иному проявлению воли, чем то, которого на самом деле желало данное лицо, эта ошибка касается «мотивов», побудивших субъекта к тому, чтобы выработать в себе волю именно так выступить в деловом обороте.

Поскольку, однако, как было сказано (§ 52), обычные «мотивы» не имеют значения в смысле юридическом, раз они остаются за пределами сделки, образуя в ней лишь предварительное условие, *prius,* ссылаться на такую ошибку, чтобы оспорить действительность сделки, как правило, невозможно.

Тем не менее в порядке исключения, в случаях, которые каждый раз внимательно изучались, особенно когда можно было доказать, что в отсутствие одного-единственного мотива, ставшего дефектным из-за ошибки, сделка не была бы совершена, римское право (посредством императорских постановлений) приходило на помощь жертве ошибки, допуская отмену сделки (так, например, сын, обойденный в завещании матери, поскольку его ошибочно почитали уже умершим, мог надеяться на *querella inofficiosi testamenti,* «жалобу о недолжном завещании», § 325).

§ 69. Конвалидация юридических сделок

«Обратимость» сделки может быть впоследствии исправлена, так что на будущее она сделается неопровержимой. (Но не такова «ничтожность», § 59). Это явление носит обобщенное название «конвалидация» или «оздоровление». Зависит оно главным образом от поведения субъекта, который мог бы сослаться на обратимость сделки, но может и закрепить совершенную сделку либо в явной форме, объявив, что признает ее действительность, либо неявно, своим поведением показывая, что он соглашается с теми следствиями, которые она за собой влечет. Кроме того, оздоровление отменимой сделки во многих случаях происходит само собой, без вмешательства заинтересованного лица. Это связано с тем фактом, что к средствам, с помощью которых можно было оспорить сделку, следовало прибегнуть до истечения определенного времени. Так что если субъект давал истечь времени, установленному для оспаривания, не воспользовавшись такой возможностью, имело место оздоровление сделки, происходящее в данном случае из погашающего действия («утрата права»), которое производит течение времени на право оспаривания, как и на разные иные права (§ 49).

От оздоровления отличается «подтверждение» *(ratihabitio),* состоящее в восполнении сделки последующим одобрением ее третьим лицом, которое не принимало в ней участия, но вмешательство которого требуется, так как ожидается, что эффект сделки затронет и его. Например, исполнение обязательства, по ошибке совершенное в пользу не того лица, которое было уполномочено его получить *(«falsus procurator»,* «мнимый поверенный»), не освобождает должника. Однако если впоследствии кредитор одобряет произведенное исполнение, оно становится настолько действенным, что прекращает обязательство.

§ 70. Незаконные действия

«Незаконным» называется всякое действие, запрещенное нормами права по той причине, что оно или по своей природе, или из-за целей, на которые оно направлено, нарушает чужие «юридически защищенные интересы», т. е. чужие «субъективные права» (§ 3). Из этого следует, что нарушение чужого «обычного интереса», не защищенного правом, хотя и наносит имущественный или моральный ущерб, незаконным действием не является (например, нормальная экономическая конкуренция).

.Однако римское право выявляет в общем понятии незаконного действия различные аспекты.

Иной раз действие является незаконным, поскольку нарушает интересы сообщества, будь то непосредственно (например, *perduellio* —

государственная измена) или опосредованно, в том смысле что нарушенный интерес возвышается над интересами пострадавшего частного лица и наносит урон всему сообществу (например, *parricidium* — убийство *pater familias)*. В этих случаях имеет место незаконное деяние публичного характера *(crimen,* преступление), преследующееся самим государством с помощью специальной публичной процедуры, рассмотрение которой выходит за пределы настоящего учебника, ограничивающегося рассмотрением частного права.

В других случаях действие является незаконным, поскольку нарушает субъективное право частного характера, присущее исключительно пострадавшему, и потому такое действие может преследоваться лишь этим лицом. В этих случаях санкция состоит в «штрафе», который в отличие от того, что имеет место в современном праве, неизменно носит частный характер и может быть получен пострадавшим лицом посредством ординарного частного процесса («штрафной иск», § 79).

Среди незаконных действий, влекущих за собой штраф, *ius civile* выделило некоторые, названные им «деликтами» *(delicta):* кража, грабеж, нанесение ущерба и обида (§ 256 слл.).

Другие случаи частного незаконного деяния, которые в силу исторических причин не подвергались штрафу ни со стороны *ius civile,* ни впоследствии со стороны претора, предполагали обязательство «возместить причиненный ущерб».

Среди этих незаконных деяний современная юридическая наука обычно различает действия, совершенные лицом, которое было связано с потерпевшей стороной уже имевшими место юридическими отношениями, и именно эти-то отношения и были в данном случае нарушены (например, неисполнение обязательства, воспрепятствование пользованию правом прохода), и такие действия, которые были совершены лицом, не бывшим ранее связанным с потерпевшим каким-либо отношением (например, наезд на пешехода). В первом случае речь идет о «незаконном контрактном деянии» (и соответственно о «договорной» же ответственности), во втором — о «незаконном неконтрактном деянии» (и о «внедоговорной» ответственности).

Следует, однако, подчеркнуть, что различные приведенные подразделения не соответствуют строгим воззрениям самих римлян. Так, в ходе исторического развития встречались случаи, в которых пресечение средствами публичного характера постепенно накладывается на частное пресечение и иной раз вступает с ними в соперничество. В то же время штраф и возмещение ущерба не всегда применяются в качестве альтернативных санкций, а в некоторых случаях (например, кража, § 256) оказываются примененными одновременно.

§ 71. Ответственность

Юридическое положение, в котором пребывает совершившее незаконное действие лицо, принужденное подвергнуться соответствующей санкции (штраф, обязательство возмещения, а в иных случаях — и то и другое), называется «ответственностью».

Для того чтобы тот, кто совершил незаконное действие, мог нести ответственность за его совершенние, требуется одновременное выполнение *следующих* требований:

1) Чтобы действие нанесло «ущерб», т. е. имело место действительное нарушение субъективного права *другого лит.* Хотя если подходить к проблеме с терминологической точки зрения, есть основания полагать, что римляне называли *damnum* лишь ущерб имущественного характера, а ответственность возлагалась также и в связи с нарушением права неимущественного содержания. Ныне этот второй вид ущерба именуется «моральным ущербом».

2) Чтобы действие было «вменено» лицу, его совершившему, как преднамеренное. Для этого *необходимо:*

А) Чтобы лицо располагало способностью понимать и формировать волю. Поэтому исключается ответственность ребенка, *умалишенного,* лица в состоянии сомнамбулического сна и т. д.

Б) Чтобы действие было совершено преднамеренно. Однако здесь не *следует путать* намерение совершить действие и намерение причинить ущерб, которое не является необходимым требованием для возникновения ответственности. Итак, случаи преднамеренности действия следующие:

а) «Злой умысел» *(dolus malus).* Может случиться так, что действие желают совершить в качестве средства для нанесения ущерба: я наношу удар, чтобы убить. В таком случае воля направлена по основному пути — к *совершению наносящего* ущерб действия, и последнее было желательным в качестве средства достижения этой цели. Но для того чтобы имел место злой умысел, нет необходимости в *том,* чтобы воля деятеля была направлена на нарушение чужих прав, достаточно, чтобы такое нарушение предвиделось как несомненное следствие действия, обращенного само по себе на иную цель: я завладеваю чужой вещью, чтобы ее присвоить. Воля направлена здесь на присвоение имущества, а не на нарушение чужого права собственности. Поэтому под «злым умыслом» *(dolus)* следует понимать волю совершить действие, сознавая, что оно нарушает чужие права.

б) «Провинность» *(culpa).* Может случиться и так, что действие было преднамеренным, однако при этом полностью отсутствовало предвидение или сознание того ущерба, который оно нанесет: я обрубаю сук дерева, и он при падении ударяет прохожего. В этом случае *ответственность лица* зависит от того, была ли им нарушена норма

общего характера, налагающая на каждого обязанность вести себя в обществе осторожно и предусмотрительно, т. е. обязанность предвидеть возможные вредоносные последствия своих *поступков*. Так что «провинность» *{culpa)* означает, в строгом смысле слова, небрежность, неосторожность, неопытность. В источниках мы находим различные классификации «провинности», которые отчасти несомненно восходят к послеклассическим разработкам. Говорят о «грубой провинности», *culpa lata* (которая рассматривается здесь как близкая умыслу, *culpa dolo proxima),* когда субъект не соблюдает никаких правил предосторожности, т. е. ведет себя с *крайней халатностью (источники* говорят об этом: *non intelligere quod omnes intellegunt,* не понимать того, что понятно всем). И напротив, о «незначительной провинности», *culpa fevis,* говорится тогда, когда небрежность не имела особенно тяжкого характера. Говорится, далее, о провинности вообще, *culpa in abstracto, когда ее сопоставляют с* нормальной предусмотрительностью благоразумного человека, *bonus* или *diligens pater familias* (добрый или рачительный хозяин), или же о конкретной *провинности, culpa in concreto*[1], когда ее сопоставляют с предусмотрительностью, которую данное лицо, совершившее незаконное действие, обычно проявляет в собственных делах *(diligentia quam suis)* и которая может быть меньшей, чем нормальная. Как правило, за некоторыми исключениями (например, между *socii) culpa levis* соразмеряется *in abstracto*[2].

[1] Учение о *culpa in abstracto* и *culpa in concreto* полностью выработано в средние века. Римская классическая юриспруденция не признавала *culpa in concreto* за критерий вменения (или, напротив, освобождения от ответственности). Так, участники товарищества, согласно классикам, вовсе не отвечают за *culpa,* поскольку их поведение обсуждается исходя из особенностей конкретного лица, без подведения под *какую-либо типичную* и формальную схему.

[2] Вопрос о понимании *diligentia quam suis* самими римлянами весьма спорен, прежде всего потому, что многие классические тексты подверглись переработке в IV— V вв. с позиций, разделяемых тогдашними юристами, заметно уступавшими классикам в глубине научного анализа. Основной классический текст, в котором, видимо, *впервые, Цельс (DA6.3.32)* ставит вопрос о критерии ответственности за грубую вину *(culpa latior)* — осмотрительность в отношении своих вещей,— явно придает ему характер *culpa in abstracto,* вменяя должнику отклонение от поведения, которого «требует природа человека».

Culpa levis, возможно, вообще не была известна классикам и уж во всяком случае не *отождествлялась с* осмотрительностью конкретного лица в его собственных делах *(culpa in concreto). Diligentia diligentis {patris familias)* — осмотрительность рачительного (хозяина) — опять-таки далеко не всегда *трактуется римскими* юристами как *culpa lata* — вина (неосмотрительность), близкая к умыслу (юстиниановская *nimia negligentia),* а скорее относится к позднейшей *culpa levis,* которая *соответствует* юстиниановской *diligentia diligentissima*.

В классическом праве существует такой тип ответственности *(«custodia»,* «сохранность вещи»), который исключает из числа необходимых требований преднамеренность действия. Под нее подпадают некоторые лица (ссудополучатель, § 232; подрядчик, *conductor operis,* § 244, и т. д.), которые являются держателями чужой вещи и, таким образом, всегда несут ответственность за ее гибель, *за* исключением эпизодов, когда это было связано с несчастным случаем (например, землетрясение) или с непреодолимой силой (например, ограбление).

3) Чтобы между действием и ущербом имела место прямая причинно-следственная связь, поскольку несправедливо было бы вменять лицу, совершившему действие, также и непрямые или опосредованные следствия, которые могут из него произойти.

Пределы ответственности и режим ее применения, когда все три указанных предварительных требования сходятся воедино, зависят в разнообразных конкретных случаях незаконных действий от положительных норм, с которыми мы будем знакомиться постепенно, в связи с отдельными институтами.

Глава V.
Защита прав

§ 72. Функции процесса. Гражданский процесс

Из принудительного характера юридических норм происходит защита субъективных прав, которую принимает на себя государство, устанавливающее наряду с нормами, регулирующими поведение отдельных лиц («первичные нормы»), еще другую совокупность норм, называемых «вторичными», направленных на обеспечение соблюдения «первичных». Деятельность государства, преследующая принудительное осуществление права в конкретном случае, носит название «отправление правосудия»; совокупность юридических действий, направленных на достижение такой цели, образует «процесс».

В соответствии с различными защищаемыми интересами следует учитывать различие, существовавшее в римской практике между двумя типами процесса. В некоторых случаях он направлен на установление и наказание деяний, наносящих вред интересам всего сообщества *(crimina,* § 70). Таким образом, можно говорить об «уголовном процессе», возбуждаемом по инициативе государственного органа или отдельного гражданина, представляющего тем самым общество в целом. В других же случаях процесс имеет своей целью защиту юридических ситуаций, признанных отвечающими интересам частных лиц, и в таких случаях говорится о «гражданском процессе», который может иметь место лишь вследствие инициативы, проявленной непосредственно заинтересованными лицами.

Итак, хотя уголовный процесс входит в публичное право и потому изучается в курсе «История римского права», рассмотрение римского гражданского процесса входит в курс «Институций» и образует существенную его часть — по причинам, которые мы теперь рассмотрим.

Современной юридической наукой была произведена детальная разработка принципов, касающихся отправления правосудия, она создала независимую систему относящихся к ней норм, включив их в сферу публичного права под названием «процессуальное право».

В римском же праве мы такой независимости не наблюдаем, поскольку там она была бы не просто неуместна, но и невозможна, принимая во внимание уже одно существовавшее у римлян представление относительно взаимоотношений между субъективным правом и судебным иском. Нормы процессуального характера *появляются* в системе римского права в тесной связи с нормами материального характера (т. е. с такими, которые присваивают субъектам единичные права), поскольку римляне рассматривали юридические явления не так, как

это делается теперь, со статической (можно было бы даже сказать, как бы физиологической) точки зрения, а с точки зрения динамической (и, соответственно, патологической). Это значило, что субъективное право вырисовывалось не исходя из его материального содержания, а исходя из содержания «исков», которые защищают право от возможных нарушений. Римлянин не скажет: «У меня имеется право» (и вследствие этого — имеется иск для того, чтобы его защитить), а просто: «У меня имеется иск». Поэтому и говорят, что римское право — это не столько система субъективных прав, сколько «система исков». Потому-то и в нашем учебнике неизбежно должно найти себе место рассмотрение частного процесса. Но поскольку процессуальные аспекты отдельных учреждений будут излагаться нами постепенно, по мере разбора каждого из них, здесь будет довольно того, чтобы наметить наиболее существенные черты частного римского процесса в его историческом развитии.

§ 73. Общие понятия

Поскольку гражданский процесс, как было уже сказано, предоставлялся инициативе самого субъекта, оказавшегося, по-видимому, в положении претерпевшего ущерб, процесс предполагает наличие инициативы, исходящей от этого лица, которая состоит в осуществлении так называемого иска *(actio)*.

Правда, в силу вышеизложенных причин (§71) классические юристы не имели единого и абстрактного понятия иска, но знали столько различных исков, сколько имелось пригодных юридических ситуаций, — каждый со своим названием и присущими ему особенностями. Тем не менее можно выделить некоторые более общие характеристики.

Во всякой судебной тяжбе *(lis)* мы находим противостоящие друг другу «стороны»: тот, кто притязает на то, что он защищает свое нарушенное право *(is qui agere vult,* или «истец»), и тот, кого вызывают в суд *(is cum quo agitur,* или «ответчик»).

На истца возлагается бремя доказывания своего права: «*onusprobandi ei incumbit qui dicit*».

Вначале стороны должны были лично выступать в суде и осуществлять соответствующую процессуальную деятельность. Допускались лишь немногие исключения на тот случай, когда личное участие было невозможно. Так, опекун действовал за своего подопечного; *adsertor libertatis* выступал для того, чтобы поставить вопрос о свободе раба (§ 89); любой гражданин мог выступать вместо обворованного человека, отсутствовавшего по той причине, что был на военной службе или, во всяком случае, отлучился по государственным делам, *reipublicae causa*. Впоследствии в общем случае было допущено «процессуальное

представительство» в лице двух фигур — *cognitor* и *procurator*. Первая фигура, связанная с исполнением некоторых формальных моментов, исчезла в юстиниановском праве, где сохранилось лишь представительство, *ргосига,* избавленное от торжественности и возникающее в результате поручения *dominus negotii* (хозяина сделки) или выступления в его пользу по собственной инициативе. *Procurator* должен был поручиться, что его действия будут одобрены истцом *(cautio dominum rem ratam habiturum),* а выступая от имени ответчика, должен был поручиться еще за то, что возьмет на себя вместо ответчика внесение той суммы, к уплате которой он, возможно, будет присужден *(cautio iudicatum solvi).*

Как правило, со смертью лица иск не делается недействительным, а переходит к наследникам (активная и пассивная переходность иска). Главные исключения в отношении переходности составляют с активной стороны те иски, которые защищают права, называемые «непереходящими», т. е. права, которые уничтожаются со смертью их носителя, потому что по самой своей природе они присущи личности (§ 11), и те *actiones (vindictam spirantes,* жаждущие возмездия), которые в большей степени нацелены на получение пострадавшим морального удовлетворения, чем на достижение имущественных выгод. Со стороны пассивной на невиновного наследника не переходят штрафные иски, которые были предъявлены наследодателю, совершившему деликт, за исключением имущественной ответственности наследника в пределах того обогащения, которое последовало для него вследствие незаконных действий наследодателя.

В архаическую эпоху все иски были вечными, *perpetuae;* временными же, *temporales* (причем, как правило, годичными, *annales),* были те иски, которые вводились магистратом и потому были связаны с продолжительностью его пребывания в должности. Начиная с Феодосия II было введено общее «правило тридцатилетней давности», *praescriptio triginta annorum,* согласно которому по истечении тридцати лет прекращаются все те иски, которые не прекратились уже за «давностью» в более короткие сроки.

§ 74. Историческое развитие

Изначально борьба за реализацию прав возникала в форме подлинного конфликта двух частных сил (обиженный—обидчик), и правопорядок ограничивался тем, чтобы его организовать, т. е. удержать в законных формах. Защита нарушенного субъективного права возлагалась на самого же пострадавшего («самозащита»), и с этой целью он осуществлял частную деятельность *(agere, actio),* в которой государ-

ство, а от его лица — магистрат помогало ему лишь как посредник, с тем чтобы тяжба не вышла из законных пределов *(agere lege)*. По мере того как государство в сравнении с отдельными гражданами делалось все сильнее, происходило последовательное расширение его вмешательства в частный процесс, пока на завершающей стадии этого исторического развития, к которому государство пришло в юстиниановскую эпоху, процесс не стал осуществляться органами самого же государства: то была уже не частная защита, а государственная функция, как в современных системах права.

Поэтому в эволюции римского гражданского процесса можно выделить три системы, исторически следовавшие одна за другой: *«legis actiones»* («законные» иски), процесс *«per formulas»* («по формуле») и так называемые *«cognitiones extra ordinem»* («экстраординарные судопроизводства»).

§ 75. I. *Legis actiones* (иски по закону). Судебный процесс

Процедура, осуществляемая *per legis actiones,* соответствует исторической эпохе квиритского права (§ 6 А) и обладает всеми наиболее яркими ее свойствами. Прежде всего это торжественность: всякая тяжба должна подпадать под одну из всего только пяти заранее установленных схем *agere lege* («вчинять иск по закону»). Эти схемы заключаются в символическом и зачастую усложненном обряде, образованном имеющими священный характер жестами и словами, которые должны со скрупулезной точностью исполняться и произноситься, поскольку при несоблюдении этого тяжба будет проиграна. Непреклонный символизм *legis actiones* дает нам возможность заглянуть в еще более удаленную эпоху, когда повсюду безраздельно господствовала насильственная защита своих прав, которая ныне, смиренная уздой закона, предстает в более умеренном виде.

Происхождение выражения *legis actio* достаточно туманно. Гай приписывает всем *legis actiones* законодательное основание, поясняя это двояким образом: все они, мол, либо были введены посредством законов, либо соответствующие формулы были из законов выведены. Однако такое пояснение не заслуживает внимания в силу исторических причин, поскольку по крайней мере наидревнейшие *legis actiones* происходили из *mores.* Так что это пояснение Гая следует или вовсе отвергнуть, или по крайней мере воспринимать его как результат позднейших представлений, отличавшихся от первоначальных.

В отношении выбора *legis actio,* который следует вчинить, и того способа, каким это следует сделать, в эпоху, когда знание права представляло собой монополию жреческого сословия, заинтересованным

лицам приходилось время от времени обращаться за советами к коллегии понтификов.

Из пяти *legis actiones* (лучше было бы сказать пяти *modus agendi per legis actiones,* «способов юридического действия посредством исков по закону») три имеют своей целью удостоверение оспариваемого права и последующее осуждение проигравшей стороны, т. е. соответствуют функции современного «судебного процесса».

Процедура проходит два этапа: сначала она разворачивается в присутствии магистрата, отправляющего судебную власть (начиная с 367 г. до н. э. это был претор, кем было соответствующее лицо до того, сказать нелегко), и называется *in iure,* что относилось (по крайней мере в более позднюю эпоху) к месту, где магистрат отправляет правосудие *(ius dicit).*

Этап *in iure* начинается с *in ius vocatio* (вызов к магистрату), формального акта, посредством которого истец призывает ответчика или, если это требуется, силой притаскивает его к магистрату. Здесь стороны произносят торжественные слова и выполняют жесты, предусмотренные именно для данной *legis actio,* между тем как магистрат присутствует при этом как страж законности действий сторон.

Этот первый этап *in iure* завершается *litis contestatio* (засвидетельствование тяжбы), т. е. торжественным вызовом свидетелей, которые присутствуют для того, чтобы впоследствии, на втором этапе судебной процедуры, засвидетельствовать то, что здесь произошло.

Второй этап, называемый ш *iudicio* (в суде) или *apud iudicem* (перед судьей), открывается по прошествии определенного числа дней в присутствии уже не магистрата, а *iudex* (судья), в роли которого выступал частный гражданин или коллегия частных граждан, отобранных сторонами с помощью магистрата. После выступлений, подкрепленных свидетельствами того, что имело место ш *iure, iudex* исследует доказательства и произносит *sententia* (суждение), которое, как это явствует из этимологического значения слова, выражает его личное мнение. Поэтому *sententia* не обязывает проигравшую сторону к принудительному исполнению, а порождает лишь непрямую ответственность поручителей *(praedes).*

Если говорить конкретно, три типа *legis actiones,* вызывающие к жизни судебный процесс, следующие:

1) *Legis actio sacramento* (посредством присяги). Возможно, это наиболее древний тип, и применялся он шире всех остальных. В соответствии с наиболее древней и примитивной схемой обе стороны посредством торжественных и определенных слов подтверждали принадлежность им одной вещи *(legis actio sacramento in rem)* или одна сторона утверждала, а другая отрицала наличие между ними отношений кре-

дитора и должника *(legis actio sacramento in personam)*. Для того чтобы разрешить тяжбу, стороны обязывали друг друга взять на себя торжественную клятву *(sacramentum),* обязуясь уплатить, в случае проигрыша, *summa sacramenti* (50 или 500 ассов, смотря по стоимости тяжбы). Когда речь шла о форме ш *rem, in iure* должна была присутствовать оспариваемая вещь или ее часть, к которой тяжущиеся прикасались палочками *(vindicta),* символизировавшими копье (знак законного господства, *signum iusti dominii)*. Магистрат велел сторонам выпустить вещь из рук и временно вручал ее одной из сторон, если только она при посредничестве поручителей *(praedes)* брала на себя обязательство вернуть ее в случае проигрыша дела вместе с плодами, которые будут ею произведены за это время.

На втором этапе процесса уже *iudex* должен был присудить, *«utrius sacramentum iustum, utrius iniustum esset»* («чья клятва справедлива, а чья несправедлива»), т. е. установить, какая из сторон дала ложную клятву, и потому, чтобы определиться в отношении клятвы, он должен был в неявной форме разрешить вопрос относительно оспариваемого права.

Иной раз за виндикацией первого из тяжущихся могло последовать не противопоставленное ему утверждение второго, но признание со стороны этого последнего обоснованности притязаний противника *(in iure cessio* в случае *actio in rem; confessio in iure* в случае *actio in personam)* с последующей приостановкой процедуры, которая по этой причине не имела продолжения *in iudicio*.

2) *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (посредством просьбы о назначении судьи или арбитра). Этот вид исков относился к тяжбам относительно обязательств, возникавших из *stipulatio* (§ 235) и к некоторым делам о дележе. Всякий раз, как ответчик отрицал долг, истец обращался с требованием к магистрату *(postulatio),* чтобы тот назначил судью (в случае *stipulatio)* или арбитра (в случае дележа имущества). Иск этот был более гибким, чем *legis actio sacramento,* а кроме того, у него имелось то преимущество, что проигравшей стороне не приходилось подвергаться штрафу за *sacramentum*.

3) *Legis actio per condictionem* (посредством истребования). Данный иск был введен *lex Silia* (неизвестно, какого года, однако его можно отнести к III—II вв. до н. э.) для обязательств, объектом которых была сумма денег *(certa pecunia),* а впоследствии, согласно *lex Calpurnia,* изданному немногим позже, он был распространен на обязательства, имеющие объектом определенную вещь *(certa res)*. Всякий раз, как ответчик отрицал долг, истец назначал ему через тридцать дней встречу у магистрата, чтобы перейти к назначению судьи. Неясно, что делало эту *legis actio* более удобным в сравнении с предыдущим.

§ 76. Исполнительные *legis actiones*

Прочие два типа *«legis actiones»* имели целью принудительное удовлетворение притязаний истца, основательность которых уже несомненна (или же установлена посредством предшествовавших исков) в отношении личности или имущества должника, который не выполняет обязательств. Таким образом, они соответствуют функциям современного «исполнительного производства». Иски эти следующие:

1) *Legis actio per manus iniectionem* (посредством наложения руки). Если по истечении тридцати дней после вынесения приговора должник еще не погасил долга, истец, выигравший тяжбу, мог снова притащить его ш *шге* и здесь схватить его руками *(manum inicere)* и заявить посредством произнесения священных слов основание этого своего нового иска. Если, несмотря на это, должник не платил и за него не вступался поручитель, *vindex,* магистрат отдавал его на произвол кредитора *(addictio,* присуждение), вследствие чего тот был вправе поместить его в свою домашнюю тюрьму и держать его там в течение 60 дней, обеспечивая питанием, которое не должно было уступать требованиям, выдвинутым в положениях XII таблиц. На протяжении срока заключения истец должен был привести его в три следующих друг за другом базарных дня *(trinundinum) in ius,* чтобы заявить о существовании долга и его размере. Если никто не предлагал исполнить обязательства взамен должника, кредитор мог, в соответствии с древним правом, продать присужденного *(addictus)* за пределы Рима *(trans Tiberim,* за Тибр) как раба и, наконец, убить его.

В исключительных случаях *manus iniectio* могла последовать также и в отсутствие *iudicatum* (судебного решения), для того чтобы произвести взыскание по отдельным обязательствам, которые специальные законы считали основанием для непосредственного исполнения, так что они заменяли судебное решение *(manus iniectio pro iudicato,* например, *furtum manifestum,* § 256).

Как правило, должник не мог противодействовать *manus iniectio.* Допускалось лишь, чтобы в его защиту выступил *vindex,* который мог вновь подвергнуть обсуждению основания исполнительного иска. Это давало начало новому судебному разбирательству, по завершении которого *vindex* в случае проигрыша подвергался *manus iniectio* в двойном размере, *duplum.*

Впоследствии, однако, были допущены многочисленные случаи, в которых должнику позволялось лично взять на себя защиту, и тогда говорили о *manus iniectio pura.*

2) *Legis actio per pignoris capionem* (путем захвата залога). Иск заключался в овладении вещью должника *(pignus),* с произнесением при этом определенных торжественных слов, *certa etsollemnia verba.* В отли-

чие от прочих *legis actiones* этот иск осуществлялся *extra ius* (не у магистрата) и допускался в отношении долгов, связанных с культовыми целями, или с взиманием налогов, или же с суммами, причитавшимися солдатам для жалованья *(aes militare),* на приобретение лошадей *(aes equestre)* или фуража *(aes hordiarium).*

§ 77. II. Процесс *«per formulas»* («по формуле»)

В связи с изменившимися к концу существования республики социальными условиями жесткий формализм *legis actiones* и диктовавшаяся им необходимость втиснуть любое мыслимое разногласие в узкие заранее установленные схемы с неизбежностью делали их устаревшими и малопригодными. Ответные меры последовали с введением нового типа процедуры, которая называлась *agere per formulas,* поскольку такой иск закреплялся письменным документом, как раз и называвшимся *«formula».* Утверждение нового процесса, чему вне всякого сомнения много способствовала деятельность *praetor peregrinus* (§ 6 Б), происходило постепенно. Первая стадия, о которой нам, по существу, ничего не известно, началась с принятием *lex Aebutia,* относящегося ко 2-й половине II в. до н. э. Закон этот, вероятно, допускал новый процесс в качестве дополнительного к *legis actiones.* Обязательным же он стал в соответствии с одним из *leges Iuliae iudiciariae* (законов Юлия о судопроизводстве) от 17 г. до н. э.

Процесс по формуле, так же как и предшествовавший ему, делился на два этапа *(in iure — apud iudicem),* однако он уже не разворачивался в соответствии с предустановленными схемами и с исполнением торжественных обрядов. Доводы сторон, изложенные в свободной форме, оказываются усилиями магистрата и сторон конкретизированы в формуле, содержащей указания, которые магистрат дает судье для разрешения разногласия. Магистрат *(praetor)* более не является простым посредником в тяжбе сторон, но сотрудничает с ними и руководит процессом, он вмешивается в процесс — как в отношении сторон, так и судьи, прибегая к весу своего *imperium.* Общие принципы, которыми руководствовался претор в осуществлении своих судебных полномочий на протяжении года пребывания на посту, были им же самим означены в эдикте, а его властное вмешательство в судебное разбирательство давало ему возможность воздействовать на развитие права посредством особых процессуальных средств (§ 79). Эта практика, освященная в эдикте, образует *ius honorarium* (§ 6 Б).

Процесс по формуле, как и процесс, рассмотренный выше, мог начаться с *in ius vocatio.* Чаще, однако, предпочитали пользоваться поручительством, *vadimonium,* архаическим и не до конца проясненным институтом *ius civile* (называвшимся так из-за присутствия принимавших здесь участие поручителей, *vades). Vadimonium* состоял в тор-

жественном обязательстве ответчика явиться в назначенный день в назначенное время. Истец начинал с указания иска, к которому он собирается прибегнуть *(editio actionis),* и обращался с соответствующим требованием *(postulatio)* к претору, который мог, в зависимости от справедливости дела, *dare* (дать) или же *denegare actionem* (отказать в иске). Это значит, что хотя в соответствии с *ius civile* иск и принадлежит истцу по праву, однако в данном случае он повел бы к несправедливым последствиям и претор в нем «отказывает». Тем самым он практически лишает юридической защиты, а значит (в случае, представленном ему на рассмотрение), приостанавливает субъективное право, признаваемое *ius civile.* Если же иск принят, истец в некоторых случаях может задать ответчику вопросы относительно наличия определенных фактических предпосылок *{interrogatio in iure),* и ответ, который дается ответчиком, обязывает его, даже если не соответствует действительности. Процедура завершалась на этапе *щ шге* в тех случаях, когда допускалось, что истец может предоставить ответчику выбор: погасить оспариваемый долг или поклясться в том, что такого долга не существует *(deferre ius iurandum).* Такую клятву называли необходимой, *necessarium,* поскольку ответчик не мог от нее отказаться, не уплатив (или, в позднейшую эпоху, не «возвратив», т. е. не пригласив истца также поклясться в ответ). Клятву эту называли также *ius iurandum in iure,* чтобы отличить ее от клятв, которые стороны давали для подкрепления своих утверждений *in iudicio.*

Предоставление *ius iurandum in iure* относительно несуществования долга обеспечивает ответчику выигрыш дела[1], отказ ведет к последствиям, аналогичным признанию, *confessio.*

Если никакого из этих факторов, ведущих к прекращению процесса, не было в наличии, стороны с помощью претора намечали условия разногласия и осуществляли выбор судьи, после чего претор в письменном виде издавал формулу, которая предлагалась истцом ответчику и принималась им (*dare et accipere iudicium,* «дать и принять формулу с условиями тяжбы»). В этом акте и состояла новая *litis contestatio* (засвидетельствование тяжбы), отличавшаяся от имевшей место в *legis actiones* (§ 75), чем и завершалась процедура *in iure.*

Из всего сказанного следует, что если ответчик не является *in шге (contumacia,* неуважение к суду) или не принимает формулу, к *litis contestatio* перейти невозможно, и потому процесс не может начаться. Поэтому эдикт грозил жесточайшими карами ответчику, который не является *in шге* или отказывается содействовать процессу.

[1]В дальнейшем истец мог доказывать ложность клятвы, но в данном процессе должен был воздержаться от преследования своего права.

Litis contestatio образует главный момент процесса, поскольку с ним связаны некоторые фундаментальные следствия. Во-первых, им определяется повиновение сторон решению судьи, которому они добровольно покоряются. Кроме того, суть спора находит свое отражение в формуле именно на момент *litis contestatio*. Отсюда следует, что, с одной стороны, не придается значения тем изменениям, которые будут иметь место во взаимных отношениях сторон впоследствии (например, прекращение обязательства по данному делу после возникновения процесса или утрата ответчиком пассивного правомочия не оказывают влияния на уже начатое судебное разбирательство), а с другой стороны, судья, удостоверяя существование оспариваемого права и определяя сумму, которую надо будет уплатить в соответствии с судебным решением по главному объекту и по дополнительным (плоды, проценты и т. д.), всегда должен сообразовываться с моментом *litis contestatio*.

Наконец, с *litis contestatio* связано и так называемое исчерпание иска, что выражается в правиле «*bis de eadem re ne sit actio*» («не допускается дважды иск по поводу одного и того же дела»). Поэтому после того, как процесс будет однажды зафиксирован, истец не сможет вновь обратиться с иском в рамках тех же отношений. Сходное явление имеет место и в случае «конкуренции исков»: когда одно лицо имеет в своем распоряжении для преследования одной и той же цели два иска или большее их число, применение одного иска и соответствующая *litis contestatio* исключают остальные. Важное исключение из этого принципа имеет место в сфере незаконных действий, для которых, напротив, допускается накопление двух исков (§ 255).

За *litis contestatio* следует этап *apud iudicem*. Здесь стороны представляют доказательства своих утверждений и судья, свободно придя к собственному заключению, решает тяжбу на основе указаний, данных ему в формуле, издавая в установленные сроки *sententia*. *Sententia* сопровождается *iudicatum,* т. е. судебным решением, которое издает судья в силу того, что облечен такой властью претором *(iussus iudicandi)*. Если решение обвинительное, оно всегда выражается в деньгах, поскольку *iudex,* будучи частным лицом, не может обязать ответчика к определенному поведению, а лишь к уплате некоторой денежной суммы. В том случае, когда, например, истец требует возврата вещи *(rei vindicatio,* § 155), судья может присудить лишь к уплате суммы, покрывающей ее стоимость *(litis aestimatio,* оценка тяжбы, § 151). Для ответчика это будет означать приобретение вещи в собственность. На практике же принцип денежного присуждения может быть преодолен в двух случаях. С одной стороны, чтобы оказать психологическое давление на ответчика, сам истец может перейти к оценке тяжбы под присягой в присут-

ствии судьи *(ius iurandum in litem). С* другой стороны, претор может ввести в формулу оговорку, в которой поставит обвинительное решение в зависимость от того обстоятельства, что ответчик не возвратит спорную вещь по собственной воле (в таком случае формула называется *arbitraria,* «содержащая приказ судьи»).

Iudicatum представляет собой основание для принудительного исполнения *{actio iudicati,* иск об исполнении судебного решения), если только оно не будет оспорено (начиная с эпохи принципата) посредством *appellatio,* обращенной *extra ordinem* к императору.

Actio iudicati может повлечь за собой либо признание ответчиком судебного решения, и в таком случае он оказывается *addictus* кредитора (§ 76), либо оспаривание правомерности процедуры вынесения приговора. В последнем случае начинается новый процесс с целью удостоверить этот момент, с последующим приговором в двойном размере, если окажется, что ответчик оспаривал состоятельность предыдущего приговора без должных оснований *(infitiatio).*

Однако уже довольно скоро к исполнительным действиям в отношениц личности должника добавились (причем теперь уже навсегда) исполнительные действия в отношении всего его имущества, к владению которым в силу постановления претора были допущены кредиторы *(missio in bona).* По истечении 30 дней (которые были сокращены до 15, если должник уже умер) назначался *magister bonorum* (распорядитель конкурсной массы), который приступал к продаже вышеуказанного имущества с торгов оптом. Оптовый покупатель *(bonorum emptor)* вступал в права должника (преемство *inter vivos,* § 11), принимая, однако, обязательство возместить кредиторам определенную часть долгов. *Bonorum venditio,* продажа имущества, влекла за собой *infomia* (§21) для подвергнутого исполнительным процедурам должника, чего можно было избежать лишь посредством добровольной уступки своего имущества кредитору.

Наряду с *venditio,* которая была, вообще говоря, неким родом процедуры признания несостоятельности, возникла также, поначалу в особых случаях, с учетом личности должника *(furiosus,* сенатор), еще другая, гораздо более мягкая, которая обходилась без *infamia* и распродажи всего имущества. То была *bonorum distractio,* которая впоследствии сделалась всеобщей формой принудительного исполнения и заключалась в завладении отдельными вещами и их последующей продаже на сумму, достаточную для того, чтобы покрыть долг.

§ 78. Строение формулы

В отличие от жестких процессуальных схем, характерных для *legis actiones,* формула необычайно гибка по своему строению, и возникает

она, разумеется, из сочетания некоторых частей, встречающихся более часто, а также из других, которые вводятся иной раз, чтобы учесть особые обстоятельства.

В качестве обычных составных частей формулы Гай перечисляет следующие:

1) *Intentio* («притязание»), которое выражает притязание, предъявляемое истцом в суде (например, утверждение принадлежности ему вещного права или наличие обязательства ответчика);

2) *Demonstratio* («описание»), функция которого заключается в том, чтобы обрисовать, когда это необходимо, основание разногласия, т. е. уточнить предпосылки для выдвинутого иска;

3) *Condemnatio* («осуждение»), с помощью которого магистрат наделяет судью полномочиями осуждать или оправдывать, в зависимости от того, подтвердятся или не подтвердятся утверждения истца: *«si paret... condemnato, si non paret absolvito»* («если будет доказано, да будет осужден, если не будет доказано, да будет оправдан»);

4) *Adiudicatio* («присуждение»), которым магистрат наделяет судью полномочиями присуждать каждой из тяжущихся сторон, в ходе разбирательства о разделе, отдельные вещи, или части вещей, или отдельные права.

Части формулы соединялись одна с другой в различных сочетаниях, в зависимости от характера иска, однако не все они могли наличествовать в одной и той же формуле. К примеру, *adiudicatio* встречается только в формулах тяжб о разделе; *demonstratio* — в формулах, которые преимущественно направлены не на определение наличия права, а на установление того, «сколько причитается дать», *«quantum dari oporteat»* (например, в иске, возникшем в связи *co stipulatio,* когда было принято обязательство *dare incertum,* § 235); *condemnatio* не встречается в исках, преследующих простое удостоверение, предназначенных для того, чтобы подготовить будущую тяжбу, и потому называемых *«praeiudicia»* («предварительные»), в формулах которых имеется одна только *intentio («an Titius ingenuus sit»* — «свободнорожденный ли Тиций?»). И даже *intentio,* как кажется, в некоторых формулах может отсутствовать — не в том абсурдном смысле, что отсутствуют притязания истца, а в том, что они не выражены в явной, самостоятельной форме, а лишь усматриваются из связи прочих составных частей формулы (например, *condemnatio* и *demonstratio,* взятые вместе).

Помимо этих основных частей, в формуле могут также содержаться еще и другие, дополнительные. Среди них следует отметить *taxatio* (оценка) и прежде всего *exceptio* и *praescriptio.*

а) *Taxatio* связана с *condemnatio* и служит для того, чтобы осуществить на практике *beneficium competentiae* (снисхождение по размерам

ответственности), т. е. ограничить сумму приговора с учетом качеств ответчика и его личных отношений с истцом (сослуживцы, *socii,* супруги и т. д.). Например, претор велел судье: *«dumtaxat sestertium Xmilia condemna»* («присуди на сумму не более 10 000 сестерциев»).

б) *Exceptio* использовалась тогда, когда ответчик, хотя и не отрицая истинности того, что утверждает истец, ссылался со своей стороны на такой факт, который, окажись он правдой, делает его осуждение несправедливым, даже если это будет соответствовать *ius civile.* К примеру, Авл Агерий продал Нумерию Негидию лошадь *(res mancipi,* § 35), передал ее и получил цену, однако не осуществил формального переноса собственности Нумерию Негидию посредством *mancipatio.* Вследствие этого он, согласно *ius civile,* остался собственником лошади и вполне может потребовать ее обратно (§ 155). И вот Нумерий Негидий, не отрицая истинности такого утверждения, приводит в свою защиту имевшую место куплю-продажу с последовавшей передачей *(traditio,* § 150), и претор видоизменяет обычную формулу, вводя в нее *exceptio* (называемую «эксцепцией о проданной и переданной вещи», *rei venditae et traditae,* § 137) как отрицательное условие осуждения ответчика. Это означало, что судья, чтобы вынести обвинительное судебное решение, должен будет установить не только существование права, которое утверждает истец, но также и несуществование факта, приводимого ответчиком.

Это всего только один пример. Однако претор может включить в формулу какую угодно другую оговорку: *exceptio pacti conventi* (о заключенном соглашении) — всякий раз, как ответчик указывает на существующее соглашение (§215); *exceptio doli* или *metus,* когда ответчик ссылается на то, что сделался жертвой обмана или угрозы применения силы (§ 67, 66); *exceptio non numeratae pecuniae* (о непередаче денег), когда ответчик ссылается на то, что не получил на самом деле той суммы, которую непредусмотрительно обязался возвратить; и прочие *«innumerabiles»,* как бесчисленные фактические данные, которые ответчик может привести в свое оправдание.

Особенно важный случай — *exceptio doli generalis* (названная так по причине многообразия возможных применений), которая не имеет ничего общего с *exceptio,* предусмотренной на случай злого умысла при совершении сделки (§ 67). Данная же *exceptio* дается, имея в виду истца, который притязает на нечто несправедливое по самой своей сути, поскольку противоречит *bonafides,* пускай даже формально основываясь на *ius civile* (например, лицо, вчиняющее иск другому, непредусмотрительно посредством *stipulatio* обязавшемуся возвратить сумму денег еще до того, как получил ее взаймы, Гай *Inst.* 4.116).

Подчас может случиться и так, что *excepйo,* представлявшаяся на первый взгляд справедливой, оказывается несправедливой по отношению к истцу. В этом случае претор дает ему *replicatio* (ответная эксцепция), за которой может следовать, если этого требует данный случай, *duplicatio* ответчика, а после еще *triplicatio* истца и т. д.

Оговорки называются *peremptoriae* (отменительные), если они основываются на фактических данных, которые неизменно препятствуют обвинению ответчика (например, *exceptio doli),* или же *dilatoriae* (отлагательные), если они сохраняют свое действие лишь на протяжении определенного периода времени, когда сохраняет силу обстоятельство, приведенное ответчиком (например, на *exceptio,* основанную на соглашении не требовать исполнения ранее оговоренной даты, невозможно будет ссылаться по истечении данного срока).

в) Претор, который посредством *excepйo* оказывает помощь ответчику, иной раз приходит на выручку и истцу, вводя в формулу *praescriptio* (предписание), в котором он выводит из области рассмотрения судьи, а значит, избавляет от возможности процессуального исчерпания ту часть спорных отношений, которую истец не желал бы предрешать в данный момент. Если, к примеру, истец желает подтвердить в суде действительность долга, целью которого являются периодические выплаты (в данном случае ежегодные), и намеревается вчинить иск лишь в отношении истекшего периода, может случиться так, что, если тяжба будет «засвидетельствована», истец в силу исчерпания иска (§ 77) уже не сможет впоследствии вчинять иски относительно последующих выплат. Здесь на помощь приходит *praescriptio pro actore* (предписание в пользу истца): *«ea res agatur cuius rei dies fuit»* («пусть тяжба ведется исключительно о том, срок чего уже наступил»), благодаря чему погашающие свойства *litis contestatio* ограничиваются просроченной частью долга, оставляя в неприкосновенности возможность возобновлять иск по мере того, как будут истекать последующие сроки.

§ 79. Различные типы формульных исков

Гибкость формулы позволяет магистрату заниматься значительными нововведениями в области *ius civile* посредством введения новых исков (называемых *honorariae* как раз по той причине, что были изобретены магистратом) либо через расширение с помощью различных уловок тех исков, которые основываются на *ius civile* и называются поэтому *civiles.*

а) Об исках *infactum conceptae* (составленные по факту) говорится тогда, когда претор, вместо того чтобы ограничиться защитой притязания, основанного на *ius civile* (в случае чего формула называлась бы *in ius concepta),* принимает во внимание и берет под защиту притяза-

ние, основанное на фактическом положении, достойном покровительства, хотя и не признаваемом *ius civile.* Так стал оформляться, все увеличиваясь от претора к претору, целый ряд новых притязаний, защищаемых исками *infactum,* которым, правда, не соответствует такое же число субъективных прав, но которые тем не менее пользуются юридической защитой.

б) В других случаях претор прибегает к *formula ficticia* (фиктивная формула), с помощью которой он включает в случай, уже защищаемый *ius civile,* другой, аналогичный ему, делая вид *ifictio),* что здесь присутствует налицо фактическая предпосылка, требуемая *ius civile,* но в данном случае отсутствующая, либо, напротив, воображая несуществующей предпосылку, которая здесь на самом деле имеется, однако *ius civile* она не подходит. Из этого следует, что *formula ficticia* создается по образцу цивильной, которая была бы уместна всякий раз, когда наличествовали бы (или, соответственно, не наличествовали) эти заранее предполагаемые данные. Таким образом, речь здесь идет об иске *in ius concepta,* который, однако, по причине этого расширения или приспособления к случаю, отличному от первоначального, называется уже не прямым, *directa,* но «полезным», *utilis.*

в) Другая уловка, к которой прибегает претор, возникает из так называемых формул с перестановкой субъектов, в которых в *intentio* сообщено имя одного лица, между тем как *condemnatio* относится к другому (таковы, например, формулы исков «добавленного свойства», *adiecticiae qualitatis,* § 84, с помощью которых вводится ответственность *paterfamilias* по обязательствам, заключенным лицами, ему подвластными).

В обширной панораме исков, допускаемых в пределах *agere per formulas,* могут быть установлены разные другие способы классификации, не принадлежащие исключительно формульной процедуре, но разработанные классическими юристами применительно к ней:

г) *actiones in rem* и *in personam.* Первые, поскольку они имеют своей целью утвердить власть или владение вещью, вне зависимости от лица, которое такое право оспаривает, могут быть вчинены против всех, *erga omnes.* Вторые же, поскольку их цель состоит в том, чтобы утвердить подчиненность определенного лица по отношению к носителю данного права, могут быть вчинены лишь этому лицу;

д) *actiones reipersecutoriae* (имущественные), направленные на возвращение вещи или на возмещение понесенного ущерба; *actionespoenales* (штрафные), имеющие целью истребовать денежный штраф с лица, совершившего деликт; *actiones mixtae* (смешанные), направленные на то и другое. (Об особенностях штрафных исков см. § 255);

е) *actiones stricti iuris* и *bonaefidei*. Основное различие состоит здесь в том, что в первых наблюдается строгое соответствие между *intentio* и *condemnatio («Si paret... centum dari oportere, — centum condemnato»* — «Если будет доказано, что должен сотню, — да будет приговорен к сотне»), между тем как во вторых исках, в связи с особым характером предмета спора, могут быть приняты во внимание нравственные требования к поведению сторон в отношении друг друга *(bonafides)*. Этим подразумевается, что, например, в ходе *iudicium bonae fidei* судья может принимать во внимание злой умысел или насильственные действия, к которым прибегла одна из сторон, т. е. также и сторона истца, без обязательности того, чтобы в формулу была включена соответствующая *exceptio* (§ 66, 67). От *actiones bonaefidei* отличаются *actiones in bonum et aequum conceptae* (иски, составленные с учетом блага и справедливости), где сумма, в которой выразится приговор, оставляется на усмотрение судьи, с учетом требований справедливости;

ж) *actiones populares* («народные»), которые мог вчинять любой гражданин *(quisque de populo)* в целях защиты интересов, являющихся не исключительно частными, но касающихся всего сообщества;

з) *actiones noxales* (ноксальные), допускавшиеся против любого лица, имевшего в своей власти правонарушителя, раба или *flliusfamilias,* причем ответчику предоставлялся выбор — принять ответственность за деликт либо выдать виновного пострадавшему.

§ 80. Экстраординарное вмешательство магистрата

В дополнение к системе исков имелись иные процессуальные средства, основанные на власти *imperium,* к которым прибегал претор, чтобы прекратить, а иной раз и предотвратить разногласия.

а) В таких случаях по заявлению заинтересованного лица, а иногда — и любого гражданина, претор издает приказ или запрещение, которые носят обобщенное название *interdicta* в широком смысле (в то время как *interdictum* в строгом значении этого слова означает запрещение, а *decretum* — приказ). Интердикты можно подразделить, в зависимости от целей, которые они преследуют, на три типа: *exhibitoria* (о предъявлении), в которых содержится приказ представить *in iure* вещи или определенных лиц; *restitutoria* (о возврате), приказывающие возвратить данную вещь; *prohibitoria* (запрещающие), которые содержат приказ воздерживаться от определенного поведения.

Если субъект, к которому обращено предписание, добровольно повинуется приказу претора, тот достигает своей цели и на этом все и заканчивается. Поскольку, однако, издание интердикта происходит на основании лишь поверхностного расследования, может случиться и так, что адресат предписания оспорит его обоснованность. В таком случае

начинается процесс в подлинном смысле этого слова, который, правда, можно считать особым процессом, поскольку он следует правилам, отличным от ординарного процесса.

б) Кроме того, претор может вмешаться, повелев одной из сторон предоставить торжественное обещание *{stipulatio praetoria,* или *cautio,* § 235), назначение которого в том, чтобы подкрепить уже существующее право или защитить интересы, не защищенные *ius civile.*

в) Говорится также о *restitutio in integrum,* подразумевая под ним находившееся в распоряжении претора средство, в рамках которого рассматривались как не имевшие места юридическое действие или факт, сами по себе действительные, однако несправедливые и наносящие ущерб. *Restitutio* восстанавливает лицо, понесшее ущерб, в точно той же юридической ситуации, в которой оно находилось до того, как действие или факт имели место. В некоторых случаях для этого требуется специальное распоряжение *(decretum)* магистрата, как, например, для лиц моложе 25 лет (§ 26). Однако чаще *restitutio in integrum* оказывается уже включенной *Bformulaficticia,* посредством которой судью призывали действовать так, словно данного факта не существовало вовсе (например, ответственность усыновленного за прежде сделанные долги, все равно как если бы *adrogatio* не имела места, § 267).

г) Наконец, претор мог использовать свое влияние с помощью *missio in possessionem,* которым он допускал данное лицо к владению определенной вещью (ш *гет)* или совокупностью имущества *(in bona).* Такое постановление может иметь чисто перестраховочные и охранительные цели или же служить средством принудительного исполнения (§ 77). Наконец, претор может допустить лицо к владению наследственным имуществом в осуществление права преемства в соответствии с *ius civile (hereditas)* либо независимо от него или даже вопреки ему. Такая *missio in possessionem* дает основание фундаментальному институту *bonorum possessio*[1], который, родившись в качестве средства осуществления, укрепления и исправления *hereditas,* сделался, наконец, на исходе классической эпохи самостоятельной системой наследственного преемства (§ 292).

§ 81. III. *Cognitiones extra ordinem* (экстраординарное дознание)

Процесс по формуле, описывавшийся до сих пор, образует обычную форму судопроизводства, применимую в классическую эпоху к спорам между частными лицами *(ordo iudiciorum privatorum).* Однако уже начиная с последнего этапа существования республики в ряде су-

[1] Дословно: «владение имуществом» — традиционное обозначение преторского порядка наследственного преемства.

дебных разбирательств стала применяться форма процесса, не следовавшая правилам *ordo iudiciorum privatorum*. По этой причине такие судебные разбирательства стали называться *cognitiones extra ordinem*.

В эту категорию входят прежде всего споры административного характера, выделенные в связи с преимуществами, которыми пользовалось государство в сравнении с частными лицами, из ординарного судопроизводства, с тем чтобы помимо прочего избежать подчинения государства решению частного судьи. Поэтому судопроизводство в данной области осуществлял магистрат (например, цензорам были вверены споры, относившиеся к *ager publicus)* или, начиная с эпохи Августа, еще и имперский чиновник со специальными полномочиями относительно данного круга вопросов *(curator aquarum, viarum, cloacarum, praefectus annonae, praefectus vigilum* и т. д.).

Кроме того, в провинциях, территории которых были исключены из юрисдикции городского претора, споры разворачивались в присутствии высшей местной власти, наместника провинции, который как раз и осуществлял судопроизводство *extra ordinem*.

Неизменно, начиная с классической эпохи, были неподсудны *ordo iudiciorum privatorum* (и разрешались *extra ordinem)* также некоторые споры частных лиц (в вопросах, касающихся рабского состояния, § 93; опеки, § 128; фидеикомиссов, § 334), переданные специально назначенным магистратам. Некоторые институты (например, фидеикомиссы) именно таким путем впервые получили юридическое признание.

Наконец, по мере постепенного укрепления принципата *princeps* получил возможность чаще вмешиваться в частное судопроизводство посредством своих постановлений (§ 6 Б), которые иной раз ограничивались тем, чтобы сориентировать частных судей ординарного производства *{rescripta,* предписания), но в других случаях непосредственно выносили судебное решение *(decreta)* по первой инстанции либо, что случалось чаще, по апелляции, чем создавалась новая возможность, которой не было в процессе по формуле, — изменить судебное решение.

Несмотря на все большее распространение судопроизводства *extra ordinem,* процесс по формуле продолжал находить применение, прежде всего в Риме, на протяжении всей классической эпохи. Однако с возникновением абсолютной монархии магистратуры, а с ними и претор исчезли и вся власть оказалась сконцентрированной в руках самодержца, так что теперь и судебные функции принадлежали исключительно императору, который отправлял их самолично или, что бывало чаще, посредством специально назначенных чиновников. В 342 г. н. э. формулы были упразднены, вследствие чего процессы *extra ordinem,* хоть они и сохранили такое название, остались единственной формой цивильного процесса.

Процесс *extra ordinem* имеет свои особенности, которые четко отделяют его от процесса по формуле и позволяют видеть в нем прообраз современного процесса.

Прежде всего это упразднение разделения процедуры на два этапа (ш *iure — apud iudicem),* вследствие чего судопроизводство становится теперь функцией государства. Все дело разворачивается, с начала и до завершения, в присутствии «судьи-чиновника», который открывает слушание, исследует доказательства и выносит постановление. Этот судья, полномочия которого в силу делегирования являются отражением авторитета императора, более не обязан жестко следовать *ius civile,* вследствие чего у него нет необходимости, с тем чтобы этого избежать, обращаться к обходным средствам, как поначалу приходилось делать претору. Весь опыт, накопленный в ходе многовековой практической деятельности преторов и кодифицированный при Адриане в виде «Вечного эдикта», *Edictum perpetuum,* представляет собой *ius,* ничем не уступающее *civile*. Поэтому нет больше никакой разницы между цивильными и преторскими исками, *infactum* и /я *ius* (§ 79), не существует больше *«formula»* в специальном смысле, со своими отдельными частями, выстроенными в определенном порядке. Случаи, которые прежде оказывались поводом для непосредственного вмешательства магистрата (§ 80), оказываются теперь основанием для вчинения обычных исков. *Exceptio,* которая прежде явным образом учитывала различие между цивильным правом и преторской справедливостью, делается теперь оружием правовой защиты ответчика и пребывает на одном уровне с иском.

В сущности говоря, в практике процесса *extra ordinem* в едином правопорядке сливаются цивильное и преторское право, с естественным преобладанием на стороне второго.

В постановлении, которое выносит теперь судья, находит выражение воля государства (а через нее — императора), которая прилагает право к конкретному случаю. Из этого следует, что в то время, как решение, которое выносил частный судья, неизменно имело денежное выражение (§ 77), поскольку у него не было сил для того, чтобы принудить стороны к *facere* (исполнить), решение государственного судьи, напротив, направлено на то, чтобы непосредственно осуществить притязание истца (приказывая, например, возвратить спорную вещь), и там, где необходимо, может быть исполнено в принудительном порядке за счет ответчика с вмешательством государственных чиновников *(apparitores)*. Кроме того, отсюда следовало, что *appellatio,* бывшая в процессе по формуле средством чрезвычайного характера, делается теперь обычным средством обжалования, которое вводит вторую стадию судопроизводства. Это значит, что, поскольку государственные судьи выстроены в иерархическом порядке, проигравшая

сторона может обратиться к судье более высокой инстанции, чтобы он пересмотрел тяжбу, уже решенную на первой стадии судьей более низкой инстанции.

§ 82. Процедура *extra ordinem*

На первом историческом этапе своего существования процедура *extra ordinem* начинается с *evocatio,* приказа ответчику явиться, издаваемого магистратом или чиновником и вручаемого ответчику силами соответствующей службы. Впоследствии его заменило *litis denuntiatio* (извещение о тяжбе), род судебной повестки, составленной истцом и врученной посредством официального лица. В позднейшую эпоху вошла в употребление так называемая процедура *per libellos* («через записки»), которая состоит в своего рода обмене повестками между истцом и ответчиком.

В присутствии судьи истец излагает свое притязание *(narratio, litis contestatio* в новом смысле), а ответчик — свои оправдания и возможные встречные притязания *(contradictio),* после чего обе стороны представляют *ius iurandum de calumnia,* в которой клянутся не вести тяжбу с единственной целью посутяжничать. Затем судья, сделав соответствующее распоряжение, допускает к рассмотрению доказательства и классифицирует их, оценивая не в соответствии со своими произвольными впечатлениями, а согласно точным правовым критериям (таким, например: свидетельство одного человека не может служить доказательством, документ имеет превосходство над показаниями свидетелей и т. д.). Вслед за этим, после того как право установлено, судья издает постановление, которому, как было указано выше (§ 81), свойственны официальный характер, возможность обжалования и обязательность исполнения.

Часть II.
Права лиц и семейное право

Глава I.
Status libertatis (свободное состояние)

§ 83. *Liberi* (свободные) и *servi* (рабы)

«Summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt.» («Основное членение в праве лиц сводится к тому, что все люди либо свободные, либо рабы. Опять-таки среди свободных одни свободнорожденные, а другие вольноотпущенники. Свободнорожденные — те, кто родился свободным, вольноотпущенники — это те, кто отпущен на свободу из законного рабства». Гай *Inst.* 1.9-11).

Со сменой исторических эпох общественное положение рабов в Риме претерпевало значительные изменения.

В архаический период они мало ощущали тяжесть своего положения или вовсе его не чувствовали. Тогда они рассматривались как помощники хозяина, *dominus,* в обработке небольшого семейного надела, хозяин знал их лично и относился к ним с человечной благожелательностью, а при необходимости защищал. Рабы, со своей стороны, испытывали к нему живое чувство преданности, признательности и покорности.

Однако условия, в которых протекала жизнь рабов, окрасились в мрачные тона вследствие социального переворота, имевшего место в связи с кризисом конца республики. Численность рабов неимоверно выросла в связи с захватом бесчисленных пленников, которые поступали на рынок по завершении победоносных войн и продавались оптом с торгов и аукционов. Они сделались настоящей доходной статьей спекулятивной торговли, подчас их обучали или натаскивали в разнообразных, зачастую унизительных, профессиях, с тем чтобы их рыночная стоимость возросла. Самые богатые семейства имели иной раз до десяти тысяч рабов, так что нередко хозяин и в лицо-то не знал своих рабов, не то что по имени. Они зависели теперь от приставленных к ним надсмотрщиков, которые их тиранили либо, во всяком случае, подчиняли их жесточайшей дисциплине, так как бегство рабов сделалось весьма распространенным явлением — настолько, что вошло в обыкновение запаивать на шее всякого раба медный ошейник с выгравированной надписью, обещавшей вознаграждение тому, кто возвратит раба хозяину. Настоящим ремеслом сделалась охота на беглых рабов, в том числе с помощью собак-ищеек. Столь чудовищные

условия существования явились причиной поднятых рабами восстаний на Сицилии и в Кампании, которые были подавлены ценой немалой крови.

В эпоху принципата, в том числе и под воздействием стоического учения, к рабам стали относиться лучше. Относящийся ко времени Августа *lex Petronia* запрещал хозяину раба использовать его в цирковых поединках с хищниками без предварительного одобрения магистрата. Эдикт императора Клавдия давал свободу рабу, которого *dominus* оставил во время болезни. Постановлением Антония Пия запрещалось убийство раба, совершенное без достаточных оснований, а рабу, подвергающемуся дурному обращению, давалась возможность обратиться *extra ordinem* к магистрату, чтобы тот принудил хозяина продать его более сердобольному человеку.

Положение рабов еще более улучшилось с принятием законодательства Юстиниана: хотя в силу понятных причин он не мог добиться отмены рабства, однако, вдохновляясь христианской этикой, приложил усилия к тому, чтобы насколько возможно облегчить несчастья этого класса.

§ 84. Юридическое положение рабов в частном праве

С точки зрения частного права, раб в пределах *ius civile* субъектом права не является, а потому не может обладать никаким правом — ни личным, ни имущественным — и не способен выступать в суде. Напротив того, сам он является объектом права, он есть *res (corporalis* и *mancipi,* § 34, 35), даже если не имеет хозяина *(sine domino, res nullius,* §36).

В то же время не следует упускать из виду, что по самой своей человеческой природе раб представлял собой вещь *sui generis,* он обладает целым рядом свойств и способностей, природных и фактических, которыми все прочие вещи не обладают. Поэтому, например, место, где похоронен раб, рассматривается как «издревле священное», *ab antiquo religiosus* (§ 37), наравне с могилой свободного человека, и оскорбление, нанесенное рабу, рассматривается как «обида», *iniuria* (§ 259). В эпоху поздней империи, а также во времена христианства родство, существующее между рабами, хотя оно и не является «цивильным», не совсем лишено последствий, и Юстиниан принимает его во внимание, а после возможного приобретения свободы — также и в видах преемства.

Особенно важны юридические последствия, которые право связывает с деятельностью раба. К примеру, допускается, что он способен на законных основаниях выражать деловые намерения своего *dominus (nuncius,* § 58), что он может самостоятельно совершать некоторые коммерческие операции, которые, если они влекут за собой невыго-

ды, не налагают обязательств на хозяина, выгоды же автоматически обращаются в имущество господина, как если бы он приобрел их посредством своей *longa manus* («длинной руки»).

Исключением из отсутствия ответственности *dominus* за действия раба являются долги, возникающие из совершенного рабом деликта, в отношении которых хозяшн оказывается перед выбором: либо принять ответственность за ниж на себя либо предоставить раба-правонарушителя пострадавшему (выдача виновного, *noxae deditio,* ноксальный иск, *actio noxalis,* § 79^.

Значение самостоятельной деятельности рабов, согласие на которую исходит от *dominus,* еще увеличилось в преторском праве. Для этих случаев, становившихся вс«е более частыми в новом деловом мире и заслуживавших особой защипы в интересах третьих лиц, претор ввел в своем эдикте некоторые иски *(adiecticiae qualitatis),* посредством которых партнер в сделке мог привлечь к суду господина, когда тот, к примеру, поставил раба эксплуатировать предприятие, *taberna (actio institoria)* или управлять торговым судном *(actio exercitoria)* либо повелел ему совершить сделку или одобрил ее *(actio quod iussu).*

Затем во многих случаях имела распространение практика, когда хозяин уступал рабу в фактическое пользование и управление *peculium,* сбережения (имевшие, однако, подчас значительные размеры и не обязательно выражавшиеся! в деньгах), которые жаловал ему хозяин или которые были скоплеиы самим рабом (хотя, если подходить к этому вопросу строго юридически, хозяин оставался собственником такого имущества). В пределах пекулия раб свободно занимался коммерцией, пользуясь доверием третьих лиц, которые могли обратить взыскание на господина, прибегая к введенной претором защите *(actio de peculio).* Так, он мог вступать в деловые отношения даже с самим хозяином («естественное оббязательство», § 225).

В период империи раб в некоторых случаях непосредственно допускался к тому, чтобы в взопросе приобретения свободы настаивать *extra ordinem* (§ 81) на своей правоте по отношению к *dominus.*

§ 85. Причины рабского сюстояния

Рабами рождаются либо становятся. Поэтому можно различать основания рабского положения, непосредственно связанные с рождением, и основания, последующие рождению. Среди этих последних особняком стоит пленение в результате войны.

§ 86. А) Причины рабского состояния, непосредственно связанные с рождением

Ребенок рабыни *{partus ancillae)* рождается рабом. И действительно, половая связь с рабыгсей — это просто фактическое отношение,

/у отцом и по-
не способное породить юридические отношения между
томством. Кроме того, личность отца и его состояние С
неизвестны, в то время как *«mater semper certa est»* («мать jМ^r0B0Р^Н> нам
ненна»). Факт рабства матери устанавливается, вообще щ сущест
мент рождения ребенка, когда он начинает самостоятельн*(Р^иятствованкШ
вание (§ 15). Однако во времена принципата из благопр//^1713' в соответ"
свободе, *favore libertatis,* допускалось применение *щяш]\^иш'* Р^ассмат~
ствии с которым в качестве свободнорожденного *(щеп1.Р^ротк* е ВР
ривался ребенок той женщины, которая хотя бы на ко{!^ождением*
становилась свободной в период между его зачатием и рс^7 **рождению**

§ 87. Б) Причины рабского состояния, последующие р'

а) Плен

,£тва, по край-

Пленение в ходе войны — основной источник рабст*/^0 повлекло
ней мере в процентном отношении. Для того чтобы они ° В Р^езУльтате
собой рабство, необходимо, чтобы пленение произошло/^ждународного
bellum iustum (войны, соответствующей требованиям меж ,-
права). источник раб-

В соответствии с представлениями римлян, данный щ ь им на Р°~
ства покоится на основании, общем для всех современна'^кт р
дов, вследствие чего относится к *lusventium* и имеет харак"/ ' ^
сти. Поэтому и римлянин, сделавшийся пленником враги/ *kvile"* допускало
свободу. Правда, в отношении собственно римлян *iusciv.Р^* „ „Л™,,,.,
специальную льготу *(ius postliminii),* в соответствии скот^У^ *"wn-'onml™
нин, бывший пленником и вернувшийся на родину (либ/ir^ ^
народам) с намерением здесь остаться *(atumus remamdii* //. . . . юридическое
этого рассматривался *ipso iure* в качестве вернувшегося в *i/ is postliminu* не
состояние, в котором находился до плена. Однако по/шгт Р^ассмат Р^ив ~
возобновлялись брак и владение, поскольку то и другое j | / ^Н Р ^
лось не как права, а как отношения, основанные на факти \/^отльку'п
посылках (§106, 164), и потому существовали лишь по^1
скольку реально существовали сами предпосылки. <^я ко в Р^емена м

Другой льготой, введенной *lex Cornelia,* относящимся ^ин » /^ме Р^ш
Суллы, была та фикция *(fictio legis Corneliae),* что римляни'/^орыи IJ^01™.^
в плену, расстался с жизнью в тот самый момент, в кото*,/^1
руки врага. Вследствие этого он рассматривался умершие/^0 завешани я >
человеком, что позволяло сохранить законную силу его? ^ПОСКОЛЬКУ^3 "
которое на деле должно было бы делаться ничтожным, п'
вещатель скончался, будучи рабом (§ 296).

§ 88. б) Причины рабского состояния по *ius civile*

относятся к *ius*

Другие последующие рождению источники рабства от;, ^0Т° Р^ые и нр
civile и потому могут относиться лишь к римлянам. Неко/

восходят к более древней эпохе. Так, становился рабом несостоятельный должник, проданный *trans Tiberim* (§ 76), *indelectus* (уклоняющийся от призыва в армию), *incensus* (уклоняющийся от обязанности пройти цензовую перепись), вор, пойманный с поличным *(fur manifestus),* сделавшийся *addictus* тому, кого он обворовал (§ 256). Также утрачивал свободу в связи с выдачей виновного, *noxae deditio,* гражданин, переданный чужеземцу за вред, нанесенный данному народу.

Согласно классическому праву, рабами становились: свободный человек старше 20 лет, по злому умыслу устроивший собственную продажу в качестве раба, с тем чтобы разделить вырученные деньги с продавцом *{pretii partecipandi causa);* свободная женщина, продолжающая состоять в половой связи с чужим рабом, несмотря на предупреждение *dominus (senatusconsultum Claudianum);* приговоренный к каторжным работам в руднике *{ad metalla)* или к иным тяжким наказаниям *(servus poenae,* «раб наказания»). Последние два основания были отменены Юстинианом.

В послеклассическом праве свободу утрачивал также вольноотпущенник, вновь отозванный в рабы патроном за возмутительную неблагодарность (§ 95).

§ 89. Причины прекращения рабского состояния

А) Цивильная манумиссия

Раб приобретает свободу (и становится вольноотпущенником, *libertus)* посредством добровольного действия своего хозяина, который освобождает его от *dominica potestas (manu mittere, manumissio,* манумиссия). Понятно поэтому, что такое действие может совершить лишь тот, кто обладает полной цивильной собственностью *(dominium ex iure Quiritium,* § 137), причем с сохранением неизменного требования, чтобы тем самым не были нарушены возможные права других людей на самого раба (например, кондоминиум, § 138; залог, § 186; узуфрукт, § 175).

В *ius civile* признаются три формы манумиссии. Первая, *mortis сажа,* представляет собой *manumissio testamento* (по завещанию), распоряжение о которой завещатель дает в простой повелительной форме *(«Stichus liber esto»* — «Да будет Стих свободным»). Поскольку, как мы увидим ниже (§ 94), отпущенный раб остается в состоянии подчинения тому, кто его отпустил *(patronus),* такая форма манумиссии оказывается выгоднее рабу, который становится вольноотпущенником без патрона *(orcinus),* так как патрон его уже умер *(in orco,* на том свете).

Вторая цивильная форма манумиссии называется *vindicta* (с помощью виндикты). Происхождение ее неясно. В соответствии с распространенным мнением, речь здесь идет о специальном применении *itt iure*

не способное породить юридические отношения между отцом и потомством. Кроме того, личность отца и его состояние могут быть и неизвестны, в то время как *«matersemper certa est»* («мать всегда несомненна»). Факт рабства матери устанавливается, вообще говоря, на момент рождения ребенка, когда он начинает самостоятельное существование (§ 15). Однако во времена принципата из благоприятствования свободе, *favore libertatis,* допускалось применение правила, в соответствии с которым в качестве свободнорожденного *(ingenuus)* рассматривался ребенок той женщины, которая хотя бы на короткое время становилась свободной в период между его зачатием и рождением.

§ 87. Б) Причины рабского состояния, последующие рождению
а) Плен

Пленение в ходе войны — основной источник рабства, по крайней мере в процентном отношении. Для того чтобы оно повлекло за собой рабство, необходимо, чтобы пленение произошло в результате *bellum iustum* (войны, соответствующей требованиям международного права).

В соответствии с представлениями римлян, данный источник рабства покоится на основании, общем для всех современных им народов, вследствие чего относится к *iusgentium* и имеет характер взаимности. Поэтому и римлянин, сделавшийся пленником врага, утрачивает свободу. Правда, в отношении собственно римлян *ius civile* допускало специальную льготу *(ius postliminii),* в соответствии с которой римлянин, бывший пленником и вернувшийся на родину (либо к союзным народам) с намерением здесь остаться *(animus remanendi),* уже в силу этого рассматривался *ipso iure* в качестве вернувшегося в юридическое состояние, в котором находился до плена. Однако по *ius postliminii* не возобновлялись брак и владение, поскольку то и другое рассматривалось не как права, а как отношения, основанные на фактических предпосылках (§ 106, 164), и потому существовали лишь постольку, поскольку реально существовали сами предпосылки.

Другой льготой, введенной *lex Cornelia,* относящимся ко временам Суллы, была та фикция *(fictio legis Corneliae),* что римлянин, умерший в плену, расстался с жизнью в тот самый момент, в который попал в руки врага. Вследствие этого он рассматривался умершим свободным человеком, что позволяло сохранить законную силу его завещания, которое на деле должно было бы делаться ничтожным, поскольку завещатель скончался, будучи рабом (§ 296).

§ 88. б) Причины рабского состояния по *ius civile*

Другие последующие рождению источники рабства относятся к *ius civile* и потому могут относиться лишь к римлянам. Некоторые из них

восходят к более древней эпохе. Так, становился рабом несостоятельный должник, проданный *trans Tiberim* (§ 76), *indelectus* (уклоняющийся от призыва в армию), *incensus* (уклоняющийся от обязанности пройти цензовую перепись), вор, пойманный с поличным *(fur manifestus),* сделавшийся *addictus* тому, кого он обворовал (§ 256). Также утрачивал свободу в связи с выдачей виновного, *noxae deditio,* гражданин, переданный чужеземцу за вред, нанесенный данному народу.

Согласно классическому праву, рабами становились: свободный человек старше 20 лет, по злому умыслу устроивший собственную продажу в качестве раба, с тем чтобы разделить вырученные деньги с продавцом *{pretiipartecipandi causa);* свободная женщина, продолжающая состоять в половой связи с чужим рабом, несмотря на предупреждение *dominus (senatusconsultum Claudianum);* приговоренный к каторжным работам в руднике *{ad metalla)* или к иным тяжким наказаниям *(servus poenae,* «раб наказания»). Последние два основания были отменены Юстинианом.

В послеклассическом праве свободу утрачивал также вольноотпущенник, вновь отозванный в рабы патроном за возмутительную неблагодарность (§ 95).

§ 89. Причины прекращения рабского состояния

А) Цивильная манумиссия

Раб приобретает свободу (и становится вольноотпущенником, *libertus)* посредством добровольного действия своего хозяина, который освобождает его от *dominica potestas (manu mittere, manumissio,* манумиссия). Понятно поэтому, что такое действие может совершить лишь тот, кто обладает полной цивильной собственностью *(dominium ex iure Quiritium,* § 137), причем с сохранением неизменного требования, чтобы тем самым не были нарушены возможные права других людей на самого раба (например, кондоминиум, § 138; залог, § 186; узуфрукт, § 175).

В *ius civile* признаются три формы манумиссии. Первая, *mortis causa,* представляет собой *manumissio testamento* (по завещанию), распоряжение о которой завещатель дает в простой повелительной форме *(«Stichus liber esto»* — «Да будет Стих свободным»). Поскольку, как мы увидим ниже (§ 94), отпущенный раб остается в состоянии подчинения тому, кто его отпустил *(patronus),* такая форма манумиссии оказывается выгоднее рабу, который становится вольноотпущенником без патрона *(orcinus),* так как патрон его уже умер (ш *огсо,* на том свете).

Вторая цивильная форма манумиссии называется *vindicta* (с помощью виндикты). Происхождение ее неясно. В соответствии с распространенным мнением, речь здесь идет о специальном применении *in iure*

cessio, когда перед претором *in iure* представал *adsertor libertatis,* который настаивал на свободе раба, прикасаясь к нему палочкой *(vindicta). Dominus,* который мог бы на законных основаниях отстаивать свои права на раба, не противоречил, в результате чего магистрат признавал *status libertatis* раба. Однако уже к концу республики данная форма манумиссии встречается со значительными отступлениями от указанной картины, что, правда, могло быть как раз возвратом к изначальной форме. Теперь она происходит в присутствии магистрата, имеющего соответствующие полномочия (консул, претор и т. д.), в каком угодно месте, даже прямо на ходу (ш *transitu)* и не требует вмешательства *adsertor libertatis.* Это *dominus* объявляет посредством *certa et sollemnia verba,* что желает отпустить на свободу раба, сопровождая свое заявление обрядовыми жестами, среди которых и касание раба *vindicta,* а магистрат сообщает этому заявлению действительность, подтверждая ее *(addictio).* В юстиниановском праве *manumissio vindicta* свелась к заявлению, лишенному всех формальных моментов, которое хозяин подавал уполномоченному магистрату.

Третья форма, *manumissio cetu* (по цензу), состоит во внесении раба в цензовые списки свободных людей, что делалось с согласия хозяина по случаю цензовой переписи, осуществлявшейся цензорами каждые пять лет.

Замечательно в этих трех цивильных формах манумиссии то, что в результате их освобожденный приобретал не только полную свободу, но также и римское гражданство.

§ 90. Б) Преторская манумиссия

Наряду с этими изначальными цивильными формами впоследствии в практическом использовании появились и другие *{manumissio inter amicos,* в кругу друзей, *рег epistulam,* письмом, позднее — *рег mensam,* на пиру). Речь здесь шла о заявлениях *dominus,* которые, будучи лишены формальностей, требуемых *ius civile* (поскольку они были сделаны свидетелям, или совершены в письменной форме, или по случаю пирушки), не влекли за собой приобретения свободы. Поэтому в таких случаях хозяин мог вновь начать обращаться с отпущенным как с рабом, а впоследствии обратиться в суд, чтобы он удостоверил его рабское состояние. Но поскольку такое поведение было несправедливо и безнравственно, претор отказывал хозяину в *vindicatio in servitutem* (истребовании в рабство) и защищал фактическое свободное состояние того, кто был отпущен не в торжественной форме. Поэтому такие формы манумиссии называются «преторскими».

Двусмысленное положение отпущенных в преторской форме (фактически свободные, однако рабы в соответствии с *ius civile* и потому

лишенные гражданства, *status civitatis)* было впоследствии исправлено *lex Iunia Norbana* (вероятно, от 19 г. н. э.), который дал им свободу и приравнял в смысле гражданства к латинам *(Latini iuniani,* § 100). Юстиниан полностью приравнял их к отпущенным в цивильной форме.

§ 91. В) Другие типы манумиссии

Составляя завещание, *dominus* вместо того, чтобы отпустить раба напрямую, *directis verbis,* мог просить об этом наследника или адресата завещательного отказа (фидеикомисс, § 335), которому передавал этого раба. Очевидно, что здесь раб обретал свободу лишь с последующим актом манумиссии.

Когда в эпоху Августа фидеикомиссы (§ 335) были признаны, за рабом также была признана возможность обрести свободу, принудив *extra ordinem* лицо, обремененное этим поручением, исполнить фидеикомисс. В конце концов сенатусконсульты и постановления императоров уполномочили магистрата, к которому обращались с таким ходатайством, давать свободу рабу непосредственно.

В христианскую эпоху стали допускать еще и другой тип манумиссии (в святейших церквах, *in sacrosanctis ecclesiis),* заключавшийся в заявлении, которое хозяин делал перед собранием верующих, возглавляемым епископом.

§ 92. Ограничения манумиссии

Злоупотребление манумиссиями, происходившее в силу разных причин (не последнюю роль в этом играло тщеславие хозяев) в конце республиканского периода, породило массу согнанных с места людей, особенно склонную к бурным всплескам в предвыборных баталиях и потому неизменно опасную для общественного порядка. Отсюда характерная для августовской эпохи ограничительная тенденция в этом вопросе, нашедшая свое воплощение в двух знаменитых законах. Первый — *lex Fufia Caninia* (2 г. до н. э.) обязывал завещателя поименно называть тех рабов, которых следовало отпустить, и ограничивал их число, устанавливая, что оно должно быть соразмерным числу рабов, находившихся в собственности господина, и во всяком случае не превышать сотни. Второй — *lex Aelia Sentia* (4 г. н. э.) запретил отпускать на свободу раба моложе 30 лет, совершать манумиссию хозяевам моложе 20 лет (кроме как при наличии уважительных мотивов), а также совершать ее в ущерб кредиторам (§ 218).

В более позднюю эпоху существования империи под влиянием стоицизма в законодательстве и юриспруденции наметилась противоположная тенденция, всеми силами поощрявшая манумиссии *(favor libertatis).* Естественно, что в христианском законодательстве такие тен-

денции усилились еще больше. Поэтому законы *Fufla Caninia* и *Aelia Sentia* были отменены, за исключением запрета совершать манумиссию в ущерб кредиторам.

§ 93. Г) Приобретение свободы в силу законодательного распоряжения

В исключительных случаях и с изучением конкретных обстоятельств приобретение свободы может иметь место в силу предписания закона, когда свобода приобретается независимо от воли хозяина или даже против нее.

Ope legis в силу отдельных положений законов, изданных в классическую эпоху, делаются свободными: раб, брошенный хозяином, будучи в болезненном состоянии; раб, донесший об убийце хозяина; раб, проданный с тем, чтобы его отпустили на свободу, и не отпущенный впоследствии покупателем; рабыня, принужденная покупателем к занятию проституцией в нарушение договора, прямо запрещавшего это.

В юстиниановском праве количество случаев освобождения по закону становится огромным вследствие усиления *favor libertatis* (§ 92) и взятой на себя законодательством защиты христианства. Так, например, кроме раба, донесшего о виновных в различных проступках, свободным становился раб-христианин, приобретенный нехристианином, раб, который три года пробыл монахом, и т. д.

§ 94. Право патроната. Понятие и сущность

Отпущенный раб *(libertinus, libertus),* хотя он свободен и является гражданином, не вполне равен свободнорожденному человеку *(ingenuus),* и не только в общественном мнении, но и с юридической точки зрения. Во-первых, в каких-то специальных отношениях его права ограничены как в сфере общественной (невозможность быть выбранным на некоторые высокие должности), так и в частной жизни (отсутствие права *connubium* с лицами из сенаторского сословия, § 107). Во-вторых, вольноотпущенник продолжает быть частично привязанным к тому лицу, которое его отпустило, называемому *patronus,* и к его потомкам.

Вольноотпущенник принимает родовое и личное имя своего патрона с прибавлением «вольноотпущенник такого-то» и обязан оказывать ему повиновение и уважение, *obsequium et reverentia,* что включает запрет выступать против него с обвинением по уголовным делам и вчинять ему бесчестящие иски, обязанность оказывать ему ряд услуг, выражающихся в помощи патрону во всех затруднительных ситуациях, как того требуют принятые в обществе обыкновения.

Позднее стали требовать также, чтобы вольноотпущенник обязывался оказывать патрону особые *munera* (услуги) имущественного характера. Это осуществлялось посредством клятвы *(ius iurandum liberti,* клятва вольноотпущенника), предоставляемой, с чисто религиозным значением, еще до манумиссии и повторяемой сразу после нее уже с наступлением юридических последствий в полном объеме (клятвенное обещание, *promissio iurata,* § 237).

Патрон обладал также правом наследовать вольноотпущеннику, не имеющему прямых наследников, *sui heredes (bona,* § 318); кроме того, ему по праву принадлежала *tutela legitima* (законная опека) несовершеннолетнего вольноотпущенника и вольноотпущенницы.

Между патроном и вольноотпущенником существовала обоюдная обязанность предоставлять содержание в случае нужды, исполнения чего можно было добиваться *extra ordinem.*

§ 95. Прекращение права патроната

Возмутительная неблагодарность вольноотпущенника могла повлечь в рамках имперского права его возвращение в состояние рабства *(revocatio in servitutem).* И наоборот, патрон в наказание мог утратить свое право на патронат, если совершит по отношению к вольноотпущеннику тяжкие проступки, как, например, выдвинет против него обвинение в уголовном преступлении или откажется его содержать и т. д.

Начиная с эпохи Августа политическую и социальную неполноценность вольноотпущенника с вытекающей из нее невозможностью занять общественные должности можно было устранить дарованием золотого кольца, являвшегося отличительным знаком *ingenuus* (право золотых колец, *ius aureorum anulorum).* Однако полное приравнивание вольноотпущенника к свободнорожденному с вытекающим отсюда упразднением отношений патроната происходило лишь с *restitutio natalium* («восстановлением рода»), жаловавшимся императором в более позднюю эпоху с согласия патрона. Юстиниан даровал всем вольноотпущенникам обе вышеназванные льготы, хотя и сохранил в каждом случае в неприкосновенности все права патрона, которые могли быть прекращены лишь вследствие его добровольного отказа.

§ 96. Лица *in mancipio* (или *in causa mancipii,* в манципированном состоянии)

Личное состояние, которое, согласно Гаю, приближается к рабству *(servorum loco),* — это положение *filii familias* (мужского и женского пола), которых собственный *pater* манципировал другим лицам, пользуясь своим *ius vendendi* (продажи) или своим *ius noxae dandi* (вы-

дачи виновного, § 104), а также женщины *in manu,* которых манципировал *coemptionator* (§ 109, 131).

Речь здесь идет об институте недостаточно проясненном, хотя и имевшем широкое распространение, поскольку в более архаическую эпоху *patres familias* нередко прибегали к *ius vendendi* (§ 104). Однако он сделался куда более редким уже во времена поздней республики, когда к нему прибегали в не слишком частых случаях *noxae deditio* и проходных эпизодах применения *ius vendendi,* которые завершались эманципацией, *emancipatio* (§ 103), или усыновлением, *adoptio* (§ 121).

Лица *in mancipio* сохраняют *status libertatis* и *civitatis* и приравнены к свободным в плане личных прав. И правда, они могли вступать в брак и иметь законных детей. Однако с имущественной точки зрения их положение (хотя, как кажется, с некоторыми отличиями) в большей степени схоже с положением рабов, чем *filii familias*.

Положение лица *in mancipio* прекращается с *manumissio,* осуществлявшейся в тех же цивильных формах, как при освобождении рабов (§ 89).

В юстиниановском праве институт исчезает без следа.

§ 97. Другие особые состояния, отражающиеся на *status libertatis* лиц. Отсылка к предыдущему изложению

Говоря о *status libertatis,* не следует упускать из виду правовое положение, в коем пребывали некоторые свободные субъекты, юридическая правоспособность которых была, однако, в различной степени ограничена по причинам разного характера. Мы уже касались этих лиц и отсылаем теперь читателя к соответствующим параграфам: *addicti* и *nexi* (§ 19), *redempti ab hostibus* (§ 20), *auctorati* (§21), *coloni* (§ 23).

Глава II.
Status civitatis (гражданское состояние)

§ 98. Понятие и сущность гражданства

Пользование благами римского гражданства, *civitas Romana,* образует наилучшее состояние, *optimus status,* поскольку лишь гражданин обладает полнотой общественных и частных прав в сфере *ius civile,* представляющем собой, как говорилось, *iusproprium civium romanorum,* завидную прерогативу фаждан. Правоспособность в общественной сфере включает *ius suffrogii* и *ius honorum. Ius sujfragii* состоит в праве голосовать на комициях, т. е. осуществлять три базовых присвоенных комициям полномочия (законодательное, избирательное и судебное в уголовной сфере). *Ius honorum* состоит в праве быть избранным в магистратуры. В правоспособность в частной сфере входят, если говорить о самом существенном, *ius commercii, iusconnubii, testamentifactio,* и *patria potestas.*

Ius commercii дает право совершать юридические действия в формах и с результатами, установленными *ius civile; ius connubii* наделяет правом заключать законный брак *(iustae nuptiae); testamenti factio* наделяет правом отказывать по завещанию и получать по нему; наконец, *patria potestas* предполагает собой абсолютную юридическую власть, личную и имущественную, признаваемую за *pater familias* в отношении его потомков.

В современных правопорядках, если не принимать во внимание некоторые исключения непринципиального характера, принадлежность индивидуума к государству совпадает с гражданством, так что понятию гражданина обычно противостоит понятие иностранца. Напротив того, в рамках римской системы категория граждан, поначалу включавшая всех членов *civitas,* довольно скоро сделалась лишь одной (причем наименее многочисленной) из нескольких категорий индивидуумов, подвластных государству, которые разделялись на *cives, latini* и *peregrini.* Среди чужеземцев, которые находились вне римского общества, можно было выделить *externi, barbari* и *hostes* («внешние», «варвары» и «неприятели»). Таким образом, применительно к *status civitatis* индивидуального рассмотрения заслуживают три вышеуказанные категории, в одну из которых можно включить любое принадлежащее к римскому обществу лицо.

§ 99. *Cives romani* (римские граждане)

Гражданство приобреталось в Риме по праву крови, *iure sanguinis:* общее правило таково, что у родителей-фаждан ребенок рождался *civis.* Когда фажданином являлся лишь один из родителей, состояние ре-

бенка определялось иным образом, в зависимости от того, состояли ли родители в законном браке, *iustae nuptiae,* или же нет. Именно, в первом случае ребенок следовал состоянию, в котором находился на момент зачатия отец, а во втором — состоянию матери на момент родов, причем без тех офаничений, касающихся *media tempora* (средних промежутков), которые мы наблюдали в отношении *status libertatis* (§ 86). Правда, *lex Minicia* (возможно, от начала I в. до н. э.) устанавливал для этого второго случая, что человек, родившийся от гражданки и латина или перегрина, должен следовать худшему состоянию. Из такой ограничительной диспозиции были впоследствии, в соответствии с сенатусконсультом, относящимся к эпохе Адриана, исключены потомки отца-латина.

Помимо рождения, *civitas* мог также приобрести раб, отпущенный на свободу в цивильной форме (§ 86). Кроме того, его можно было приобрести по специальной законной льготе, *beneficia legis.* Так, например, вначале фажданином становился латин, бывший в своем городе магистратом. Другие льготы распространялись на мать троих детей, на того, кто обличил коррумпированного магистрата, и т. д.

Еще гражданство можно было приобрести посредством «натурализации», т. е. пожалования, дававшегося индивидуумам, или целым классам лиц (например, одержавшие победу воины), или целым этническим общинам. Примерами этого последнего рода являются пожалования фажданства, сделанные в течение I в. до н. э. всем италикам Цизальпийской, а потом и Трансальпийской Галлии.

Гражданство, поначалу ревностно охранявшееся и бывшее яблоком раздора в стоивших немалой крови исполинских конфликтах, бушевавших в конце республиканского периода, стало теперь расширяться на все больший круг лиц, и в период империи этот процесс постоянно и неумолимо ускоряется, находя свое завершение в знаменитом эдикте от 212 н. э. *(constitutio Antoniniana),* которым Антонин Каракалла пожаловал римское гражданство всем обитателям империи («ш *orbe romano quisunt»).* Мотивы такого пожалования и его ограничения — специальная тема, рассматриваемая в курсе «История римского права». Здесь будет достаточно отметить, что с *constitutio Antoniniana* оказалось упраздненным тройственное деление подданных на *cives, latini* и *peregrini,* вследствие чего в послеклассической и юстиниановской правовой системе имелось лишь противопоставление фаждан и чужеземцев.

Гражданство утрачивалось вместе со свободой, однако его можно было лишиться и сохранив свободу. Это происходило, когда гражданин прибегал к *ius exulandi,* праву спастись бегством, т. е. отправиться в изгнание, от тяжкого приговора («запрет воды и огня», *interdictio aquae et igni,* которое сделалось самостоятельным наказанием в кара-

тельной системе *crimina).* Еще гражданство утрачивалось как побочное следствие наказания *deportatio in insulam* («высылка на остров») или вследствие добровольного отказа гражданина, который переезжал в колонию и принимал *status latinus coloniarius* (§ 100).

§ 100. *Latini* (латинские граждане)

Следующая категория вышеперечисленных римлян — это *latini,* которые в свою очередь делятся на *prisci* или *veteres* (старинных), *coloniarii* (колониальных) и *iuniani* (юниевых).

Древние общины, обитавшие в Лации, образовывали с Римом конфедерацию (Латинский союз), которая, по крайней мере формально, признавала их полный суверенитет и юридическое состояние, потенциально приближавшееся к тому, которым обладали *cives Romani.* Вследствие этого их граждане (которым было даже дано право на приобретение римского гражданства, если они постоянно переселялись в Рим) пользовались в определенных пределах *ius suffragii* и в области частного права — *ius commercii* и *ius connubii* с *cives.* Когда в 338 до н. э. Латинский союз был распущен, некоторые города латинов были присоединены к Риму, а другие остались независимыми, однако за их гражданами были сохранены те права, которыми они пользовались в рамках Латинского союза. Они-то и являлись так называемыми *latini prisci* или *veteres.*

Latini coloniarii сделались ими, обосновавшись в колониях *(coloniae),* которые Рим основывал на постепенно покоряемых территориях, и утратив поэтому изначальный *status civitatis (cives,* или также *peregrini).* Их ситуация в значительной мере повторяла ту, в которой находились *latini prisci,* пусть с некоторыми ограничениями (иной раз они не имели *ius connubii).*

Класс *latini iuniani* (название которых происходит от *lex Iunia Norbana,* § 90) образовывали главным образом рабы, отпущенные в преторской форме или хозяевами, которые имели на них только преторскую собственность (§ 137), однако к ним присоединялись другие свободные, которые в силу разных причин были лишены гражданства. Их положение хуже, чем у других латинов, поскольку они *«moriuntur ut servi»* («умирают как рабы»), в том смысле, что их имущество не передается по правилам наследственного преемства, но возвращается патрону *iure peculii,* т. е. точно так, как это случается с пекулием после смерти раба (§ 84). Кроме того, они располагали лишь ограниченной способностью приобретать по завещанию.

§ 101. *Peregrini* (чужестранцы)

На основе наблюдений, сделанных относительно римского представления о гражданстве (§ 98), становится понятно, что статус

peregrinus — это не чисто негативное состояние, но положительная категория, которая дает субъекту вполне определенную, пусть ограниченную правоспособность. Действительно, *peregrini* лишены права пользоваться *ius civile,* однако могут завязывать с *cives* юридические отношения, признаваемые и тем особым правопорядком, каким является *ius gentium* (§ 6 Б).

В силу этого можно рассуждать о приобретении качества *peregrinus,* дающего субъекту юридическое признание, которого не имеют чужестранцы (т. е. не подданные).

В частности, *peregrini alicuius civitatis* («перегрины, принадлежащие к какой-либо общине») называются обитатели покоренных Римом областей. Помимо того что они пользуются в отношениях с римлянами *ius gentium,* они продолжают пользоваться, в своих внутренних частных отношениях, своим национальным правопорядком. *Peregrini dediticii* («покоренные перегрины») называются члены тех общин, которые были распущены за то, что сопротивлялись римскому оружию до последнего. Они пользуются *ius gentium,* однако их собственное *ius civile* уже не признается. К этим *dediticii,* согласно *lexAelia Sentia* (о котором мы говорили в связи с манумиссиями, § 92), были приравнены те вольноотпущенники, которые во время своего рабства подверглись позорящим наказаниям *(dediticii aeliani).*

Глава III.
Status familiae (семейное состояние)

§ 102. Строение римской семьи

В наиболее древний период существования квиритского права мы сталкиваемся в римской семье со свойствами, радикальным образом отличающими ее от семьи эпохи Юстиниана и от современной семьи. И в самом деле, она представляет собой объединение лиц, основанное не на природном или кровном родстве *(cognatio,* когнатское родство, § 122), но на общей для всех связи юридического подчинения главе *(adgnatio,* агнатство). Ее главой является *pater familias,* абсолютная власть которого над всеми членами семьи выражается в общей форме термином *potestas,* которая разделяется на *patria potestas* над детьми и *dominica potestas* над рабами. С имущественной точки зрения в подчинении *pater* пребывают еще женщины *conventae in manum,* т. е. вошедшие в семью в связи с браком (жена, сноха и т. д.) или по иным особым основаниям *(coemptiones fiduciae causa,* фидуциарная покупка, § 131), и лица, находящиеся *in mancipio* (§ 96).

Когда *paterfamilias* умирает, все его потомки, у которых нет здравствующего отца, становятся самовластными *(sui iuris),* каждый делается в свою очередь *pater familias. Familia (proprio iure,* самостоятельная) дробится тогда на столько семей, сколько имеется потомков *pater,* становящихся теперь *sui iuris.* Совокупность таких *familia proprio iure,* характеризуемых тем фактом, что *patres* в них — лица, находившиеся под *potestas* одного и того же родоначальника, образует так называемую *familia communi iure* (семью по общему праву)[1].

Группу более значительных размеров образует далее род, *gens,* составленный из *familiae,* которые по причине уходящего в глубь истории общего происхождения сохраняют общее имя, *nomen*[2].

Все имущественные отношения, возникающие между членами *familia,* остаются замкнутыми внутри нее, будучи упорядоченными

[1] Эта группа объединяет всех агнатов *(familia omnium agnatorum)* — лиц, происходящих из одной патриархальной семьи и не подвергавшихся *capitis deminutio minima.* Приобретение подвластными статуса домовладыки в результате смерти *pater familias* не сопровождается *capitis deminutio minima.* Таким образом, к агнатам относятся не только те лица, которые состояли во власти одного общего домовладыки, но и те, которые состояли бы в ней, будь он жив (независимо от его удаленности в ряду поколений).

[2] В отличие от большой агнатской группы *gens* восходит не к действительному, а к легендарному предку или даже тотему.

домашним обычаем. В связях с внешним миром только *pater familias* выступает как *sui iuris,* все прочие члены семьи — *alieni iuris* (несамостоятельны).

Однако постепенно, по мере того как в ходе римской истории государство завоевывало все более сильные позиции по отношению к отдельным семейным группам, они распадались, утрачивая мало-помалу свою изначальную значимость. В упадок приходит отношение юридического подчинения власти *pater(adgnatio),* и напротив, все большее признание завоевывает и все большее значение обретает связь природного родства *(cognatio). Patria potestas* слабеет и изменяется по содержанию, как мы это сейчас увидим, приспосабливаясь к новой функции, аналогичной современной родительской власти.

§ 103. Приобретение и утрата *patria potestas* (отцовской власти)

Pater familias приобретает *potestas* над детьми, произведенными им на свет в законном браке *(iustae nuptiae)* начиная с момента их рождения. Считается, что он произвел на свет детей, рожденных женой *(«pater is est quem nuptiae demonstrant»,* отец тот, на кого указывает законный брак), лишь бы они появились на свет не ранее 180 дней после заключения брака и не позднее 300 дней после его прекращения.

Filius familias после смерти своего *pater* становится в свою очередь *pater familias* и тем самым приобретает власть над собственными детьми, которые были до этого подчинены деду.

Наконец, *paterfamilias* приобретает *potestas* над «побочными» детьми (§ 119), их узаконивая (§ 120).

Однако *pater familias* может приобрести власть не только над детьми, произведенными им на свет, но еще и над посторонними лицами, которые оказываются ему подчинены в качестве *filii familias* посредством юридического действия, называемого *adoptio* (§ 121).

Римский правопорядок рассматривает *patria potestas* как постоянную, и потому она, как правило, прекращается лишь со смертью *pater.* С этого момента первоначальная семья раскалывается на столько новых семей, сколько в ней сыновей *(familia communi iure,* § 121).

Кроме смерти прекращение *patria potestas* вызывается фактами, определяющими *capitis deminutio* субъекта (§ 16).

Наконец, особый случай прекращения *potestas* над сыном образует его *emancipatio,* т. е. освобождение от отцовской власти. С этой целью, поскольку нельзя было и помыслить о том, чтобы *pater* сам отказался от *patria potestas,* прибегали к обходному средству. В Законы XII таблиц было внесено положение, имевшее целью обуздать злоупотребление продажами *filii familias.* Норма эта угрожала утратой *patria potestas* тому *pater,* который трижды продал сына *(«si pater filium ter venum duit,filius*

a patre liber esto»). Поэтому *pater familias* трижды «продавал» в форме *mancipatio* (§ 148) собственного сына своему другу, который получал его *in mancipioX§* 96). Первые два раза друг его отпускал с помощью манумиссии, а в третий раз манципировал его обратно отцу. В этот момент *patria potestas* прекращалась, и сын, сделавшийся в том, что касается *adgnatio,* посторонним семье, в которой появился на свет, с проистекающей отсюда утратой всех прав по отношению к ней, включая в первую очередь право преемства (даже если связь *cognatio* продолжала существовать), вновь попадал *in mancipio* отца, который, совершив еще одну манумиссию, делал его *sui iuris.*

Эта процедура могла применяться также к дочерям и потомкам последующей степени (внуки, правнуки), находившимся *in potestate,* для которых было достаточно одной «продажи» с последующей *manumissio.*

§ 104. Личное содержание *patria potestas*

Абсолютная власть *pater* над детьми проявляется в некоторых его полномочиях, которые *mores* признают за ним *ab antiquo,* вследствие *ius vitae ac necis* («права жизни и смерти»), связанного с его *potestas.*

Прежде всего *pater* мог предать смерти собственных потомков. Правда, пользование этим правом обретало свое ограничение в самом же обычае, поскольку считалось достойным осуждения, если *pater* предавал смерти лицо, находившееся в его власти, не посоветовавшись прежде относительно целесообразности такой меры с домашним советом, *consilium domesticum,* образованным наиболее влиятельными *adgnati.* Когда узды, накладываемой *mores,* стало недостаточно, пользование *ius vitae ac necis* стало ограничиваться, с одной стороны, законодательством, а с другой — контролем, осуществлявшимся над частной жизнью граждан цензорами.

Как мы уже видели, *pater* благодаря его *potestas* принадлежало *ius vendendi,* которое использовалось поначалу, надо полагать, нередко, раз Закон XII таблиц грозил лишением *patria potestas* тому, кто трижды продал сына (§ 103). Это полномочие постепенно вышло из употребления и сохранилось на практике лишь как средство осуществить *emancipatio* (§ 103) и *adoptio* (§ 121). Как кажется, это право совершенно отмерло еще до Константина и было формально упразднено Юстинианом, за исключением случаев крайней нищеты.

Наконец, *pater* принадлежало *ius noxae dandi,* позволявшее ему передать пострадавшему лицу того члена своей семьи, который оказался виновным в деликте. Это давало возможность избежать косвенной ответственности, которую в противном случае ему пришлось бы нести (§ 79).

Личный характер *patria potestas* проявляется еще и в *vindicatio filii* (истребовании сына), принадлежащем *pater* в отношении всякого лица, у которого находится кто-то из его подчиненных. Этому иску претор дал свою защиту посредством интердикта, называвшегося *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* (о предъявлении и приводе детей).

§ 105. Имущественное содержание *patria potestas*

Все лица, подчиненные *potestas* отца, не имеют никаких имущественных прав *(«nihilsuum habere possunt»*, «не могут иметь ничего своего»). Всякая имущественная выгода (вещное право, требование по обязательству, наследство), которая могла им достаться, автоматически обращалась в имущество *pater.* И напротив, он не нес никакой ответственности за долги, которые могли сделать его подвластные, за исключением, как уже говорилось (§ 84, 104), тех, что происходили вследствие деликта, *ex delicto*.

Правда, в определенных случаях претор давал третьим лицам, вступавшим в деловые отношения с лицами *alieni iuris,* возможность привлечь *pater familias* к суду с помощью исков, в которых полномочия отца оказывались соединенными с действиями сына *(adiectafilii persona, actiones adiecticiae qualitatis)*. Это те же самые случаи, с которыми мы уже знакомы по поводу долговых обязательств раба (§ 84): *actio quod iussu, institoria, exercitoria* и т. д.

Кроме того, *pater familias* мог предоставить своему сыну, как и рабу, пользоваться *peculium,* иметь его в своем свободном управлении. *libera administratio*. По праву этот пекулий продолжал принадлежать *pater,* однако фактически он, в соответствии с общественными обыкновениями, рассматривался как принадлежащий сыну. В пределах стоимости пекулия *pater* должен был принимать на себя ответственность за сделанные сыном долги, что исполнялось посредством преторской *actio de peculio*.

Затем, начиная с Августа, для *fllii familias,* находившихся на военной службе, императорским пожалованием был введен *peculium castrense* , (лагерный пекулий), куда входило все то, что было ими приобретено в качестве военных («ш *castris»,* «в лагерях»), — жалованье, военная добыча, премии. Сын имел право распоряжаться этим пекулием *mortis causa* посредством завещания, а впоследствии — также распоряжаться им *inter vivos.* Содержимое военного пекулия мало-помалу расширялось на все приобретения, совершенные сыном не *in castris,* но в связи с военной жизнью (например, подарки, полученные при выступлении в поход).

Начиная с Константина и после него стал появляться так называ-

емый пекулий *quasi castrense,* образованный приобретениями, совершенными сыном, который отправлял общественные должности, занимал церковные посты либо посвящал себя свободным искусствам.

Равным образом подразумевалось само собой, что сыну причитаются все приобретения, поступавшие к нему из материнского наследства *(bona materna)* и, после Константина, вообще со стороны родственников по женской линии *{bona materni generis)* или от брака *(Шсга nuptialia,* «брачные выгоды»). Отец пользовался всем этим при жизни, так что это был, вообще говоря, своего рода узуфрукт.

Как видим, в юстиниановскую эпоху изначальный принцип имущественной неправоспособности *filius familias* оказывается ниспровергнутым. Все приобретенное им принадлежит ему же. Отец обладает в отношении его добра своего рода законным узуфруктом (§ 176) подобно тому, что имеет место в современном праве.

Глава IV.
Брак

§ 106. Характер римского брака

Римский брак по своему характеру принципиально отличался от современного. Каноническое право усматривает в браке в одно и то же время таинство и договор, современное гражданское право — сложную юридическую сделку, в которой участвуют волеизъявления сторон и государства. Римское же право рассматривало брак как фактическое состояние вещей *(resfacti),* хотя и влекущее за собой важнейшие юридические последствия.

В нашем праве брак возникает посредством начального торжественного акта — «бракосочетания», и прекращается лишь в результате столь же торжественного акта (юридическое постановление о разводе) или смерти одного из супругов. Римский же брак по самой своей сущности оставляет такой начальный торжественный акт без внимания. Он возникает и существует постольку, поскольку фактически имеются в наличии два фундаментальных элемента: сожительство (объективное требование) и супружеская любовь, *maritalis affectio* (субъективное требование), поэтому при отсутствии одного из этих моментов прекращается.

Однако по тому характеру *resfacti,* который римляне приписывали браку, ни в коем случае не следует заключать об их материалистических воззрениях на сами эти отношения. Напротив, римское представление о браке высоко духовное и исполнено благородства.

Брак основан на постоянной *affectio maritalis,* которая сообщает совместному проживанию характер возвышенного достоинства. Отсутствие *affectio* расторгает его *ipso iure,* поскольку теперь брак являлся бы лишь «узами» в изначальном смысле этого слова.

Первый из двух моментов, образующих брак, сожительство, не следует понимать в грубоматериальном смысле, как постоянное совместное проживание супругов или постоянное пребывание супруги в доме мужа. После того как брак осуществился, необходимо лишь, чтобы супруги рассматривались как сожительствующие в соответствии с общественными обыкновениями. Ясно поэтому, что препятствием к этому не могут служить периодические и нерегулярные отлучки — по делам, для отдыха и т. д. Однако будет уместно, если сожительство начнется недвусмысленно и публично, с торжественного вступления невесты в дом мужа *(decluctio in domum mariti).*

Другой момент, образующий брак, *affectio maritalis,* состоит во взаимном намерении супругов жить совместно и единобрачно в том супружеском общежитии, которое благородно определяется римской юрис-

пруденцией как *«consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio»* («полная общность жизни, слияние в божеском и человеческом праве»). Если говорить о психологическом моменте, то наличие *maritalis affectio* следует усматривать в каждом конкретном случае во взаимном поведении супругов, в исполненном высокого достоинства положении, которое женщина занимает в доме по отношению к подвластным лицам и гостям, в присваиваемом ей почетном именовании *mater familias,* в уважении, оказываемом ей детьми, в знаках повышенного внимания, которыми окружает ее супруг. Все эти проявления в совокупности носят наименование *honor matrimonii* (престиж брака) и отличают жену *от* наложницы.

§ 107. Предварительные условия брака

Чтобы брак мог иметь место, необходимо одновременное наличие некоторых существенно важных и непременных предпосылок:

а) *Status libertatis (союз* между рабами есть не брак, но сожительство в узком смысле, *contubernium).*

б) *Connubium* или *ius connubii,* т. е. юридическая способность создать *iustae nuptiae.* Ею обладали не только *cives,* но также *latini prisci.* Когда *connubium* нет, *iustae nuptiae* не возникает, и потому брак может быть действительным лишь по *ius gentium,* но не по *ius civile.*

В некоторых случаях, однако, хотя *ius connubii* в абсолютном смысле и имеется, в смысле относительном, т. е. применительно к отдельным категориям лиц, его нет. Так, до принятия *lex Canuleia* (445 г. до н. э.) патриции не могли вступать в брак с плебеями; согласно *lex Iulia de maritandis ordinibus,* инициированному Августом, лица, принадлежавшие к сословию сенаторов, не могли жениться на вольноотпущеннице или на женщине легкого поведения; провинциальный магистрат не мог жениться на провинциалке, а военный — на женщине, проживающей там, где размещается гарнизон. Опекун не мог жениться на подопечной, а в соответствии с правом христианской эпохи православный не мог жениться на иудейке.

ConnuЫum мог отсутствовать также и по причинам родства, природного или приемного. Препятствием к браку служило прямое родство (по восходящей и нисходящей линии) любой степени и побочное родство, в древности вплоть до шестой степени, впоследствии — до четвертой. Один сенатусконсульт, инициированный императором Клавдием с тем, чтобы позволить ему жениться на своей племяннице Агриппине, разрешал брак дяди и племянницы, однако в послеклассическом праве вернулись к предыдущему регулированию. Разумеется, здесь имело значение не только цивильное родство *(adgnatio),* но также, причем в первую очередь, родство кровное *(cognatio).*

в) Физическая состоятельность. В брак не могут вступать кастраты. Что касается возраста, требуется достижение *pubertas* (§ 26).

г) Фактическое несуществование другого брака. Римский брак — моногамный. Следует также упомянуть восходящее к древним *mores* запрещение вдове вступать в новый брак до истечения десяти месяцев (в послеклассическую эпоху — года) после смерти предыдущего мужа. Это делалось с целью избежать сомнений в отцовстве *(turbatio sanguinis,* «возмущение крови») ребенка, который мог появиться на свет: в самом деле, если после прекращения предыдущего брака женщина рожала, требование о соблюдении указанного срока снималось. Правда, несоблюдение такого запрета не влекло за собой ничтожности брака, но в древности навлекало на нарушителей кары сакрального характера, а впоследствии — *infamia.*

д) Согласие супругов: *«nuptias non concubitus sed consensus facit»* («бра возникает не от совокупления, но в результате согласия»). Если супруги *alieni iuris,* необходимо также согласие *pater familias* (но не матери, которая не осуществляет *potestas).* Для *filius familias,* с учетом того что его возможные потомки также окажутся *in potestate,* необходимо согласие не только того родственника по мужской восходящей линии, который является носителем *potestas* в данный момент (например, деда по отцу), но также и других промежуточных родственников по восходящей линии (например, отца), поскольку в будущем дети, которые появятся от этого брака, могут стать его наследниками. Иначе обстояло дело с дочерью, потомки которой должны были принадлежать к семье мужа, так что для нее было поэтому достаточно согласия *pater familias.*

С ослаблением былой мощи *patria potestas* стало допускаться, чтобы магистрат принуждал *pater* к тому, чтобы он не отказывал в своем согласии без основательной причины *(lex Iulia et Papia).* Сделалось возможным и исходить из предположения его согласия, если он не был в состоянии его дать, поскольку отсутствовал или был умалишенным, *furiosus.* Наконец, приравненным к согласию отца оказалось согласие матери.

§ 108. Помолвка *(sponsio)*

Это название произошло от древнего обычая обмениваться от собственного имени или от лица своих детей *alieni iuris* торжественными обещаниями заключить брак в будущем *(«sponsio et repromissiofuturarum nuptiamm»),* произведенного в архаической форме *stipulatio,* носившей имя *sponsio* (§ 235). В классическую эпоху, однако, помолвка уже не связана с формой *sponsio* и потому более не определяет собой никакой обязанности, но образует лишь преддверие брака, которого требуют

сложившиеся в обществе обычаи. Правда, когда помолвка имеет место, она влечет за собой юридические последствия: она создает как бы свойству (§ 124) между помолвленными и их родственниками; узаконивает право жениха на вчинение *actio iniuriarum* в защиту невесты и *accusatio adulterii* за ее измену; препятствует под страхом бесчестья совершению в это же время другой помолвки; требует согласия *pater familias* и отсутствия препятствий в части родства, как и для брака (§ Ю7).

В классическую эпоху помолвка не обязывала заключить обещанный брак, потому что это вступало бы в противоречие с воцарившейся свободой брачных отношений. Напротив того, такая свобода обеспечивалась тем, что в качестве ничтожных рассматривались возможные *stipulattones poenae,* которыми сопровождалась помолвка и посредством которых можно было бы требовать уплаты штрафа той стороной, которая не сдержала обещания относительно брака.

Впоследствии наметилось движение в обратном направлении, когда в Риме в течение IV в. н. э. был введен институт восточного происхождения, *arrha sponsalicia,* предоставление женихом задатка с той оговоркой, что если он не сдержит слова, то лишится внесенной *arrha.* Если же брак не состоится по вине невесты, она должна возвратить полученную сумму в четырехкратном размере (позже — в двойном). Разумеется, действенным средством для того, чтобы принудить к заключению брака, это не было, однако косвенное давление на волю вступающих в брак тем самым оказывалось.

§ 109. *Manus. Conventio in manum* (переход во власть мужа)

В седой древности все браки заключались *cum manu.* Это означало, что вследствие брака жена вступала в агнатскую семью мужа и оказывалась, поскольку попала *in manu* мужа, в состоянии *alieni iuris* — по отношению то ли к самому мужу, то ли к свекру или деду, если также и муж был *alieni iuris.* Если до брака жена была *alieni iuris,* то она выходила из-под отцовской *potestas* лишь для того, чтобы попасть под *manus* мужа; если она была *sui iuris,* то по случаю *conventio in manum* она утрачивала все свои права, в которые вступал теперь муж в силу всеобщего преемства *inter vivos,* аналогичного наследственному преемству (§ 266).

У римлян архаического периода имелось два способа приобретения *manus: confarreatio* и *coemptio matrimonii causa.* Хоть они и требовались для того, чтобы наступило *conventio in manum,* однако не являлись необходимым требованием для действительности брака, поскольку он, как было сказано, основывался лишь на сожительстве и на *maritalis affectio.*

Confaireatio, которая была в обыкновении у патрициев, представляла собой торжественный обряд религиозного характера, который осуществлялся в присутствии десяти свидетелей и *Pontifex Maximus* и заключался в посвященном Юпитеру священнодействии, с жертвоприношением и общим совершением священных возлияний и вкушением полбенного хлеба[1]. *Coemptio* состояла в особом применении *mancipatio.*

В отсутствие этих двух форм муж мог приобрести *mcmus* в отношении жены посредством архаического института «давности», *usus,* т. е. вследствие непрерывного проживания женщины в доме мужа в течение года.

Однако брак, сопровождавшийся *conventio in manum,* вполне созвучный строению архаической патриархальной семьи, вследствие ее распада начал создавать значительные неудобства. Принуждение к тому, чтобы женщина во всех случаях вступала в агнатскую семью мужа, стало теперь представляться излишним. Поэтому получила распространение практика брака *sine manu,* который хоть и продолжал оставаться законным браком, *matrimonium iustum,* однако без *conventio in manum.* С этой целью, поскольку *confarreatio* (сохранявшаяся лишь в качестве необходимого требования для занятия некоторых жреческих должностей патрицианского происхождения) вышла из употребления еще в конце республиканского периода, римляне отказались также и от *coemptio,* а чтобы обойти *usus,* чаще всего пользовались средством *usurpatio trinoctii.* Оно состояло в том, что каждый год женщина на три ночи подряд покидала семейный кров, прерывая таким образом сожительство и избегая *conventio in manum.*

В браке *sine manu* муж не приобретал никакой власти над женой, которая, если она *alieni iuris,* оставалась под отцовской *potestas* и сохраняла все права, связанные с ее принадлежностью к родной семье. А если жена *sui iuris,* она сохраняла свою личную и имущественную самостоятельность. Однако женщина, как правило, помогала облегчению экономических трудностей, связанных с браком, — посредством внесения приданого (§ 113).

§ 110. Расторжение брака

А) Объективные основания

Как уже говорилось (§ 106), римский брак прекращался не только со смертью. К его расторжению могли привести объективные или невольные причины и причины субъективные, зависящие от воли супругов или их *patres familias.*

[1] *Farris* — полба, сорт пшеницы, откуда и название ритуала («причащение хлебом»).

Объективные причины расторжения брака — те, которые упраздняют одно из необходимых для действительности брака предварительных условий, с которыми мы знакомы (§ 107). Итак:

а) Утрата свободы *(capitis deminutio maxima)* одним из супругов. И действительно, с рабом невозможен *matrimonium,* но лишь *contubernium.* Если утрата свободы была связана с попаданием в плен во время войны, к браку, как уже говорилось (§ 87), не применялось *ius postliminii,* поскольку по возвращении из плена необходимо было возобновить заново, *ex novo,* оба существенных момента брака. Считалось, однако, что женщина не может вступить в новый брак в то время, когда муж находится в плену. Юстиниан ограничил этот запрет пятью годами с начала плена.

б) Утрата гражданства *(capitis deminittio media)* одним из супругов. Это упраздняло *connubium* в абсолютном смысле, и брак продолжал считаться действительным лишь согласно *ius gentium.*

в) Назначение мужа вольноотпущенницы сенатором. Приводило к относительному отсутствию *connuЫum.* Это упраздняющее основание было отменено Юстинианом.

г) *Incestum superveniens* (наступающее кровосмешение). Возникает в случае, когда посредством усыновления (§ 121) создается агнатское родство между супругами, которое может служить препятствием к браку. Например, тесть усыновляет зятя, который делается в результате, с точки зрения гражданского права, братом (приемным) собственной жены.

§ 111. Б) Субъективные основания
а) Развод

Субъективным основанием расторжения брака, вызываемым волей супругов, является прекращение *maritalis affectio,* которое может быть односторонним или обоюдным. В этом случае говорится о *divortium* (от *divertere,* разделяться) или, для случая одностороннего расторжения, еще о *repudium,* который, если быть более точным, есть акт, которым один супруг извещает другого (как правило, муж жену) о намерении прекратить брак.

Из того что было сказано о сущности и основаниях римского брака, ясно, что свободе развода тут не могли быть установлены пределы. Правда, мощными средствами против развода на протяжении длительного времени служили здравые обычаи и несокрушимая нравственность архаического римского общества. Муж, который вздумал развестись с женой, был обязан, под угрозой цензорского порицания, *nota censoria,* представить причины своего решения домашнему суду, *iudicium domesticum,* который взвешивал их серьезность и целесообразность.

Разумеется, отрицательное мнение, представленное *iudicium domesticum,* не было в состоянии помешать расторжению брака, который на деле был уже расторгнут с прекращением *mahtalis affectio*. Однако в таком случае *iudicium domesticum* мог принять неблагоприятное для мужа решение по урегулированию имущественных отношений бывших супругов, оказав таким образом значительное давление на волю мужа, который был бы побужден к тому, чтобы еще поразмыслить над своим решением.

В конце республики, по мере расшатывания древних обычаев и распада здорового семейного уклада, в Риме воцаряется злоупотребление разводами, которые делаются прямо-таки модой. Для того чтобы положить предел этому пагубному обычаю, оказывается недостаточным учреждение *iudicium publkum de moribus* (общественный совет по вопросам нравственности), который заменяет исчезнувшее к тому времени *iudicium domesticum*. Один остроумный римский писатель сообщает нам, что теперь женщины ведут счет годам не по консулам, но по числу мужей, которых они сменили!

Начиная с послеклассической эпохи пребывавшее под влиянием христианской морали имперское законодательство попыталось положить предел злоупотреблениям, пускай даже оно не могло запретить развод, который был присущ римскому браку по самой его сути. Односторонний развод стал рассматриваться в качестве законного, если происходил по справедливым основаниям, *ex iusta causa,* т. е. из-за тяжкой провинности другого супруга (супружеская неверность жены, внебрачная связь мужа, тяжкие *crimina* и т. д.), или же *bona gratia,* т. е. по оправданным мотивам, не требующим вины другого супруга (импотенция, обет девственности, попадание в плен и т. д.). Напротив того, *repudium sine causa,* хотя также влекло за собой расторжение брака, каралось строгими санкциями, простиравшимися от изъятия приданого до *deportatio in insulam* (высылка на остров). Что касается согласованного развода (не имеющего основательной причины, но происходящего лишь по обоюдному согласию сторон), то он рассматривался в качестве законного на протяжении всего послеклассического периода. Впоследствии, при Юстиниане, он стал караться теми же санкциями, что были предусмотрены для *repudium sine causa,* однако Юстин II, взошедший на престол за Юстинианом, вновь предоставил в отношении него полную свободу.

Развод не требует никакой торжественной формы. Однако относящийся ко времени Августа, когда общество захлестнула волна разводов, *lex Iulia de adulteriis* (закон Юлия о прелюбодеянии) предписывал с целью внесения ясности в семейное положение граждан, чтобы о

разводе оповещали публично в присутствии семи свидетелей.

Иное дело — происходившее вследствие развода расторжение *manus* (в случае наиболее древних браков, сопровождавшихся *conventio in manum).* Для этого использовалась процедура, противоположная той, которая вела к его возникновению: *diffarreatio* по отношению к *confarreatio; remancipatio* и последующая *manumissio* по отношению к *coemptio* и, быть может, также к *usus.*

§ 112. б) Воля *patres familias* (домовладык) супругов

В браках, возникавших *sine manu, pater familias* жены, сохранивший над ней *patria potestas,* мог потребовать ее к себе, сделав таким образом невозможным то сожительство супругов, которое является одним из элементов, образующих брак.

Далее, всякий раз, когда оба супруга были *alieni iuris,* один из *patres* был вправе по своему усмотрению расторгнуть их брак, запретив сожительство. Впрочем, впоследствии Антонин Пий запретил расторгать брак по причине неоправданного произвола *pater familias,* чему поначалу противодействовал лишь обычай.

§ 113. Имущественные отношения между супругами. Приданое: понятие и способы установления

Характерным для римского общества институтом, связанным с браком, было, начиная с древнейшей эпохи, «приданое» *(dos).* Оно заключается в любого рода вкладах имущественного характера (движимое и недвижимое имущество (§ 39), требования по обязательствам, иные права), которые сама жена, ее *pater familias* либо третье лицо передают мужу, чтобы оказать ему помощь в несении тягот брака *(ad sustinenda onera matrimonii).* Приданое, исходящее от *pater,* называется *profecticia* («приспевшее»), то же, что происходит из иных источников — *adventicia* («со стороны»).

Установление приданого не было юридической обязанностью, а диктовалось обычаем. Правда, в позднюю эпоху стали принуждать *pater familias* выделить имущество дочери, когда он из прихоти отказывался это сделать, препятствуя таким образом браку *(«filia indotata filia inlocabilis»,* «без приданого дочь замуж невмочь»).

Приданое может быть установлено: посредством обещания приданого, *promissio dotis,* что является *stipulatio* (§ 235), которым лицо, создающее приданое, обязывается впоследствии передать мужу соответствующее имущество; посредством *dictio dotis* (§ 236), вербального акта того же содержания, который могут совершать жена или ее *paterfamilias* либо их должник; или, наконец, посредством *datio dotis,* которое отличается от двух первых форм тем, что оно заключается не в обеща-

нии, а в непосредственной и реальной передаче мужу отдельных предметов, составляющих приданое. Так что речь в данном случае идет не о типичной юридической сделке, носящей данное название (т. е. приданое), а о результате, которого можно добиться посредством совершения сделок, требуемых для обеспечения перехода собственности *(mancipatio, traditio* и т. д.) в силу самой природы образующих приданое объектов.

§ 114. Право мужа на имущество, входящее в приданое

Первоначально муж как собственник приданого мог распоряжаться им по своему усмотрению. Однако когда архаическая щепетильность и нравственность *patres familias* пришла в упадок, сделались необходимы юридические препоны, дабы помешать мужу промотать приданое, которое неизменно воспринималось неразрывно связанным со своим назначением *sustinere onera matrimonii* («нести тяготы брака»). Так, *lex Iulia de adulteriis* запрещал мужу без согласия жены отчуждать земельную собственность в Италии, входившую в состав приданого, и во всех случаях — обременять ее ипотекой. Впоследствии запрещение было распространено на все недвижимое имущество, а Юстиниан запретил его отчуждать даже при согласии жены.

Что касается движимого имущества, входящего в приданое, свободное распоряжение им мужем было ограничено его возможной ответственностью при акте возврата приданого, который обыкновенно следовал за расторжением брака. С этой целью было распространено правило производить в момент установления приданого оценку входящего в него имущества *(dos aestimata),* которая делала мужа должником на сумму оценки[1].

§ 115. Возврат приданого

Из специального назначения приданого проистекало то следствие, что после расторжения брака у мужа нет никаких оснований его удерживать и потому он считался обязанным его возвратить. Правда, принцип этот утверждался лишь постепенно, и право на возвращение приданого поначалу осуществлялось лишь посредством обходных средств. С этой целью первое время пользовались *cautio de restituenda dote* (гарантия о возврате приданого), т. е. *stipulatio,* посредством которой

[1] Суть *aestimatio* не в точном определении объема ответственности мужа по иску о приданом (которая в любом случае ограничивалась его платежеспособностью — *beneficium competentiae),* а в перераспределении риска *(periculum),* так что муж становился безусловным должником супруги (или ее домовладыки), когда наступление невозможности исполнения было юридически исключено.

муж в момент установления приданого обязывался возвратить его в случае расторжения брака *(dos recepticia)*. И тогда при наступлении этого условия собственное обещание связывало его обязанностью возврата *{actio ex stipulatu,* иск на основании стипуляции).

На случай своей смерти муж обыкновенно оставлял приданое жене посредством легата (прелегат приданого, *praelegatum dotis,* § 328). Кроме того, мужа могли счесть обязанным вернуть приданое в случае развода или одностороннего расторжения брака по результатам *iudicium publicum,* о котором мы уже говорили (§ 111). И в самом деле, входившие в этот суд арбитры рассматривали, помимо целесообразности развода, также и участь приданого *{arbitrium rei uxoriae,* имущества жены). Вероятно, из практики *arbitrium rei uxoriae* и возник в республиканскую эпоху, возможно, по инициативе претора, специальный иск *(actio rei uxoriae),* который применялся следующим образом. Иск, рассматривавшийся как *\n bonum et in aequum concepta* (§ 79), давался жене, если она была *sui iuris,* или *pater famihas* (в отношении *dos profecticia)* и был активно непереходным[1]. Смотря по обстоятельствам, мужу могла быть дана отсрочка уплаты и так называемое *beneficium competentiae* (§ 79), т. е. ограничение суммы присуждения исходя из его экономических возможностей *(in id quod facere possei)*. В некоторых случаях, кроме того, ему позволялось сделать некоторые вычеты из приданого *(«retentiones»):* на содержание детей *(retentio propter liberos),* на затраты, совершенные им для приданого *(retentio propter impensas),* на подарки, сделанные жене *(retentio propter res donatas),* на вещи, украденные у него женой (для того, чтобы избежать вчинения ей иска о краже, *actio furti,* имевшего бесчестящий характер) *{retentio propter res amotas),* а также вследствие дурного поведения жены *(retentio propter mores)*.

В итоге этой постепенной эволюции к концу классического периода существования римского права возникло противоположное первоначальному представление о приданом, явно прослеживаемое в корпусе Юстиниана. В соответствии с ним приданое, вообще говоря, принадлежит жене *(res mulieris),* в то время как муж, пока брак существует, имеет право им пользоваться и получать с него плоды *ad sustinenda onera matrimonii* («для несения тягот брака»), т. е. теперь он, в сущности, носитель права, содержание которого представляется более соответствующим узуфрукту, чем собственности.

Во всяком случае муж должен вернуть приданое при расторжении брака. Он может быть обязан это сделать по *actio exstipulatu,* возникаю-

[1] То есть иск не мог переходить по наследству и прекращался со смертью указанных лиц.

щей уже не из специальной *stipulatio,* а из неявного обещания возвратить, неразрывно связанного с любым установлением приданого. Правда, порядок применения такого иска (носящего в юстиниановском кодексе также общее название *actio de dote)* скопирован с *actio rei uxoriae,* причем до такой степени, что он, в противоположность классическим принципам, относится здесь к категории *actio bonae fidei.*

§ 116. Предбрачный дар

Известный запрет дарения между супругами, действовавший у римлян начиная с определенного времени (§ 263), не относился к дарениям, сделанным до свадьбы *{donationes ante nuptias),* поэтому применительно к ним действовал обычный порядок дарения. Как правило, однако, речь здесь шла о случайных подарках, имевших незначительную ценность и не создававших поэтому никаких проблем. Однако в послеклассическую эпоху стал все шире распространяться заимствованный с Востока обычай, согласно которому муж до свадьбы делал жене подарок, который рассматривался как бы соответствующим приданому и устанавливался в размере половины самого приданого.

Размах этого явления повлек многочисленные случаи вмешательства со стороны имперского законодательства, которое стало усматривать в *donatio ante nuptias* явление, однопорядковое приданому. При Юстиниане к нему были даже применены те же нормы, а кроме того, было установлено, что: дарение, сделанное *ante nuptias,* может быть, в противоречии с древним запретом, увеличено во время брака *(donatio propter nuptias,* в связи с браком); его сумма должна равняться приданому; жена может принять *donatio* от мужа на случай его финансового краха, с тем чтобы обеспечить себя против возможного расточения приданого.

§ 117. Внебрачные союзы

А) Конкубинат

В римском правопорядке конкубинат не был чисто фактическим отношением, безразличным для права или даже незаконным, а формой союза, разумеется, уступающей браку, однако признаваемой правом.

Конкубинат имел место всякий раз, когда союз не мог притязать на уровень брака из-за отсутствия какого-либо из необходимых условий или когда по причинам социального характера (например, связь сенатора и вольноотпущенницы, § 107) отсутствовал престиж брака, *honor matrimonii,* а отсюда и *maritalis affectio* (§ 106). Поэтому во избе-

жание кривотолков всякий, кто желал иметь в качестве простой наложницы женщину *ingenua et honesta* (свободнорожденную и честную), должен был об этом заявить в присутствии свидетелей.

Конкубинат, распространившийся в связи с ограничениями, введенными августовским брачным законодательством, подвергся непосредственной регламентации в христианскую эпоху, когда были предусмотрены определенные требования, в отсутствие которых союз рассматривался безразличным для права, а в некоторых случаях даже незаконным. Итак, требовалось, чтобы:

а) не имелось препятствий по мотивам родства;

б) лица, состоящие в конкубинате, не состояли в браке или в другом конкубинате;

в) совместное проживание имело долговременный и в некотором смысле стабильный характер.

Дети, родившиеся в конкубинате, назывались *liberi naturales* («природные») и поэтому, хотя и не были связаны с отцом никакими юридическими узами, находились все же в лучшем положении в сравнении с детьми *vulgo quaesiti* (рожденными вне брака). Посредством узаконивания (§ 120) они могли подняться на уровень законных детей. В юстиниановскую эпоху было допущено также ограниченное право преемства между отцом и побочными детьми.

§118. Б) *Contubernium*

Долговременная и привычная связь между рабом и рабыней или между свободным мужчиной и рабыней либо, наоборот, между рабом и свободной женщиной называется *contubernium*. Она также не совсем игнорируется правом: достаточно вспомнить, что естественное родство, возникающее из *contubernium,* является, как и цивильное родство, причиной, препятствующей заключению брака (§ 107).

Глава V.
Отцовство

§ 119. Дети законные и побочные

Как говорилось в связи с приобретением *patria potestas* (§ 103), в качестве законных рассматриваются дети собственной жены. И в самом деле, предполагается, что они зачаты мужем, если только родились не ранее 180 дней после начала брака и не позднее 300 дней после его прекращения. Впрочем, такая презумпция допускает доказательство противного, которое может дать основание для отказа от отцовства.

Законные дети называются *«iusti»* лишь в том случае, если родились от *iustae nuptiae* (§ 107). В этом случае они связаны с отцом *adgnatio* и потому подчинены его *patria potestas*. Если по причине отсутствия *connubium* между супругами брак не получает цивильного признания, но действителен лишь в соответствии с *ius gentium,* дети от такого союза называются *«iniusti»* («незаконные») и связаны со своим отцом одним только *cognatio* (§ 122).

Все незаконные дети называются в широком смысле *naturales*. Как уже говорилось (§ 117), среди них мы выделяем *liberi naturales* в узком смысле слова, родившиеся от конкубината, которые отличаются от *spurii* («нечистые») или *vulgo quaesiti* («внебрачные»), родившихся от союзов в юридическом отношении безразличных или незаконных («кровосмесительных» или «прелюбодейных»).

Все побочные дети не связаны никакими юридическими узами с отцом, который в юридическом смысле неизвестен, и пользуются одним только родством *(cognatio)* с матерью и ее родственниками.

§ **120.** Узаконенные дети

Институт узаконивания, обязанный своим возникновением влиянию христианской этики, возник в эпоху Константина и определенным образом закрепился в законодательстве Юстиниана. Посредством узаконивания побочный ребенок приобретает свойства законного.

Основная форма узаконивания — это последующий брак родителей, *subsequens matrimonium*. Однако такое следствие брака возникает лишь в том случае, если брак был возможен на момент зачатия (а значит, исключаются дети от кровосмесительных и прелюбодейных союзов) и когда имеется согласие узакониваемых.

В случаях, когда *subsequens matrimonium* было невозможно из-за смерти, отсутствия матери и т. д., Юстинианом допускалось, что уза-

конивания можно добиться посредством распоряжения императора *(рег rescriptum principis)*. Соответствующая просьба могла быть внесена отцом также и в его завещание.

Другой формой, введенной в поздней империи, было узаконивание *«рег oblationem curiae»* («посредством пожертвования курии»). Оно заключалось в том, чтобы передать *inter vivos* или оставить *mortis causa* сумму денег, достаточную для того, чтобы сделать возможным вступление сына (в случае дочери — ее мужа, которому она передает приданое) в *ordo decurionum*. Институт декурионов (членов муниципального совета) имел вполне очевидные фискальные цели: и правда, эта должность была чрезвычайно обременительной и не слишком-то завидной, поскольку на декурионов была возложена обязанность обеспечивать поступление в Рим всей суммы местных налогов вне зависимости от их фактического сбора.

§ 121. Приемные дети

Две категории детей, рассмотренные выше, включают детей, реально произведенных на свет отцом. Им противостоит эта третья категория приемных детей, куда входят лица, которых *pater familias* не произвел на свет, но которые ему подчинены в качестве детей посредством юридического действия, называемого «усыновлением».

Происхождение и история этого института тесно связаны со строением древнего организма римской семьи, и лишь в юстиниановскую эпоху, когда произошло его отделение от семьи, он приобрел вид, схожий с современным аналогичным институтом.

Изначальная функция усыновления состоит в увеличении общественного веса и рабочей силы семейной группы, находящейся на спаде, посредством привлечения новых членов извне, которые, оказываясь в подчинении *potestas paterfamilias,* приравниваются к*////*. Эти приходящие извне члены могут быть либо *filii* другой *familia,* которые выходят из-под *potestas* своего родного отца, чтобы попасть под *potestas* приемного, либо *patres familias,* которые теряют это свое качество *sui iuris* и подпадают, как *filii familias,* под власть того, кто их усыновляет. По этой причине *adoptio* в широком смысле разделяется на два подвида: в первом случае мы имеем подлинное и настоящее *adoptio* в узком смысле, а во втором — *adrogatio*.

Формы, в которых это происходит, как и последствия этого, различны. Чтобы возникло *adoptio,* необходимо было прежде всего отделить усыновляемого от *potestas* его собственного *pater familias*. Этого добивались, воспроизводя (до определенного момента) процедуру *emancipatio* (§ 103): после третьей *mancipatio* сына, когда он, выйдя из-под отцовской *potestas,* вновь приобретался своим родным отцом уже

не как сын, но как лицо *in mancipio,* усыновитель вызывал *pater* в суд и предъявлял требование на сына как на своего. Поскольку другой отец не противоречил (ш *iure cessio,* § 77), претор признавал сына находящимся под властью усыновителя.

Для того же, чтобы произвести *adrogatio,* требовалось одобрение куриатных комиций (которые впоследствии символически представляли тридцать ликторов, а в конце концов заменил *rescriptum principis)* и предварительное одобрение коллегии понтификов. И это можно понять, если принять во внимание, что вследствие *adrogatio* прекращала существование семья со своими домашними культами, поскольку при переходе усыновляемого *pater familias* со всей своей семьей под власть усыновителя семья эта оказывалась включенной в новую.

Adrogatio производило также серьезнейшие имущественные следствия, поскольку оно определяло универсальное преемство *inter vivos* усыновителя имущества усыновленного, с той особенностью (§ 267), что долги не переходили в силу того принципа, что по долгам, совершаемым сыном, *pater* не отвечает. Правда, претор позволил кредиторам вчинять иск усыновленному посредством фиктивного *actio ficticia «rescissa capitis deminutione»* («с опущением *capitis deminutio»),* т. е. как будто *adrogatio* не имело места.

С распадом архаической структуры агнатской семьи институт усыновления принимает на себя новые функции. Теперь он становится средством, к которому прибегали в отсутствие собственных потомков или чтобы утешиться в случае их утраты *(solacium amissorum liberorum),* и во всем следует отношениям, возникающим в связи с родными детьми *(adoptio naturam imitatur).* Кроме того, теперь усыновлять позволяется также и женщинам.

В юстиниановском праве *adoptio,* кроме случая, когда оно производится одним из предков *(adoptio plena,* полное усыновление), не прерывает отцовской власти и права преемства родному *pater familias* и родной семье *(adoptio minus plena,* неполное).

Требованиями к усыновлению становятся теперь согласие обоих *patres familias* и усыновляемого (во всяком случае отсутствие возражений с его стороны) и разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым в 18 лет.

В эту эпоху усыновление возникает по принятому магистратом заявлению сторон.

Глава VI.
Родство и свойство

§ 122. *Adgnatio* и *cognatio*

Уже несколько раз нам представлялся случай прояснить различие между двумя типами родства согласно римским представлениям (в особенности § 102). *Adgnatio* — это узы, связывающие с *pater familias,* а также друг с другом всех тех, кто подчинен *potestas* одного и того же лица. Узы эти не связаны с кровными: в самом деле, агнатами являются приемные дети (§ 121) и женщины *conventae in manum* (§ 109), хотя по крови они и чужие, и агнатами не являются дети, произведенные на свет *pater,* однако выведенные им из-под власти по эманципации и потому также вышедшие из агнатской семьи (§ 103). *Cognatio* же — это узы, связывающие между собой всех кровных родственников, происходящих от одного родоначальника вне зависимости от того, являются они агнатами или нет. Поэтому отпущенный с помощью эманципации сын является *cognatus,* а приемный — нет.

При описании строения римской семьи (§ 102) у нас уже был случай наблюдать, что первоначально значимым юридически было только *adgnatio* и постепенно стало прибавлять в весе *cognatio,* пока, наконец, оно не стало явно преобладать над агнатским родством.

Определение наличия родственной связи между двумя лицами имеет величайшее значение, поскольку из этой связи может происходить множество взаимных прав и обязанностей родственников, права личного (власть, помощь и т. д.) и имущественного характера (законный узуфрукт, наследственное преемство, алименты и т. д.). Но не только это: необходимо бывает также установить степень родства двух или большего числа лиц одной семьи как с целью выявления препятствий к браку (§ 107), так и потому, что за пределами определенной степени закон не признает юридические следствия родства, либо, наконец, потому, что большая или меньшая близость родства между двумя лицами по отношению к третьему зачастую служит основанием для предпочтения более близкого родственника при передаче прав и обязанностей.

§ 123. Линии и степени родства

С этой целью различают две родственные линии — «прямую» *(recta),* образованную предками и потомками, уходящими с обеих сторон в бесконечность, т. е. всеми теми, кто происходит один от другого начиная с общего родоначальника (дед, отец, сын, внук, правнук и т. д.),

и «побочную» *(transversa),* которую составляют все лица, также происходящие от общего родоначальника, однако не происходящие один от другого (братья, дядя и племянник, двоюродные братья и т. д.). Для ясности можно себе представить прямую линию в виде приставной лестницы, а побочную — в виде раскладывающейся. Во втором случае от вершины, которую образует общий родоначальник, отходят две (или более) расходящиеся линии, соответствующие такому же числу «ветвей» родства. Лица, принадлежащие к одной ветви, являются родственниками (по побочной линии) членов другой ветви.

Между прямыми и побочными линиями устанавливаются разные степени родства *(gradus,* ступень). По прямой линии степень родства исчисляется по числу промежутков, которые разделяют родственников (1-я степень между отцом и сыном, 2-я степень между дедом и внуком и т. д.). По побочной линии степень родства исчисляется восходя по ветви до общего родоначальника, а затем спускаясь к тому лицу, с которым определяется родство (2-я степень между братьями, 3-я между дядей и племянником, 4-я между двоюродными братьями и т.д.)[1].

§ 124. Свойство

Узы, связывающие одного супруга с родственниками другого, — это не родство, а свойство *(adfinitas).* Оно важно, поскольку его наличие может воспрепятствовать заключению брака, а также потому, что в определенных пределах оно является препятствием процессуальной обоснованности некоторых исков. Супруг является свойственником родственников своего супруга в той же степени, в какой тот является их родственником. Так, например, зять по отношению к тестю является свойственником 1-й степени по прямой линии, поскольку такова степень родства его жены по отношению к тестю.

[1] Строго говоря, этот порядок счета степени родства распространяется и на родственников по прямой: так, первая степень родства возможна только между восходящим и его непосредственным нисходящим (отец и сын). Выделение двух счетов родства не означает наличия двух принципов родства и соответствующих степеней родства: родство (как по прямой, так и по боковой) воспринимается как единое. Так, дед с внуком и родные братья состоят между собой во второй степени родства, и внук наследодателя и его брат равно призываются к наследству (по преторскому праву) как родственники одной степени *(uncle cognati).*

Глава VII.
Опека и попечительство

§ 125. Понятие и историческое развитие

В юстиниановском праве, как и в современном, опека есть институт, функцией которого является восполнение полной или частичной недееспособности (§ 25) субъекта («подопечного») посредством подчинения его «опекуну». Однако на более архаическом этапе существования римского права опека имела своей целью не это, не помощь недееспособному, т. е. была учреждена не в интересах подопечного. Напротив, она должна была удовлетворять требованию оградить интересы агнатской семьи, и прежде всего *familia communi iure* (§ 102), посредством осуществления власти над лицом *sui iuris,* которое в силу несовершеннолетнего возраста еще не обладает дееспособностью.

По мере постепенного распада первоначального семейного организма власть, присущая архаичной опеке, стала ослабевать и мало-помалу на первый план стал выходить аспект защиты подопечного.

Эти две разные цели опеки, архаическая и современная, еще прослеживаются в знаменитом восходящем к юристу Сервию (D. 26.1.1 pr.) определении данного института, где явно присутствуют два представления, оформлявшиеся одно вслед за другим:

«Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa» («Как определяет Сервий, опека есть даваемая и дозволяемая ius civile власть в отношении свободного лица, с тем чтобы дать защиту тому, кто по возрасту не в состоянии защитить себя самостоятельно»). Теперь понятно, почему, когда опека сделалась институтом в интересах подопечного, был проведен закон *(lex Atilia,* § 126), предусматривавший назначение магистратом опекуна тому несовершеннолетнему, который его не имел. И это же объясняет, почему теперь, когда опека сделалась уже более не завидным правом опекуна, но обременительной должностью *(munus,* долг), в целом ряде случаев стало допускаться, что опекун мог попросить об освобождении *(excusatio)* от такой должности.

Однако в соответствии с более древними представлениями римлян дееспособность ограничивал не только возраст, но также и пол, поскольку считалось, что женщина вследствие присущего ей по природе легкомыслия, levitas animi, на протяжении всей жизни, вне зависимости от возраста, нуждается в постоянном управлении и контроле (§ 27). А потому изначально здесь имела место, наряду с опекой несовершеннолетних, еще и опека женщин, которая, правда, стремитель-

но хирела, так что она исчезла еще до завершения все той же классической эпохи.

§ 126. Опека несовершеннолетних. Источники опеки

В полном соответствии с системой семейных отношений, для которых patria potestas в некотором смысле простирается и за пределы жизни *pater familias,* выбор опекуна принадлежит прежде всего отцу, который в завещании может назначить опекуна своему несовершеннолетнему сыну (§ 313). Опека называется в таком случае *«testamentaria»* («завещательной»). Когда такого назначения сделано не было, опека по праву принадлежала *adgnatus proximus* (т. е. ближайшему родственнику по боковой линии), а он между тем и есть то лицо, которому принадлежит наследственное преемство в отношении подопечного, если тот умрет прежде, чем сможет составить завещание (§ 318). К опеке вольноотпущенника или эманципированного несовершеннолетнего призывают соответственно патрона и *pater familias,* которые произвели манумиссию или эманципацию *(parens manumissor,* «родитель, совершивший манумиссию»). Опека агнатов называется «законной», потому что установлена одним из Законов XII таблиц. Когда агнатское родство потеряло свое значение, к опеке стали призывать когнатов.

Когда, наконец, как было сказано, получила признание заинтересованность подопечного в наличии у него опекуна, в соответствии с *lex Atilia de tutore dando,* изданным до 185 до н. э.[1], было предусмотрено, что в отсутствие законного опекуна, *tutor legitimus,* опекуна мог назначить претор, вследствие чего такой опекун назывался *tutor dativus* (назначенный) или *Atilianus.*

В связи с этим видом опеки получил развитие режим *excusatio* (просьба об освобождении), который впоследствии был распространен также и на опекуна по завещанию, и на «законного». От обязанностей опекуна могли освободить того, кто уже был обременен тремя опеками, бедняка, старика, больного, отца троих детей, того, кто отправлял определенные общественные должности, и т. д.

В соответствии с обрисованным историческим развитием, поначалу опекуном могло быть всякое лицо, способное обладать *patria potestas,* а значит, любой римский гражданин (в архаический период — даже если сам он был несовершеннолетним), но не женщина. При Юстини-

[1] Эта дата занижена: новый порядок был известен уже во время принятия сенатусконсульта о запрете Вакханалий 186 г. до н.э. (Liv. 39.9.7). Большинство исследователей датируют этот закон (плебисцит) 210 г. до н.э., когда одним из трибунов был Гай Атилий, автор законопроекта (Liv. 26.33.12).

ане в качестве опекуна стала допускаться и женщина, и для того, чтобы им стать, необходимо было достижение 25-летнего возраста.

§ 127. Полномочия опекуна

Основное содержание опекунских полномочий сводится к управлению, *administratio,* имуществом подопечного

Однако полномочия эти опекун отправлял двумя разными способами, в зависимости от того, был ли подопечный еще малолетним, *infans,* или же *infantia maior* (§ 26). В первом случае он единолично совершал все необходимые юридические действия от своего имени,' будучи обязан лишь впоследствии, по завершении опеки, передать подопечному все приобретения, происшедшие из его действий («косвенное представительство», § 58). Во втором случае действие совершал сам подопечный, уже способный понимать и выражать свою волю, но опекун присутствовал при этом, дополняя недостающую дееспособность подопечного своим одобрением *(auctoritatis interpositio).*

Следует, однако, принимать во внимание, что, вообще говоря, имели силу сделки, совершенные подопечным infantia maior без *auctoritas tutoris,* если из таких сделок для подопечного происходила выгода или приобретение (§ 26). И напротив, были ничтожны те сделки без *auctoritas tutoris,* из которых для подопечного происходил или мог произойти ущерб.

§ 128. Ответственность опекуна

Полномочиям опекуна — вначале неограниченным, поскольку наделение ими происходило в интересах агнате кой группы, а не подопечного, — в более позднее время был поставлен предел в виде ответственности опекуна, который был обязан дать отчет в своих действиях. Ответственность эта становилась все более явственной по мере того, как значение опеки как института защиты недееспособного постепенно одерживало верх над ее властной стороной. Юриспруденцией было выработано общее правило, в соответствии с которым (D. 41.4.7.3) *«Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat»* («Опекун рассматривается в качестве собственника имущества подопечного, когда он отправляет опеку, а не когда обирает подопечного»).

С утверждением ответственности опекуна перед подопечным в отношении опекуна стал применяться критерий, заключавшийся в том, что при отправлении опеки он должен выказывать такое попечение, какое свойственно *bonus pater familias* (рачительному хозяину). Поэтому он отвечает, помимо злого умысла, также и за легкую провинность (§ 71).

На случай умышленного расхищения имущества опекуном уже *ab antiquo* существовала *actio rationibus distrahendis* (иск о предоставлении счетов), названный так потому, что он был направлен на то, чтобы принудить опекуна предоставить документацию (rationes — счета) по имуществу подопечного отдельно от собственного. Иск этот предъявлялся в момент окончательного отчета, он был штрафным (in duplum, в двойном размере) и бесчестящим ответчика.

Когда же имело место не расхищение, а лишь дурное управление опекуна, ему мог быть вчинен иск об опеке *(actio tutelae),* также бесчестящий и относившийся к категории *«actiones bonaefidei»,* в силу чего допускалось исследование добросовестности опекуна. *Actio tutelae* была впоследствии, как и *utilis,* распространена претором на случай возникновения ущерба не из дурного управления, а из непредумышленного бездействия *(cessatio)* опекуна. С помощью *actio tutelae contraria* опекун мог в свою очередь также взыскать с подопечного возмещение затрат и убытков.

Далее, чтобы еще более упрочить положение подопечного, во времена империи было установлено, что, прежде чем приступить к управлению, опекун обязан представить *satisdatio rem pupilli salvam fore* (гарантию сохранности имущества подопечного), которая состояла в торжественном обещании в форме *stipulatio* (§ 235) и в предоставлении ручательств, которыми опекун обязывался сделать все, что только способен, для сохранения имущества подопечного в целости. Во времена Траяна у подопечного имелся в качестве последнего средства *actio subsidiaria* (субсидиарный иск) против проявившего небрежность магистрата, который не затребовал *satisdatio* по случаю назначения опекуна. Наконец, в классическую эпоху у подопечного было преимущество по отношению к кредиторам опекуна в силу *privilegium inter personales actiones* (привилегия среди личных исков), которая впоследствии, в послеклассический период преобразовалась в вещную гарантию, т. е. «молчаливую ипотеку» на имущество опекуна.

§ 129. Совместная опека

Могло случиться так, что одному подопечному назначались несколько опекунов — либо потому, что таково было распоряжение завещателя (совместная опека по завещанию), либо потому, что в отсутствие сделанного завещателем назначения обнаружилось несколько лиц, находящихся к подопечному в одинаковой степени агнатского родства (законная совместная опека).

Поскольку изначально, как было сказано (§ 125), в опеке видели завидное право, все опекуны, имея равные права, отправляли опеку сообща. Однако тогда, очевидно, не существовало обязанности управ-

лять, как и не было, следовательно, ответственности за уклонение *(cessatio)* от управления. Такая ответственность за *cessatio,* связанную с небрежностью, была введена впоследствии, когда опека стала рассматриваться как munus. Поэтому ответственность за несостоявшееся управление всегда была субсидиарной по отношению к той, которую несли опекуны, осуществляющие управление. Солидарная ответственность (§ 222) имела место лишь среди совместных опекунов, которые в равной степени осуществляли управление или уклонялись от него.

Иной раз, особенно когда состояния были достаточно крупными, коллегиальное управление заменяли распределением задач между опекунами, отводя каждому из них управление определенной частью имущества. Совместные опекуны рассматривались тогда в качестве опекунов разных состояний подопечного и были избавлены от солидарной ответственности и взаимного контроля.

§ 130. Прекращение опеки

Естественно, что опека прекращается, когда подопечный достигает совершеннолетия. Вне зависимости от этого она может прекратиться по основаниям, которые непосредственно связаны с личностью опекуна или подопечного.

К основаниям первого рода относятся:

а) смерть опекуна;

б) его *capitis deminutio maxima* и *media* (§ 16), но не *minima,* за исключением случая законной опеки, которая, будучи основана на агнатском родстве, прекращается по причине отсутствия своего предварительного условия, поскольку опекун выходит из агнатской семьи;

в) отстранение заподозренного опекуна, *tutor suspectus*. В классическую эпоху существовала такая квалификация, *crimen suspecti tutoris,* причем соответствующее обвинение, *accusatio,* было *popularis* (т. е. могло быть выдвинуто всяким) и вело к бесчестью отстраненного опекуна;

г) *abdicatio tutelae* или отказ — в эпоху, когда опека рассматривалась в качестве права, а не *munus;*

д) помешательство опекуна.

К прекращающим опеку причинам второго рода относятся:

а) смерть подопечного;

б) все три его *capitis deminutiones*.

§ 131. *Tutela mulierum* (опека женщин)

Приблизительно до 12 лет женщина *sui iuris* находилась в *tutela impuberum,* а выйдя из-под нее с достижением совершеннолетия попадала в *tutela mulierum*. Поскольку в основе института, как уже говори-

лось (§ 125), лежало соблюдение интересов агнатской группы, недееспособность женщины была не полной, а ограниченной в отношении тех действий, которые могли нанести группе имущественный ущерб. Поэтому она могла в одиночку производить приобретения, а также распоряжаться имуществом — однако в том лишь случае, если для этого не требовались особые формы, как при отчуждении *res nec mancipi* (§ 35). И напротив, без *auctoritas tutoris* она не могла отчуждать *res mancipi,* выступать в суде, составлять завещание, принимать на себя обязательства, устанавливать приданое, производить манумиссию рабов.

По мере распада агнатской семьи постепенно наступала относительная эманципация женщин, а *res mancipi* теряли значение и *tutela mulierum* мало-помалу утрачивала свою действенность и строгость. Формально она сохранилась, как и все институты ius civile, однако лишилась какой-либо практической значимости. Достаточно вспомнить о том, что женщина могла обратиться к магистрату, чтобы заставить опекуна представить свою auctoritas.

Опекун *legitimus* мог уступить опеку другому *(tutor cessicius)* посредством in *iure cessio* (§ 77), в результате чего он оставался носителем опеки, однако передавал ее исполнение лицу, которое было более угодным женщине.

Pater familias мог, вместо того чтобы назначить женщине *tutor testamentarius,* позволить ей в завещании выбрать опекуна самостоятельно *(optio tutoris)*.

В случае отсутствия опекуна магистрат не приступал к назначению *tutor dativus* в обязательном порядке, как для несовершеннолетних, а делал это лишь в том случае, если женщина полагала уместным попросить об этом в своих интересах.

Кроме того, женщина могла освободиться от не угодного ей опекуна по завещанию посредством *coemptio fiduciae causa* («фидуциарное поступление во власть мужа»). Имея *auctoritas* опекуна, к которой того мог при необходимости вынудить магистрат, она поступала *in manum* своему доверенному лицу (фидуциарию), который манципировал ее после этого тому лицу, которого женщина желала иметь в качестве опекуна. Этот последний, получив ее ш *mancipio,* в свою очередь, совершал ее манумиссию, приобретая, таким образом, как *manumissor* опеку над ней (§ 126).

Однако назрела необходимость в упразднении этого института. Относящийся к эпохе Августа *lex Iulia et Papia* освободил из-под опеки женщину, имевшую троих (если она была свободнорожденной) и четверых (если вольноотпущенницей) детей *(ius liberorum)*. При Клавдии была упразднена *tutela mulierum legitima,* за исключением опеки со стороны патрона. Наконец, начиная с Диоклетиана от института не остается и следа.

§ 132. Попечительство

Уже Законам XII таблиц был известен институт *cura furiosi,* посредством которого управление имуществом умалишенного, не способного совершать юридические действия, доверялось куратору *(curator).* По этому образцу стала развиваться и расширяться сфера применения попечительства в случаях, когда субъект нуждался в помощи, контроле или восполнении его ограниченной дееспособности. Можно было назначить попечителя как в отношении всего имущества, так и отдельной сделки или определенной вещи *(certa res).*

В архаическом римском праве отличие попечительства от опеки состояло в том, что в то время как опека давала опекуну vis ac potestas не только над имуществом подопечного, но и над его личностью, попечительство сводилось исключительно к защите и ограниченной помощи в имущественной сфере *(«tutor personae datur, curator rei»,* «опекун дается лицу, попечитель — имуществу»). Однако с исчезновением изначального властного характера опеки наиболее существенный элемент различия между опекой и попечительством сгладился, вследствие чего два этих института начали сближаться и смешиваться.

Смешение это стало полным в эпоху Юстиниана, как это видно из сделанного юстиниановскими компиляторами добавления «попечительства» в тексты классического времени, посвященные опеке *{«tutor vel curator»).*

Основные виды попечительства таковы:

а) *cura furiosi* (§ 29);

б) *cura prodigi* (§ 28);

в) попечительство над теми, кому меньше 25 лет (§ 26);

г) *cura absentis nomine* (отсутствующего); устанавливалось для управления имуществом отсутствующего лица;

д) *cura ventris* (§ 15).

Часть III.
Вещные права

Глава I.
Природа вещных прав

§ 133. Вещные и обязательственные права

Естественно, что правопорядок, помимо упорядочения личных и семейных отношений членов общества, организует и режим пользования материальными благами. Так что к праву лиц и семьи, на котором было сосредоточено наше внимание до сих пор, присоединяется комплекс норм, образующих так называемое имущественное право (§ 34). Оно исследует различные стороны экономической деятельности ин- 1
дивидуумов, имеющей целью удовлетворение разнообразных потребностей, и организует эту деятельность либо признавая за отдельными лицами власть пользоваться, а в некоторых случаях и распоряжаться, определенными объектами («вещные права»), либо признавая за ними право притязать на то, чтобы другие лица совершали определенные действия к их экономической выгоде («обязательственные права»).

Таким образом, в общих чертах мы наметили противоположность между двумя большими ветвями имущественных прав. Однако этот набросок нуждается в дополнительных уточнениях.

Как вещные, так и обязательственные права определенным образом направлены на достижение блага носителем этих прав. В первом случае, однако, результат достигается непосредственно, через признание прямых полномочий, которые субъект осуществляет над вещью и которые обходятся без активного содействия других субъектов.

И правда, вещное право отвлекается от деятельности всех прочих членов общества или, лучше будет сказать, ограничивается тем, чтобы притязать на проявление ими чисто негативного отношения: воздержания или невмешательства по отношению к объекту такого права. Поэтому такое притязание может иметь место *erga omnes* («в отношении всех») и соответствующий судебный иск в защиту вещного права— это, как говорили римляне, *actio in rem,* иск, который может быть предъявлен всякому, кто установит с вещью такую связь, которая будет нарушать данное право управомоченного лица (§ 79).

Во втором же случае (обязательство) экономический результат достигается посредством признания правопорядком за носителем права («кредитором») полномочий притязать на то, что другой определенный субъект («должник») осуществит в его пользу деятельность имущественного характера *(dare, facere, praestare,* т. е. «дать, сделать,

обеспечить»). Поэтому такое притязание может иметь значение лишь по отношению к лицу, связанному обязательством (должник), и соответствующий судебный иск — это, как говорили римляне, *actio in personam*.

§ 134. Классификация вещных прав

Для вещных прав характерна определенная «типичность», сводимость их к нескольким типам. Это значит, что число вещных прав, хотя и претерпевало изменения в различные исторические эпохи, всегда ограничивалось определенными формами, которые в основном оказывались теми же, что известны и теперь.

Выдающееся место занимает здесь право собственности, единственное, объектом которого является вещь, принадлежащая исключительно носителю этого права. Все же прочие вещные права, помимо того, что их объектом является вещь, которая принадлежит другому лицу (почему они и называются «вещные права на чужую вещь» или *iura in re aliena),* сообщают своему носителю лишь некоторые определенно означенные полномочия, по причине чего их еще называют «ограниченные вещные права» или «парциарные».

Среди прав, относящихся к этому типу, некоторые обеспечивают пользование чужой вещью в большем или меньшем объеме или во всяком случае наделяют какой-то выгодой, которую можно из нее извлечь. Поэтому они называются «вещные права пользования». В более широком историческом аспекте сюда относятся «земельные сервитуты», «узуфрукт» и некоторые близкие им институты («пользование», «проживание», «труд рабов и животных»), «эмфитевсис» и «суперфиций». Прочие вещные права имеют своей целью дать кредитору обеспечение, которое главным образом служит ему ручательством исполнения самого обязательства. Поэтому их называют «залоговые вещные права», и сюда относятся «залог» и «ипотека».

Глава II.
Собственность

§ 135. Понятие собственности

Собственность является наиболее древним и наиболее полным вещным правом, которое наделяет своего носителя способностью по собственному усмотрению пользоваться своей вещью, потреблять ее плоды, а сверх того, дает ему власть распоряжаться ею так, как ему заблагорассудится, пресекая в отношении этой вещи вмешательство любого другого субъекта.

Поэтому мы можем выделить в собственности два момента: «господство», образованное абсолютной, непосредственной и независимой властью, которой собственник пользуется в отношении своей вещи, и «принадлежность», образованную тем фактом, что объект собственности принадлежит носителю этого права полным и исключительным образом.

Оказывается, однако, что право собственности, как и любое другое проявление человеческой свободы, не может быть совсем неограниченным, и потому правопорядок, который регулирует общественное сосуществование, может установить (и, как показывает исторический опыт, на деле устанавливал также и в римской практике) определенные границы абсолютной свободе собственника, налагая на право собственности некоторые «ограничения в интересах общества» или «в интересах частных лиц».

В первую категорию попадают, например, экспроприация ввиду общественной пользы, принудительный проход, обязанность поддержания в порядке морских и речных берегов, ограничения, установленные для поощрения строительства, и т. д. В качестве примера вторых можно назвать *iter ad sepulchrum* (§ 37), ограничения, связанные с соседством объектов недвижимости, так называемые легальные сервитуты и т. д.

Так что, внеся в первоначальную формулировку необходимые поправки, можно было бы сказать, что право собственности — это право наиболее абсолютным образом, в установленных правопорядком пределах, пользоваться собственной вещью, извлекать из нее доход и распоряжаться ею.

Однако и последняя формулировка исчерпывающей не является. В самом деле, можно возразить, что в ряде существенных случаев (достаточно вспомнить о вещных правах на чужую вещь) праву собственника противостоит право на ту же вещь другого субъекта, которое в более или менее широких пределах ограничивает право собственника,

сводя его в некоторых крайних случаях к голому праву, nudum ius, лишенному сколько-нибудь значительных конкретных применений. Оставив в стороне крайний случай эмфитевсиса, в котором, как мы убедимся впоследствии (§ 184), собственнику не причитается ничего, кроме ежегодной арендной платы, в то время как эмфитевте[1] принадлежат все права на земельный участок, приведем пример более распространенного случая узуфрукта (§ 175), где именно узуфруктуарию, а не «голому собственнику» принадлежит право обладать вещью, пользоваться ею и потреблять ее плоды. Затруднительно было бы здесь настаивать на том, что именно собственник обладает исключительным и абсолютным господством над вещью, пускай хотя бы в обыкновенных пределах, устанавливаемых для всякого собственника правопорядком.

Однако возражение это должно быть отвергнуто, если учесть то особое свойство права собственности, так называемую «упругость господства», в силу которого права собственника, даже если они были временно сужены принадлежащими другому лицу правами на ту же вещь, имеют обыкновение автоматически распрямляться, восстанавливая весь свой изначальный объем, стоит этим чужим правам прекратиться. Таким образом, тот факт, что в силу временных причин право собственности оказывается более или менее ужатым, не исключает того, что в возможности оно всегда остается самым полным из всех видов господства над вещью.

Кроме того, другим своеобразным свойством собственности является то, что она «самостоятельное» право в отличие от всех тех вещных прав *(iura in re aliena),* которые зависят от существования права собственности другого лица, которое они предполагают и которому они подчинены.

Итак, в заключение можно подтвердить еще раз, что, будь то в действительности или в возможности, собственность является наиболее независимым и абсолютным признаваемым правопорядком господством над вещью.

§ 136. Объект собственности

Таким объектом может быть любая вещь, движимая и недвижимая (§ 39), лишь бы только она была материальной. И действительно, у римлян не было понятия права собственности на нематериальные блага (литературная собственность, патент и т. д.), но, как уже говорилось (§ 34), они отождествляли *res incorporales* с самими правами.

[1]Эмфитевта — субъект эмфитевсиса, вещного права наследственного арендатора.

В отношении вещей движимых вопроса о границах объекта не возникает. Для недвижимых же, напротив, существует проблема границ, на которые распространяется право собственности, будь то в отношении поверхностного слоя земли, земельных недр или вышележащего воздуха.

Что до поверхности земли, то границы полей, особенно в архаическом римском праве, определялись с помощью священнодействия, называвшегося limitatio, «установление границ», которое заключалось в обнесении участка *(ager limitatus)* грунтовой полосой шириной в пять футов *(limes),* которая была *res nullius,* однако не подлежала завладению первым явившимся лицом (§ 140).

У участков же, которые не были ограничены limes *(agri arcifmii),* а это скоро сделалось нормой, границы были обозначены изгородями, насыпями, канавами, частоколами и т. д.

Если говорить о земельных недрах и вышележащем атмосферном пространстве, то правило средневековых истолкователей, согласно которым право собственника распространяется *«usque ad sidera, usque ud inferos»* («до звезд и до преисподней»), следует понимать вполне конкретно, в том смысле, что собственник поверхностного слоя обладал собственностью также и на вышележащее над участком атмосферное пространство вплоть до пределов, в которых его можно использовать в хозяйственном отношении, а также на все нижележащие материальные объекты (пещеры, залежи полезных ископаемых, источники) — до тех пределов, в которых можно было использовать недра в соответствии с техникой того времени.

Приложением права собственности к воздушному пространству является древний принцип *«superficies solo cedit»* («право на то, что находится на поверхности, уступает праву на саму почву») или *«quod solo inaedificatur solo cedit»* («то, что выстроено на поверхности, разделяет юридическую судьбу почвы»), который приводил, среди прочего, к тому, что римляне не допускали раздельной собственности на этажи одного и того же здания: собственник поверхности земли необходимым образом становился собственником также и всего того, что было на ней построено, без ограничения высоты.

§ 137. Различные виды права собственности

Римскому праву, если рассматривать его в исторической перспективе, единое понятие права собственности неизвестно.

Архаическое *ius civile* защищает одно только *dominium ex iure Quiritium,* которому присущи строгие и формалистические свойства квиритского права. Естественно, такая собственность доступна исключительно одним лишь *cives* и, если говорить о недвижимости, прило-

жима только к землям, находящимся в Италии. Помимо всех вышеназванных характеристик права собственности, *dominium* присущ еще ряд других, свойственных только ему. Именно, оно обладает тем свойством, что поглощает и привлекает к себе все то, что включено в res или образует ее последующий прирост; кроме того, *dominium* освобождено от любого рода налоговых платежей.

Однако со временем, по мере территориального расширения Рима, наряду с *dominium ex iure Quiritium,* стала развиваться так называемая «провинциальная собственность». И в самом деле, на земли, приобретенные за пределами Апеннинского полуострова, *ius italicum* («италийское право») не распространялось, так что они не могли быть объектом *dominium ex iure Quiritium*. Поэтому считалось, что собственность на такие земли принадлежит *populus romanus* либо (позднее) *princeps,* и те, кто их получил, обладают применительно к этим землям лишь правом извлечения из них экономических выгод, которое римские юристы характеризовали выражением *utifrui habere possidere* («пользоваться, потреблять плоды, иметь, владеть»), взамен чего они обязаны были платить налог, который назывался *stipendium* применительно к сенатским провинциям и *tributum* — к императорским (откуда и происходят названия *praedia stipendiaria* и *tributaria)*. Когда это представление устоялось и было признано, что такие земли могут передаваться наследникам, появился, в сущности говоря, новый тип собственности.

Еще один тип собственности называется «преторской» или «бонитарной собственностью», еще о ней говорят *in bonis habere* («иметь в составе имущества»)[1]. Она развивается на основе преторской защиты покупателя *res mancipi,* не получившего ее с совершением торжественного обряда манципации, который, как мы знаем, был непременно нужен для передачи *dominium ex iure Quiritium* на вещи такого рода (§ 35). Претор защищал приобретателя вещи от лица, которое совершило ее отчуждение, но за отсутствием манципации осталось *dominus ex iure Quiritium* и потому могло потребовать вещь обратно. Именно, претор предоставлял покупателю *exceptio* (§ 78) *rei venditae et traditae,* с помощью которой тот мог избежать отсуждения вещи и, таким образом, удержать ее. Кроме того, претор защищал того же приобретателя от третьих лиц, предоставляя ему *actio ficticia* (§ 79) *in rem,* называвшу-

[1] Собственно, так только и говорят о ней римские юристы; термины «преторская» или «бонитарная собственность» введены современной романистикой. В источниках выражение *«in bonis esse (habere)»* может относиться и к квиритской собственности, в то же время преторская может обозначаться как *«dominium»*. Критерии терминологического различения двух режимов установлены лишь в 1985 г.

юся еще *actio Publiciana,* с помощью которой тот мог *erga omnes* потребовать возврата вещи, как если бы она была его, в силу фикции, будто истекло время приобретательной давности (§ 153). Ту же защиту претор предоставлял приобретателю, получившему *res mancipi* без совершения *mancipatio* также и по иным основаниям, помимо купли (например, приданое). Сходным образом защищал он и того, кому по определенным причинам отдал во владение имущество, предпочтя его тому, кому оно причиталось в силу *ius civile* (например, *bonorum possessor,* преторский наследник, § 292)

Таким образом, на одну и ту же вещь могло сосуществовать два права: с одной стороны, *dominium ex iure Quiritium* того лица, которое совершило ее отчуждение и которое, однако, обладало лишь *nudum nomen* собственности, а с другой — фактическое обладание ею приобретателя, который благодаря защите претора сохранял вещь *in bonis suis (in bonis habere).*

Впоследствии — как в результате общего слияния *ius civile* с преторским правом, так и по причине упадка *res mancipi,* из-за чего бонитарная собственность и возникла, — преторская собственность окончательно слилась с квиритской. Начиная с конца III в. н. э. постепенно исчезает какое-либо различие в правовом режиме *dominium* (включавшего в себя в этом смысле и цивильную, и бонитарную собственность) и провинциальной собственности. В самом деле, с Аврелианом упраздняется необлагаемость италийских земель фискальными взносами и закладываются основы такого права, которое также и в терминологическом отношении (именно, собственность описывается теперь словом *proprietas)* старается охарактеризовать собственность главным образом лишь с точки зрения ее принадлежности.

§ 138. Общая собственность

Как и прочие права, собственность в отношении одной и той же res может принадлежать нескольким субъектам. В этом случае говорится об «общей собственности», или «кондоминиуме» (римляне, которым был неизвестен соответствующий специальный термин, говорили *о communio* и *res communis).*

Общая собственность может возникать на основании свободного соглашения двух или большего числа субъектов («добровольное обобществление», например как следствие «товарищества», *societas,* § 245) или по причинам, отличным от воли собственников («случайное обобществление», например по причине «слияния материалов», § 144).

При общей собственности в подлинном смысле этого слова *{communio pro indiviso, «общая* собственность на неразделенную вещь») неверно будет утверждать, что каждый совладелец располагает огра-

ничейным правом собственности на часть общей вещи, как и то, что у него имеется доля в праве собственности на всю вещь. Скорее он обладает всем правом собственности на всю вещь, но поскольку равное с ним право имеют и другие совладельцы, то различные права собственности, которые все равны между собой и состязаются друг с другом, оказываются взаимно ограниченными. В результате возникает разделение на идеальные доли, соотнесенные со стоимостью объекта, которое дает возможность выразить право общего собственника с помощью дроби, имеющей в качестве знаменателя (если в долях нет никакой разницы) число собственников.

Иное происходит, когда друг с другом конкурируют права собственности нескольких субъектов на вещи, материально разделенные, однако функционально связанные (например, права, возникающие из разделения изначально единого земельного участка). В таком случае (так называемое *communio pro diviso,* общее право на разделенную вещь) каждый совладелец располагает отдельной собственностью на определенную часть вещи (доставшуюся ему часть). Наличие объединения значимо здесь лишь потому, что могут существовать дополнительные права, которые сообща касаются владельцев целого (например, активный сервитут на право прохода, § 171).

Общая собственность влечет за собой разнообразные следствия.

Прежде всего необходимо проводить различие между правом распоряжения и теми правами, которые касаются экономического использования вещи.

Отправной точкой порядка юридического распоряжения собственностью был в Риме режим *«consortium ercto non cito»* («сообщество при неразделенном наследстве», § 285), который устанавливался между *heredes sui* после смерти *pater,* о чем мы знаем из Гая: каждому из собственников принадлежало право единолично совершать действия по распоряжению имуществом (отчуждение общей вещи, манумиссия раба и т. д.).

В ходе развития, все этапы которого мы теперь не в состоянии проследить, произошел переход к противоположному режиму: каждый собственник мог свободно совершать те единоличные действия, которые относились лишь к его доле, а вот действия по юридическому распоряжению всей *res* он мог совершать лишь с согласия всех других сособственников.

Что до порядка действий, относящихся к экономическому использованию вещи, то установился принцип, согласно которому каждый собственник мог пользоваться вещью в соответствии с условиями соглашения между собственниками общей вещи, а в отсутствие такого

соглашения — делать это свободно, однако изменять реальное экономическое предназначение вещи он был не вправе. Несоблюдение таких ограничений давало каждому собственнику основание выступить с запретом, *prohihitio* (впоследствии, в юстиниановском праве, этот запрет ставился в зависимость от оценки объективной полезности действия). Близкая аналогия этому прослеживается в *intercessio* или вето, которое всякий республиканский магистрат мог противопоставить действиям своего коллеги, имеющего равную власть, *par potestas*.

Другие следствия своеобразного характера общей собственности — это *ius adcrescendi,* «право приращения», и порядок потребления плодов и совершения затрат.

Ius adcrescendi заключается в том, что всякий раз, как одна из долей в общей собственности оказывается вакантной (вследствие отказа, выхода, манумиссии раба) от собственника, права других автоматически, в силу уже упоминавшейся «упругости права собственности» (§ 135), расширяются на освободившуюся долю, которая пропорционально увеличивает доли всех остальных общих собственников. В случае же смерти одного из сособственников право на долю переходит к его наследникам.

Если говорить о доходах и затратах, то здесь действует принцип, по которому те и другие распределяются между общими собственниками в соответствии с их долями. Если общей вещью пользуются лишь некоторые, затраты, связанные с управлением ею, относятся лишь на их счет.

Несомненно, однако, что общая собственность — это не вполне нормальный случай, и римское право относилось к ней неодобрительно *(«communio est mater rixarum»,* «общность собственности плодит раздоры»). В то же время оно благоразумно не поощряло раздела, который может наступить лишь добровольно или в судебном порядке.

Добровольный раздел осуществляется посредством ш *iure cessio* доли одному из общих собственников или же с помощью отчуждения res третьим лицам.

Судебный раздел общей собственности осуществлялся посредством специального иска о разделе *(actio communi dividundo),* формула которого содержит *adiudicatio* (§ 78). Обширные полномочия, которыми наделен судья в случае такой тяжбы, дают ему возможность не только произвести раздел и распределение частей, но и упорядочить все внутренние отношения между общими собственниками (плоды, затраты, ответственность и т. д.). В юстиниановском праве *actio communi dividundo* можно было вчинять и не имея целью прекращение общей собственности *(manente communione,* с сохранением общей собственности), а лишь для того, чтобы отладить управление ею.

§ 139. Способы приобретения собственности

Приобретение субъектом права собственности на вещь зависит от целого ряда юридических фактов и действий, которые могут быть классифицированы по различным основаниям, в зависимости от точки зрения, с которой их рассматривать.

Например, можно отличать способы приобретения, признаваемые *ius civile* или по публичному праву (например, продажа военной добычи), или по частному (например, *mancipatio,* § 148), от способов приобретения, допускаемых *ius gentium* (например, traditio, § 150).

Можно отличать «возмездные» и «безвозмездные» способы приобретения (§ 11), например на основании «купли-продажи» (§ 243) или «дарения» (§ 262).

Еще можно различать способы приобретения, требующие физического овладения вещью (например, «завладение», § 140), и те, которые не требуют такого овладения (например, «легат», § 327).

Наконец, можно отличать (этой-то классификации мы и будем следовать далее) способы приобретения «на производном основании», базирующиеся на юридических отношениях с предшествующим собственником и связанные с переходом собственности от одного субъекта к другому (например, *traditio),* от способов приобретения «на первоначальном основании», когда любые отношения с предыдущим собственником (которого, впрочем, может и не быть) не принимаются во внимание и собственность приобретается самостоятельно и независимо: либо на основе не зависимого от чьей-либо воли факта (например, *adluvio,* «намыв», § 143), либо на основании действия одного только приобретателя (например, «завладение»).

§ 140. Первоначальные способы приобретения

А) Завладение

Состоит в овладении вещью, никому не принадлежащей, — или из-за того, что у нее никогда не было собственника *(res nullius),* или потому, что она намеренно была им брошена *(res derelicta).* Среди возможных здесь случаев особенно важны, исходя из римских представлений, охота и рыбная ловля.

В республиканскую эпоху среди юристов существовало разногласие относительно того, необходимо ли для приобретения права собственности на дичь *ifera bestia)* физически ею овладеть или достаточно се ранить и преследовать. Возобладало мнение, в соответствии с которым считалась необходимой действительная поимка добычи — или непосредственно, или с помощью соответствующих ловушек, сетей, капканов.

Что касается завладения *res derelicta,* то в юстиниановскую эпоху было поддержано мнение сабинианской школы, которая рассматривала ее как *res nullius* с того момента, как собственник ее оставил (в силу чего она представала как бы изначальным приобретением завладевшего ею лица). Прокулианская же школа считала, что акт оставления, *derelictio,* — это есть *traditio in incertam personam* (передача неопределенному лицу), т. е. оставление, совершенное с намерением, чтобы *res derelictae* приобрел тот неизвестный, который ими завладеет (и который в силу этого приобрел бы их по производному основанию), из чего следовало, что. в отношении *res mancipi* соответствующее приобретение полной собственности должно будет осуществиться в связи с последующим приобретением за давностью (§ 153).

§ 141. Б) Обнаружение клада

Этот способ приобретения состоит в нахождении *(inventio,* открытие, нахождение) клада, т. е. какой-либо ценной вещи (деньги, драгоценности и т. д.), спрятанной где бы то ни было в незапамятные времена, так что установить ее собственника теперь уже невозможно.

Поэтому основание приобретения клада связано в большей степени с невозможностью разыскать собственника, нежели с его несуществованием, потому что теоретически собственником должен был бы быть в конечном счете некий наследник лица, сокрывшего в древности этот клад.

Вплоть до времени Адриана клад в силу поглощающего характера права собственности принадлежал собственнику того земельного участка, в котором он был сокрыт. Адриан же постановил, что в том особом случае, когда лицом, обнаружившим клад, был не сам собственник участка, клад должен быть разделен между ними на равные части. Ясно, что отсюда исключались случаи, когда нашедший предпринял поиски по поручению собственника, втайне от него или несмотря на его запрет: в этих обстоятельствах весь клад целиком причитался собственнику данного места.

В последующую эпоху порядок, установленный Адрианом, подвергался различным изменениям по причине претензий, в различной мере выдвигавшихся фиском.

§ 142. В) Приращение

Данный способ приобретения заключается в неразрывном присоединении одной вещи, считающейся дополнительной, к другой, которая считается главной, следствием чего является приобретение собственником (в соответствии с римскими представлениями, в силу не-

коего присущего праву собственности свойства расширяться)[1] главной вещи собственности также и на дополнительную вещь. Если стремиться к большей точности, следовало бы, быть может, говорить о приобретении новой *res,* образованной соединением двух ей предшествующих, однако воззрение, изложенное нами только что, соответствует самим же римским источникам.

Требований, необходимых для возможности приращения, два: «соединение» и «дополнительность».

Мыслимы два случая соединения: а) движимой вещи с движимой же вещью и б) движимой вещи с недвижимой вещью.

Примерами первого рода являются: письмо *(scriptura)* чужими чернилами по своей бумаге, окрашивание *(tinctura)* чужим пурпуром собственной ткани, рисование *(pictura)* чужими красками по собственному холсту, продевание *(textura)* чужих золотых нитей в собственную основу. Все это суть механические соединения, подобные присоединению чужого колеса к собственной повозке.

Примеры второго рода: засевание чужими семенами собственного участка *(satio),* засаживание его саженцами из чужого питомника *(plantatio),* возведение на нем строения из чужих строительных материалов *(inaedificatio).*

Между тем как в случае соединения движимой и недвижимой вещи никаких проблем не возникает, поскольку в качестве главной вещи всегда рассматривается недвижимая вещь, в другом случае следует кое-что уточнить.

Что касается соединения, то необходимо, чтобы оно было окончательным и неразрывным (например, *ferruminatio,* т. е. сварка посредством однородного материала). Если же соединение временное или допускает разъединение (например, *adplumbatio,* т. е. пайка оловом; деревянные соединения), право собственности на дополнительную вещь не прекращается и сохраняется до тех пор, пока соединение имеет место, хотя и в «застывшем состоянии» (§ 11), но сохраняя готовность «пробудиться», когда союз самопроизвольно или намеренно прекратит существование. Разделение может быть вызвано самим же хозяином дополнительной вещи, вчинившим иск о предъявлении вещи *(actio adexhibendum),* предпосланный истребованию вещи, *rei vindicatio* (§ 155).

Что касается требования дополнительности, то, чтобы решить вопрос о принадлежности целого, необходимо выяснить, какую из со-

[1] Строго говоря, происходит изменение самой вещи, увеличивающейся за счет приращения, тогда как право на этот объект остается идентичным прежнему.

единенных вещей следует считать главной, а какую дополнительной. Мнение (предложенное, вероятно, школой сабинианцев), к которому склонялось римское право, принятое также и в юстиниановском праве, сводилось к тому, что главной вещью надо считать не ту, что больше по ценности или по объему (например, алмаз по отношению к кольцу, в которое он вделан), но как раз ту, которая сообщает всему в целом хозяйственно-экономическую функцию (а значит, именно кольцо по отношению к алмазу)[1]. В особом случае *pictura* сабинианцы считали главной доску, а прокулианцы — изображение[2]. Юстиниан разрешил спор тем, что, принимая в учет скорее соотношение между художественной ценностью картины и продажной стоимостью доски, *tabula,* а не между стоимостью красок и доски, постановил считать картину принадлежащей художнику[3].

Разумеется, приобретение собственником главной вещи происходит не безвозмездно: он должен рассчитаться с собственником дополнительной вещи, выплатив ему ее стоимость.

§ 143. Г) Речные наносы

Такое приобретение может оказаться обращенным в пользу собственников участков по берегам рек в том случае, если участки эти *arcifinii* (§ 136). И в самом деле, *agri limitati* граничат не с рекой, а с *limes*. Здесь можно выделить четыре случая:

а) *adluvio* (намыв), когда размеры земельного участка увеличивают отложения, которые медленно и незаметно скапливаются по берегам речного потока;

б) *avulsio* (отрыв), когда размеры земельного участка вырастают сразу на целый кусок, который напором потока оторван от участка, расположенного выше по течению;

в) *insula influmine nata* (остров, выросший посреди реки), который прибавляется к участкам по берегам и делится между ними по линии, проходящей посередине между берегами;

'Противопоставление оснований ценности и хозяйственной определенности проводится Павлом (D. 6.1.23.3) в связи с вопросом о живописи на чужой доске.

Тексты в нашем распоряжении не позволяют утверждать, что распределение мнений было таким, как пишет Санфилиппо. Gai. 2. 78 (D. 41.1.9.2) упоминает лишь мнение «некоторых», которое в дальнейшем (как свидетельствует Павел — см. пред. прим.) не получило признания. Принято считать, что живописца признавали собственником именно сабинианцы, возможно, не вся школа, а лишь некоторые юристы. Прокулианцы же придерживались противоположного взгляда.

[3]1. 2.1.34.

г) *alveus derelictus* (высохшее русло реки), которое присоединяется и делится точно так же, как в предыдущем случае.

Традиционная римская юриспруденция трактует речные приросты, и не слишком точно, в качестве третьего случая соединения (т. е. недвижимой вещи с недвижимой же), так что вместе с двумя уже упомянутыми (§ 142) он должен был входить в категорию приращения.

На деле же в некоторых случаях («в», «г») здесь не выполняется требование наличия двух изначально отдельных вещей и уж во всяком случае может отсутствовать требование дополнительности, поскольку вполне мыслимо, чтобы участок на берегу реки имел по отношению к приращению лишь дополнительную ценность.

§ 144. Д) Слияние *(confusio)* и смешение *(commixtio)* материалов

Когда две однородные, принадлежащие разным собственникам жидкие (например, вино, масло) или твердые массы (например, зерно) оказываются перемешанными (случайно или преднамеренно), то, поскольку отношение между основной и дополнительной вещью реализоваться здесь не может, не может иметь места и случай приращения, но происходит «слияние» (для жидкостей) или «смешение» (для твердых тел).

Факт смешения прекращает два первоначальных права собственности и создает общую собственность двух субъектов на всю возникшую в результате смешения массу в долях, пропорциональных стоимости перемешавшихся вещей.

Исключением является случай *commixtio* монет *(nutnmi)*. Тот, кто смешивает чужие деньги со своими, становится их исключительным собственником, несмотря на то что становится обязанным возместить эквивалентную сумму (разумеется, если он их похитил, то будет отвечать еще и за кражу).

§ 145. Е) Переработка *(specificatio)*

Данный вид приобретения собственности заключается в изготовлении за свой счет из материала, бывшего изначально чужим, такого изделия, которое в общественно-экономическом восприятии рассматривается как новая и отличная от первоначальной вещь (например, из чужого винограда — вино, из чужого золота — ожерелье). «За свой счет», — сказали мы. И верно, если ремесленник переделывает материал, изначально принадлежавший другому человеку, по поручению хозяина этого материала или во всяком случае в его интересах, здесь не возникает следствий, присущих именно «спецификации». Между ними имеет место скорее обязательственное отношение, которое в

зависимости от обстоятельств может быть поручением (§ 246), наймом (§ 244), *«negotiorum gestio»* (§ 250)'.

Две римские юридические школы вели дискуссию относительно принадлежности новой вещи, *nova species,* причем сабинианцы полагали, что она должна принадлежать собственнику изначального материала, а прокулианцы — ремесленнику или изготовителю. Прокулианцы исходили из того, что в результате переделки оказалась уничтоженной первоначальная вещь, а с ней и соответствующее право собственника. Вопрос был решен с помощью компромисса, *media sententia,* который возник еще на стадии зрелой классики, а впоследствии был подтвержден Юстинианом. Было постановлено, что *nova species* должна принадлежать собственнику материала или же изготовителю в зависимости от того, можно ли изделие, которое возникло в результате переработки, возвратить в первоначальное состояние. Если же изготовитель был еще и совладельцем материала, изготовленная вещь принадлежала ему в любом случае.

§ 146. Ж) Присуждение *{adiudicatio)*

Этот вид приобретения собственности связан с исходом процессов по трем искам о разделе: *actio communi dividundo* между общими собственниками (§ 138), *actio familiae erciscundae* между сонаследниками (§ 287) и *actio finium regundorum* с целью урегулирования границ между собственниками соприкасающихся участков (§ 157). В этих процессах судья в силу включенной в формулу *adiudicatio* (§ 78) наделен полномочиями присудить тяжущимся собственность в отношении частей, возникших из разделения. Такую собственность следует рассматривать в качестве нового права по отношению к общей собственности, которая существовала у тех же самых субъектов на идеально невыделенные доли общей вещи.

§ 147. 3) Приобретение плодов

Пока плод присоединен к «вещи-матери» (висящий плод, § 45), он еще не имеет самостоятельного существования (является частью

• В действительности наличие обязательственного отношения между мастером и собственником материала никоим образом не снимает вопроса о вещно-правовом эффекте переработки, который наступает независимо от лично-правового контекста. Кажущееся противоречие задано тем, что известно лицо, для которого изготовляется новая вещь. Однако в практической плоскости проблема разрешается именно в рамках контракта: мастер, став собственником новой вещи, должен будет во исполнение заказа передать собственность заказчику (поверенный — доверителю в исполнение договора поручения и т. д.).

вещи, *portio rei)* и потому отдельная собственность на него не распространяется.

В момент отделения плод, как правило, попадает в собственность хозяина *(dominus)* вещи, принесшей плод, что происходит вследствие проецирования права собственности с распространением его на все то, что составляет доход от вещи. Но в тех случаях, когда существует особое право на получение плодов, которое принадлежит носителю, отличному от собственника вещи-матери (узуфруктуарий, § 175; арендатор, § 244), собственность на плоды приобретается посредством осуществления такого права соответствующим носителем, а именно через их действительное «потребление»[1]. И в самом деле, он не смог бы приобрести плоды в силу простого их отделения, поскольку вышеуказанная проекция права собственности на плодоносящую вещь здесь осуществиться не может, так как он им не обладает.

Приобретение плодов путем «потребления» можно, однако, рассматривать как происходящее изначальным образом только тогда, когда оно связано с вещным правом. И напротив, производным оказывается приобретение их арендатором, которое происходит как бы в силу *traditio* арендодателя, позволившего вместе со сдачей имущества также и потребление плодов.

§ 148. Производные способы приобретения

А) *Mancipatio* (манципация)

Манципация заключается в торжественной формуле *ius civile,* которая применялась не только к приобретению *dominium,* но и к разным иным ситуациям, связанным с властью, относящимся как к вещам («сервитут», § 172), так и к лицам *(liberi in mancipio,* § 96; женщины *conventae in manum,* § 109). В еще более отдаленные времена она служила также процедурой, заменявшей завещание *{mancipatio familiae,* § 301).

В присутствии по крайней мере пяти свидетелей — совершеннолетних римских граждан и при участии весовщика, *libripens* (которым являлся еще один совершеннолетний римский гражданин, державший в руке весы, *librd),* приобретатель, который назывался *mancipio accipiens,* произносил *certa et sollemnia verba* (слова эти изменялись, смотря по приобретению, на которое было направлено действие, в соответствии с целевыми *nuncupationes,* заранее установленными юриспруденцией понтификов) и, когда это требовалось, совершал некоторые ритуальные действия. Так, в случае *mancipatio,* имевшей своей целью приобре-

[1] *Perceptio.*

тение права собственности, приносили вещь, а на весы бросали кусок необработанной меди, который назывался *rauducculum*. Другая сторона *(mancipio dans)* молчала и тем самым одобряла то, что совершалось. В силу этой своей *auctoritas* (одобрения) она оставалась уязвимой для иска *actio auctoritatis* в случае «эвикции» (т. е. когда приобретатель утрачивал впоследствии объект приобретенного права по причине *vindicatio,* которую успешно реализовывал по отношению к нему действительный собственник этого объекта). *Actio auctoritatis* предполагала ответственность по отношению к *mancipio accipiens* в двойном размере. Чтобы избежать на практике такого следствия в тех случаях, когда право передавалось безвозмездно или когда желали избежать ответственности за эвикцию, стоимость объекта символически оценивалась в момент акта в одну монету — *nummus* (так называемая *mancipatio nummo uno).*

Присутствие *libripens* со всеми сопутствующими этому атрибутами и тот факт, что в глубокой древности деньги не считали, а взвешивали, заставляют предполагать, что *mancipatio* возникла во времена, когда чеканной монеты как формы для осуществления передачи *res* за соответствующее возмещение (т. е., собственно говоря, продажи) еще не знали, и что лишь впоследствии, через сведение взвешивания к чисто символическому действию, этот акт был приспособлен к возможности приобретения по иным основаниям.

С приходом торжественных форм в упадок *mancipatio* стала постепенно утрачивать свое значение. В частности, претор осуществлял защиту приобретения *res mancipi,* сделанного даже с помощью простой *traditio,* и вообще признал имущественные права, доставшиеся субъекту без соблюдения «весовой» формы (так называемая преторская собственность, § 137).

Однако на протяжении всей классической эпохи *mancipatio* сохраняла свое значение важнейшего инструмента для достижения юридических результатов, которые были бы иначе невозможны (например, *emancipatio,* § 103; *adoptio,* § 121; *conventio in manum fiduciae causa,* §109 и т.д.).

В послеклассическую эпоху *mancipatio* хоть и сохранялась во имя традиции, однако оказалась лишенной всякого содержания и перешла в письменные документы в качестве стилистической оговорки, сообщая переходную действенность праву собственности или образовывая иные права. В юстиниановском праве она была формально упразднена.

§ 149. Б) *In iure cessio* (судебная уступка)

Как и *mancipatio,* это общий способ приобретения абсолютных прав (§ 11). Если говорить о собственности, он применяется для передачи как *res mancipi,* так и *nec mancipi.*

Способ этот состоит в сделке процессуального характера, которая, однако, предстает в форме фиктивной тяжбы, начинающейся /л *iure,* однако не продолжающейся *in iudicio* (§ 75).

Приобретатель (якобы истец) и лицо отчуждающее (якобы ответчик), предварительно договорившись, являются к магистрату. Здесь первый делает вид, что истребует вещь как свою в форме *rei vindicatio* по *legis actio sacramento in rem* (§ 75): «*Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*» («Я заявляю, что эта вещь — моя по квиритскому праву»). Одновременно он касается вещи, которая должна присутствовать /л *iure,* палочкой (символически изображающей копье, *signum iusti dominii).*

Со своей стороны, отчуждающий, который, иди здесь речь о настоящей тяжбе, вполне мог бы заявить ответное требование, *contravindicare,* не возражает, а соглашается или молчит. Тем самым он делает вид, что признает утверждение истца за истинное, вследствие чего проигрывает тяжбу и уступает *(in iure cedit).* Таким образом, если подходить формально, при *in iure cessio* осуществляется не переход собственности, а судебное признание предшествующего права собственности приобретателя.

С упадком цивильной формалистики акт утратил свой процессуальный характер также и по форме и сделался из *in iure cessio* просто *cessio,* т. е. той самой «цессией» вещи или права на нашем юридическом языке.

§ 150. B) *Traditio* (передача)

Этот способ приобретения собственности заключается в материальной передаче вещи от отчуждающего *(tradens)* приобретающему *(accipiens),* при наличии *iusta causa traditionis* (правомерного основания передачи), пригодного для того, чтобы право собственности было передано. Первоначально передача приводила к таким вещно-правовым последствиям лишь применительно к *res nec mancipi,* но когда сгладилось противопоставление *res mancipi* и *nec mancipi,* а *in iure cessio* исчезла, в юстиниановскую эпоху она сделалась, вообще говоря, единственным способом передачи собственности.

Так что в случае *traditio* переход права собственности требует осуществления передачи владения вещью, передачи, которая в более архаическую эпоху, что мы еще увидим (§ 165), понималась абсолютно материалистическим образом, как реальное овладение вещью со стороны приобретателя. Но со временем, в особенности благодаря трудам юристов, передачу эту стали понимать все шире и абстрактнее.

Однако для того, чтобы переход собственности имел место, недостаточно материальной передачи владения, ведь владение вещью мо-

жет быть передано и без передачи права собственности (как происходит, например, в *traditio* с целью ссуды или аренды). Чтобы собственность была передана, необходимо еще и то, чтобы *tradens* и *accipiens* имели намерение соответственно передать и приобрести такое право и чтобы это намерение было основано на *iusta causa traditionis,* т. е. на таком основании, которое признается в качестве пригодного для передачи права собственности (например, купля-продажа).

В результате действия принципа, упомянутого в связи с *nummi commixti* (§ 144), может произойти и так, что *traditio* осуществит перенос собственности также и в отсутствие *iusta causa;* то же имеет место и тогда, когда такое основание по ошибке считают имеющимся в наличии (уплата недолжного, § 251) или это основание оказывается даже незаконным. Однако в таких случаях приобретатель не имеет никаких оснований сохранять собственность на выплаченную сумму и потому против него допускается выдвижение иска в форме *condictio (condictio indebiti, condictio ob turpem causam,* § 251)[1].

§151. Г) *Litis aestimatio* (оценка тяжбы)

Вообще говоря, к схеме *traditio* может быть сведена и *litis aestimatio.* При *rei vindicatio* процесса по формуле (§ 155) по уже обсуждавшейся причине частного характера судебного решения, *sententia,* которое выносил *iudex* (§ 77), это судебное решение ни в коем случае не имело целью возврат вещи, а лишь уплату суммы денег («денежное присуждение»). «Виндицируюший» истец не может добиться возврата своей вещи в принудительном порядке (на что он мог рассчитывать при *iudicio extra ordinem,* § 81), но может лишь, когда ответчик дает отрицательный ответ на высказанное судьей *iussus de restituendo* (повеление о возврате), перейти к *aestimatio* тяжбы. Это происходит в форме специальной клятвы *(ius iurandum in litem),* так что упорный ответчик, который соглашается на уплату оценки, *aestimatio,* приобретает право собственности на спорную вещь.

Ius iurandum истца и решение ответчика не возвращать вещь по доброй воле, но заплатить за нее *oestimatio,* образуют, таким образом, некоего рода соглашение, которое позволяет говорить о приобретении права собственности производным образом.

[1] Следует пояснить, что это именно личный иск, при котором владелец выступает в качестве должника истца, а не как нарушитель его вещного права: право собственности владельца не отрицается в данном процессе, но даже предполагается, поскольку только собственник может исполнить требование *dare* — перенести право собственности. Таким образом, *traditio sine causa* или *ob turpem causam* переносит собственность, но при этом порождает неконтрактное обязательство вернуть полученное (или его стоимость) — так называемый квазиконтракт.

§ 152. Д) Легат/до *vindicationem* (посредством истребования)

Этот способ приобретения собственности, как и многие другие права, относится к наследственному праву (§ 328). Ограничимся здесь указанием на то, что он является сделкой *mortis causa,* когда завещатель торжественно повелевает, чтобы какая-то вещь или ряд вещей, принадлежащих ему *ex iure Quiritium,* были после его смерти изъяты из наследства и переданы указанному им лицу, называемому «легатарий».

§ 153. Приобретение собственности по давности

Мы приберегли рассмотрение этого способа приобретения под конец по двум причинам. Во-первых, потому, что продолжает обсуждаться вопрос о том, следует ли относить его к типу первоначальных способов приобретения либо производных, а во-вторых, поскольку он в некотором смысле является дополнительным способом по отношению к прочим.

И действительно, приобретение права собственности, даже если оно и произошло одним из вышеперечисленных способов и, по видимости, с соблюдением всех правил, так что все это порождает у приобретателя и третьих лиц убежденность в полной безупречности, на деле может заключать в себе такой дефект, который окажется в состоянии опровергнуть сам факт приобретения. Достаточно представить себе отчуждение *res mancipi,* произведенное по всем правилам манципации, которое, однако, было сделано (умышленно или же без умысла) лицом, не являвшимся ее собственником. В таком случае, с одной стороны, действительный собственник всегда мог бы потребовать эту вещь как принадлежащую себе («эвикция»), так что тот, кто совершил ее отчуждение (и его наследники до бесконечности), всегда должен был бы отвечать перед приобретателем (и его наследниками также до бесконечности). С другой стороны, если вообразить себе длинную последовательность следовавших друг за другом приобретений, для доказательства того, что ты являешься настоящим собственником, следовало бы доказать, что ты приобрел ее без каких-либо порочных обстоятельств у лица, которое в свою очередь без каких-либо пороков приобрело ее у третьего лица, также приобретшего ее непорочно, и так далее до бесконечности (по причине величайших затруднений, с которыми связано такое доказательство, его обыкновенно называют «дьявольским», *probatio diabolica).*

Положить конец этому состоянию бесконечной неуверенности помогает правопорядок, ограничивающий такое расследование определенным сроком, по истечении которого, при условии, что настоящий собственник не совершает никаких действий, все дефекты приобретения считаются исправленными, фактическое пользование ве-

щью преобразуется в действительное право собственности, вследствие чего лицо, совершившее ее отчуждение, оказывается освобожденным от гарантии на случай истребования, который больше не может возникнуть. *«Bom publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu etfere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium»* («Приобретение по давности введено в целях общественной пользы, чтобы некоторые вещи долго, едва не постоянно, не пребывали в состоянии, когда вопрос о собственности на них непрояснен, поскольку для разыскания своих вещей хозяевам достаточно установленного срока») (D. 413.1).

Usucapio — чрезвычайно древний институт, изначально применявшийся также и к приобретению прав, отличных от собственности (например, *conventio in manum,* § 109; *usucapio pro herede,* § 278).

Что касается права собственности, то требованиями, исполнение которых было необходимо для того, чтобы приобретение *по* давности имело место, во времена XII таблиц были: фактическое пользование вещью, или «владение» (§ 164), и продолжительность этого владения, которая была установлена в два года для земельного участка, *fundus,* и в один год для всех прочих вещей *(ceterae res).* Однако уже довольно скоро стали требовать еще и того, чтобы объект приобретения по давности не был *resfurtiva* (похищенная вещь) или *vipossessa* (приобретенная силой), и на основании этого объективного требования юриспруденция вывела субъективное и общее требование. Оно заключалось в 1
том, чтобы в момент приобретения своего владения владелец был «добросовестен», т. е. пребывал в убеждении, что он не нарушает ничьи 1
права. Юридическая наука выработала также требование о том, чтобы владелец был в состоянии представить надлежащие основание *(iusta* 1
causa) приобретения (например, купля-продажа, приданое и т. д.; но также и распоряжение магистрата, § 160).

Usucapio, будучи институтом *ius civile,* не могло применяться к *non cives,* а также к земельным участкам, находящимся за пределами Италии. Однако в провинциях тем же требованиям удовлетворял аналогичный институт: *longi temporis praescriptio* (предписание давности). Правда, в таком случае речь шла не о приобретении права собственности, а лишь о некоего рода возражении, которое давало защиту от возможной *rei vindicatio* тому, кто владел вещью в течение определенного времени (установленного уже в III в. н. э. в 10 или в 20 лет, в зависимости от того, проживали ли тяжущиеся стороны в одном городе или в разных), однако не давало ему права вчинять иск с целью возвращения утраченного им владения.

Впоследствии была введена еще *praescriptio,* которая установила 40-летний срок в пользу владельца, в отношении которого не выпол-

няготся требования о надлежащем основании и добросовестности. Срок, требуемый этой *praescriptio,* был снижен, когда Феодосии II установил более общую давность *[praescriptio longissimi temporis* или *triginta annorum),* согласно которой любому лицу было запрещено вчинять какой угодно иск по истечении 30 лет после нарушения его права (§ 73).

В послеклассическую эпоху происходило слияние *usucapio* и *longi temporis praescriptio* в единый институт в результате упразднения различия между *cives* и *peregrini* и между италийскими и провинциальными землями. Отсюда возник юстиниановский режим приобретения по давности, или приобретательная давность, в соответствии с которым было необходимо выполнение следующих требований, обобщенных средневековыми юристами в мнемоническом гекзаметре: *«res habilis, titulus, fides, possessio, tempus».*

Под *res habilis* («вещь пригодная») понимается пригодность объекта для того, чтобы его приобрели по давности. Так что отсюда исключаются, как это, впрочем, было уже в классическом праве, изъятые из оборота, ворованные и насильственно удерживаемые вещи.

Под *titulus* (или *iusta causa)* следует понимать основание приобретения, которое должно быть пригодным для того, чтобы собственность была приобретена, хотя основание это и оказалось в силу каких-то причин дефектным. Такое основание продолжает указываться (как это делали уже классические юристы) с добавлением предлога *pro* (т. е. «за, в качестве»: *pro emptore, pro dote, pro soluto* и т. д.).

Под *Ъona fides* здесь также понимается убежденность владельца в том, что *он* не нарушает чужие права.

Под *possessio* продолжают понимать, как мы убедимся ниже (§ 164), материальное удержание вещи, сопровождающееся намерением сохранить ее за собой[1].

Наконец, под *tempus* теперь понимается продолжительность непрерывного владения, которая установлена в 3 года для движимых вещей, а для недвижимых — в 10 лет *interpraesentes* (т. е. сторон, обитающих в одной и той же провинции) и в 20 лет *inter absentes.*

Как было установлено еще в глубокой древности, наследник может суммировать время своего владения с временем владения того, от кого оно ему досталось, — *successio possessionis* (преемство давности владения). Кроме того, допускалось (в отличие того, что имело место в классическом праве, по крайней мере вплоть до эпохи Северов), что и

[1]Добавим, что в отношении приобретательной давности имеется в виду непрерывность владения, т.е. пребывание этой признанной фактической связи приобретателя с вещью (каковой является юридическое владение) не нарушенной в течение всего установленного законом срока давности.

приобретатель по сингулярному основанию может суммировать время своего владения с временем владения своего предшественника — *accessio possessionis* (приращение давности владения)[1].

Также и в отношении перерывов в юстиниановском праве наблюдаются некоторые нововведения. Ныне течение срока давности может быть прервано не только таким обстоятельством, которое прерывает владение материально *{usurpatio,* «естественный перерыв»), но также и вчиненным владельцу судебным иском («цивильный перерыв»)[2]. После перерыва, если владение будет восстановлено, начнет отсчитываться новый срок.

Теперь, когда порядок применения приобретения за давностью изложен, мы оказываемся в состоянии разрешить сомнение относительно того, следует ли его рассматривать в качестве изначального или производного способа приобретения права собственности. Мы присоединяемся к мнению тех, кто полагает, что здесь имеет место изначальный способ приобретения, поскольку, даже если приобретенная за давностью вещь и принадлежала вначале предыдущему собственнику, приобретение тем не менее произошло независимо от его содействия, не как что-то производное от такого содействия, а *ex novo,* в силу объективного факта истечения времени и тех субъективных требований, которые были исполнены самим приобретателем.

§ 154. Утрата права собственности

Все способы приобретения права собственности на производных основаниях образуют применительно к лицу отчуждающему ровно та-

'Как уже указывалось в Общей части курса (§ 11), приобретение по сингулярному основанию, как всякое приобретение отдельного права, противопоставляется универсальному приобретению *(in universum ius),* когда на стороне приобретателя воспроизводится вся юридическая ситуация предшественника в целом. В данном случае *successio possessionis* при наследственном преемстве логично вытекает из его универсального характера, тогда как сходный эффект при сингулярном приобретении (например, купле) представляет собой особый случай и основан на интерпретации юристов.

Ютныне требуется не непрерывное, а так называемое спокойное владение. Предъявление вещного иска само по себе не нарушает владение, но нарушает течение давности, которая в юстиниановском праве, по сути, уже является не приобретательной, а исковой: она производит эффект не непосредственно в материальном плане, преобразуя позицию добросовестного титульного владельца в право собственности, а опосредованно — закон признает владельца собственником, когда выявляется истечение исковой давности на стороне невладеюшего собственника, который с этого момента уже не может отсудить свою вещь. Процессуальная природа нового способа приобретения (реликт *longi temporis praescriptio)* и сказалась на новом требовании спокойного владения.

кое же число способов утраты им своего права. Однако независимо от передачи, право собственности может прекратиться и по иным основаниям, имеющим отношение к объекту или субъекту права.

Объективным основанием является «полное уничтожение» (гибель) вещи. Речь здесь может идти о физическом уничтожении объекта или о наступившей юридической непригодности к тому, чтобы образовывать *объект* собственности. Например, *вещь* может сделаться неприемлемой для *commercium* (§ 36), раб может быть отпущен на свободу (§ 89). Частичное уничтожение сводит собственность к собственности на уцелевшие части вещи. Однако также и в случае полного ее уничтожения сохраняется собственность на остатки уничтоженной вещи, хотя теперь они наделены новыми экономическими функциями (мясо, кожа и пр. мертвого животного; уголь сожженного дерева; камни обрушившегося дома).

Субъективные основания прекращения права собственности могут быть произвольные, как *derelictio* (§ 140), так и непроизвольные, какими являются все основания, создающие непригодность субъекта к тому, чтобы быть носителем прав (§ 15).

§ 155. Защита права собственности

А) *Rei vindkatio* (истребование вещи)

Римское право наделяет собственника рядом процессуальных средств, пригодных для того, чтобы защитить его права против всех возможных нарушений с чьей бы то ни было стороны.

Поэтому каждое из этих средств соответствует особому виду нарушения права собственности.

Главный охраняющий собственность иск называется га *vindicatio,* и направлен он на то, чтобы защитить собственника от наиболее грубого нарушения его права, а именно от деяния другого лица, которое незаконно удерживает вещь.

Таким образом, га *vindicatio* может быть с успехом использована собственником *(dominus ex iure Quiritium)* вещи, который ею не владеет, против владельца, который не в состоянии противопоставить ему *iusta causa possidendi* (например, узуфрукт, аренда, залог и т. д.)[1]. Внача-

[1]Подчернем, что в этих ситуациях виндикационный иск невозможен. Если же лицо, получившее вещь по воле собственника на основании какого-либо договора (который и является *iusta causa possessionis),* отказывается вернуть вещь, оно становится неправомерным владельцем и отвечает по виндикаиионному иску (а если вещь уничтожена или отчуждена — по кондикционному иску вследствие кражи). В ситуации, когда лицо, получившее вещь по договору, не считается владельцем, как при узуфрукте, аренде, подряде, поклаже, ссуде, поручении, виндикационный иск исключен еще и потому, что владельцем вещи по-прежнему признается собственник, так что оснований для иска (в отсутствие противоправного присвоения вещи контрагентом) просто не возникает.

ле под владельцем понимали только владельца *ad interdicta* («для интердиктной защиты»), в зрелую классическую эпоху им мог быть и держатель вещи (§ 164).

В более архаичную эпоху *rei vindicatio* осуществлялась посредством *legis actio sacramento in rem* (§ 75), в процессе по формуле использовалась *formula petitoria* (петиторная формула). Главное различие между ними заключается в том, что в первом случае истец и ответчик оказывались в равном процессуальном положении, поскольку они оба заявляли о своем праве на вещь (откуда и возникало временное, промежуточное присуждение владения магистратом до конца этапа процесса *in iure).* В процессе же по формуле в положении владельца оставался тот, кто был им на момент начала тяжбы, из чего следовало, что бремя доказывания возлагалось на истца.

Как мы уже знаем (§ 77), в обеих процедурах действует принцип денежного присуждения, вследствие чего, когда ответчик оказывает сопротивление, истец не может добиться возврата вещи, но получит лишь *litis aestimatio* (§ 151). Присуждение к выдаче самой вещи, *in rem ipsam,* выносится лишь при *cognitio extra ordinem,* в случае которого возврат вещи осуществляется вооруженной силой, *manu militari* (§ 81).

Ответственность за гибель вещи или ее повреждение после *litis contestatio* нес в случае своего проигрыша ответчик, если только это не было вызвано случайностью или непреодолимой силой. Возможное наступление *usucapio* в пользу ответчика после *litis contestatio* (что могло произойти в классическую эпоху, поскольку истребование вещи в судебном порядке не прерывало приобретения по давности, § 153) также не освобождало его от ответственности перед истцом, которому он должен был передать вещь или выплатить ее *aestimatio.*

Rei vindicatio нацелена на то, чтобы добиться возврата не только вещи, но и всех связанных с ней выгод *(omnis causa rei,* приращения, § 142, 143; плоды, § 45), которыми обладал бы собственник, если бы вещь была ему возвращена в момент *litis contestatio.*

Что до плодов, то различным оказывается положение добросовестного и недобросовестного владельца. Вплоть до классической эпохи первый приговаривался вернуть лишь те плоды, которые были извлечены после установления процесса *(percepti post Шем contestatam),* а второй — также и те, которые были *percepti* и до этого *{ante Шем contestatam).* В юстиниановскую эпоху приговор распространяется: для первого — на плоды, которые он мог извлечь *(percipiendi) post Шем contestatam* и *percepti ante Шем contestatam,* если они еще существуют *(extantes);* для недобросовестного же владельца приговор распространяется на все плоды, *percepti* и *percipiendi, extantes* и *comsumpti* (потребленные), *ante* и *post Шем contestatam.*

В случае, если владелец произвел затраты в связи с вещью *(impensae in rem,* § 46), в классическую эпоху он не мог притязать на возмещение, кроме как обратившись к помощи претора, который предоставлял ему *exceptio doli {generalis,* § 67), и с ее помощью он парировал требование виндицирующего. В юстиниановском же праве за владельцем было признано в полном смысле действительное право на возмещение, детально разработанное в зависимости от того, было ли владение добросовестным или недобросовестным и были ли совершенные затраты необходимыми, полезными или служащими удовольствию.

Ответчик по *rei vindicatio* считался обязанным гарантировать (с участием поручителя) исполнение судебного решения, которое может последовать *(satisdatio iudicatum solvi).* В случае его отказа претор передавал истцу, если он со своей стороны был готов дать гарантию *(satisdare),* владение вещью, вследствие чего стороны менялись местами, а значит, бремя доказывания переходило на ответчика (§ 73).

Rei vindicatio защищала лишь *dominium ex iure Quiritium.* В отношении провинциальной собственности (§ 137) применялся аналогичный иск с помощью приспособления формулы *rei vindicalio,* а для преторской собственности была введена *actio Publiciana* (§ 137). При общей собственности (§ 138) в классическую эпоху иск *vindicatio* давался каждому собственнику лишь в отношении его доли, *pro quota* (в случае же архаического *consortium,* возможно, что и в отношении всего, *in solidum,* § 137).

§ 156. Б) *Actiones negativae*

Это иски *in rem* (§ 79), имеющие целью отразить всякого, кто хотя и не оспаривает права собственности истца, однако притязает на то, чтобы пользоваться в его вещи каким-либо ***ius*** *in re aliena* (сервитут, узуфрукт). Судья всегда приглашает ответчика по такому иску представить *cautio de amplius non turbando,* т. е. принять на себя обязательство избегать в будущем действий, причиняющих беспокойство собственнику.

Как и в случае *rei vindicatio,* в архаической процедуре формой иска был *legis actio sacramento in rem* (§ 75), в процессе посредством формул —*formula petitoria.* Название этих исков происходит от негативной структуры формулы, которая обращена не на удостоверение существования права истца, а на несуществование права ответчика.

Однако когда речь шла о том, чтобы отрицать чужие права с негативным содержанием (например, *servitus altius non tollendi,* «сервитут невозведения выше», § 171), *intentio* выражалась в противоположном утверждении (истец утверждал, к примеру, что у него имеется по отношению к противнику *ius altius tollendi).* Чтобы охватить также и этот случай, иски *negativae* называли поэтому еще и *negatoriae.*

§ 157. Защита недвижимой собственности в отношениях по соседству
А) *Actio finium regundorum* (об упорядочении границ)

В отношении *agri arcifinii,* т. е. лишенных *limes* и потому непосредственно граничивших друг с другом (§ 136), могли возникнуть неясности или разногласия по поводу расположения межевых знаков или принадлежности определенных участков на границе. Начиная с глубокой древности в первом случае (а в классическую эпоху — также и во втором) использовался *actio finium regundorum,* и поскольку он содержал в формуле *adiudicatio* (§ 78), то давал судье полномочия изменять форму границ (вероятно, с учетом соответствующей денежной компенсации).

§ 158. Б) *Actio aquae pluviae arcendae* (об удержании дождевой воды)

Этот иск (восходящий к Законам XII таблиц) вчинялся хозяину вышележащего участка, который в ущерб нижележащему участку изменил естественный режим стока вод. Иск возник для случая наводнения, вызванного искусственными причинами, однако был расширен на случай противоположный — искусственного лишения воды, хотя первоначальное название иска сохранилось и здесь.

§ 159. В) *Interdictum de glande legenda* (о сборе плодов)

Законы XII таблиц наделяли собственника участка правом через день *(tertio quoque die)* входить на соседний участок, чтобы собирать плоды, упавшие с деревьев, растущих возле границы. В случае противодействия соседа такое право защищалось претором посредством *interdictum de glande legenda*.

§ 160. Г) *Cautio damni infecti* (гарантия на случай грозящего ущерба)

Когда одно из двух расположенных по соседству зданий в силу природных или зависящих от человека причин *(vitium aedium, loci, operisve)* оказывалось в угрожающем положении, так что в будущем оно могло нанести ущерб и соседнему зданию, собственник этого последнего мог потребовать (или обратиться к претору, чтобы потребовал он) от собственника здания, от которого исходит угроза нанесения ущерба, предоставить *cautio damni infecti,* т. е. обещание возместить ущерб, который может быть причинен. Если собственник здания не приступал к необходимым исправлениям или не предоставлял истребованную cautio, претор допускал собственника здания, которому угрожало соседнее, к владению зданием, от которого исходила угроза, уполномочивая его на первых порах владеть им вместе с его собственником.

Практически претор обеспечивал ему свободный доступ на участок соседа, чтобы проконтролировать ход работ и таким образом оказать давление на хозяина *(missio in possessionem* (§ 80) *ex primo decreto,* на основании первого распоряжения). Затем, если последний упорно продолжал оказывать противодействие, претор *(ex secundo decreto,* на основании второго распоряжения) допускал собственника здания, которому угрожает ущерб, к исключительному владению зданием, от которого исходила угроза ущерба, причем владение это способно было привести к приобретению по давности (§ 153).

Гай сообщает, что существовала также возможность вчинения *legis actio damni infecti* (который пережил даже упразднение *legis actiones,* § 77), но нам неизвестно, каков был порядок его применения.

§161. Д) *Operis novi nuntiatio* (извещение о производимых вновь работах)

Тот, кто опасался нанесения ущерба новым строительством, затеянным соседом, мог потребовать от него *{denuntiare)* приостановить работы. *Nuntiatus,* извещенный, мог обратиться к претору за разрешением продолжать работы *(remissio),* но если он продолжал их по собственной инициативе, несмотря на *nuntiatio,* то тот, кто вначале выступал с запрещением, получал от претора *interdictum demolitorium* (о разрушении), которым он обязывал *nuntiatus* привести все в изначальное состояние.

§162. Е) *Interdictum quod vi aut clam* (интердикт о том, что сделано насильственно или втайне)

Это приказание, отдаваемое претором по просьбе заинтересованного лица (т. е. прежде всего *dominus)* приостановить начатые соседом v/ (насильственно) или *clam* (втайне) работы (т. е. вопреки запрету заинтересованного лица в первом случае или без его ведома — во втором), которые наносят ущерб правам того, кто обратился. В случае действий, предпринимаемых на собственном участке, не вполне ясно различие между этими работами, *opus,* начатыми v/, и новым строительством, когда применяется *operis novi nuntiatio.*

§163. Ж) *Interdictum de arboribus caedendis* (интердикт об обрезке деревьев)

Это распоряжение претора, которое уполномочивает собственника недвижимости самолично обрезать ветви растущих на соседнем участке деревьев, нависающих над его участком на высоте менее 15 футов. Распоряжение применяется в том случае, когда сосед отказывается их обрезать или противодействует в этом заинтересованному лицу.

Глава III.
Владение

§ 164. Понятие и различные типы владения

Несмотря на то что в обыденном языке термины «владение» и «собственность» используются как взаимозаменяющие, «владение» не является синонимом «собственности», это специальный термин, выражающий вполне определенное юридическое понятие. Именно под «владением вообще» понимают фактическое положение *(resfacti),* в силу которого субъект материально удерживает вещь, вне зависимости от того, имеет ли он на то право. Следовательно, владение может быть следствием как собственности, так добросовестного приобретения от несобственника, а также найма, воровства и т. д.

Хотя речь здесь и идет о *res facti,* защита владения как такового является необходимостью для любого правопорядка, а значит, и римского. Иначе владелец вещи всегда мог бы быть лишен своего владения первым встречным или был бы принужден при всяком осложнении (если предположить, что для этого хватало бы времени) подвергать себя бесконечно тянущимся и создающим массу неудобств тяжбам, чтобы доказать юридические основания своего владения.

Наоборот, в целях удобства и чтобы не вызывать потрясений в общественном устройстве, правопорядок полагает целесообразным «временно» защитить факт владения таким, каким он является, вне зависимости от того, кто владелец, разумеется, не предрешая вопроса о праве, который всегда может быть разрешен впоследствии обычными судебными средствами.

Поэтому юридическая защита принимает различный вид в зависимости от разных аспектов, которые могут выявиться из факта владения, т. е. в зависимости от большей или меньшей степени важности, придаваемой правом различным конкретным проявлениям владения.

Исходя из этого, в римском правопорядке выделяются разные формы владения.

К первой относится владение того, кто находится в естественном отношении к вещи *(corpore possidere)* и имеет намерение удержать эту вещь за собой *(animus possidendi* или *animus rem sibi habendi),* будь то добросовестно или недобросовестно.

Когда два эти момента *(corpus* и *animus)* сходятся вместе, налицо совершенное владение, рассматриваемое само по себе (т. е. вне зависимости от права на владение) как достойное юридической защиты. Поскольку такая защита осуществляется посредством преторских интердиктов (§ 80), это владение называют владением *ad interdicta.*

Имеется и иной тип владения, называемый естественным владением, *naturalis possessio,* которое состоит в простом материальном удержании вещи, без намерения оставить ее себе, и даже напротив, когда намерение состоит в том, чтобы удерживать ее не для себя, а для другого лица, рассматриваемого в качестве настоящего ее владельца. Здесь имеется момент *corpore possidere,* но отсутствует *animus possidendi,* и потому простой держатель вещи для другого не удостаивается защиты по интердикту. Напротив, она предоставляется тому, для которого держатель вещи ее удерживает, поскольку он-то и имеет *animus possidendi,* а физическое отношение с *res* он осуществляет посредством держателя, который *ministerium suum praestat* (оказывает услугу).

Наконец, имеется квалифицированное владение, которое называется *possessio civilis* или *ad usucapionem (для* давности). Под этим подразумевается весьма древняя форма, известная уже в Законах XII таблиц, поскольку она была включена в наиболее широкое понятие *usus.* Здесь владелец, помимо наличия у него *animus possidendi,* имеет также и основание *(iusta causa possidendi),* на котором базируется его владение (например, дефектная продажа, передача в составе приданого чужого имущества и т. д., которые являются оправдывающими основаниями для владения, даже если они недостаточны, поскольку в них имеются дефекты, для немедленного приобретения права собственности). В таком случае владение может привести к приобретению права собственности по давности, если будут выдержаны и другие требования, различные в разные эпохи, прежде всего истечение установленного срока давности (§ 153).

Уместно напомнить, что, когда говорят о «владении» без всякого уточнения, это относится к обычному владению, образованному *corpore possidere* и *animus possidendi.*

§ 165. Приобретение владения

«Apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore» (D. 41.2.3.1) («Мы вступаем во владение и физически, и волей, и никогда — только волей или только физически»).

Это означает, что владение приобретается, когда субъект исполняет оба требования — объективное требование удержания вещи и психологическое *animus possidendi.* Наличия лишь одного из двух этих моментов оказывается недостаточно, однако нет необходимости и в том, чтобы оба они возникали одновременно.

Объект владения может быть приобретен как изначальным, так и производным способом. Для изначального способа необходимо, чтобы приобретатель осуществил материальное овладение вещью, если речь идет о движимых вещах (охота, рыбная ловля), или же, если имеются в виду недвижимые вещи, чтобы он вступил на земельный участок

или в здание и получил реальную возможность распоряжаться всей вещью. Для производного способа приобретения необходимо, чтобы предыдущий владелец передал движимую вещь приобретателю или же допустил его к исключительному распоряжению недвижимой вещью, оставив ему ее свободной и доступной *(vacuam possessionem tradere)*. Иначе говоря, производное приобретение владения осуществляется посредством уже известной нам *traditio,* той самой *traditio,* которая, если она сопровождается еще и *iusta causa traditionis* (правомерным основанием) и *animus dominii transferendi* (намерением передать господство), в случае *res nec mancipi* передает уже и саму собственность (§ 150), но которая сама по себе, вне зависимости от этих двух моментов, может осуществить передачу материального распоряжения вещью, т. е. владение.

Однако в случае *traditio* материальная передача вещи постепенно стала интерпретироваться в более смягченном виде, когда постоянно все в большей и большей степени снималась необходимость материального акта овладения вещью или ее физического перемещения от предыдущего к последующему владельцу. В результате возникли абстрактные формы *traditio* — такие, как *traditio oculis et adfectu* (глазами и намерением) тому, кто, к примеру, принимает на хранение складированные материалы или же отсчитываемые ему монеты, не прикасаясь к ним; *traditio clavium,* т. е. передача ключей от склада, которой достаточно для того, чтобы передать хранящиеся там товары; *traditio* посредством выражения согласия на выставление сторожа или на нанесение на *res* знака ее принадлежности; *Iraditio longa manu* («передача длинной рукой») — когда с высоты указывают границы земельного участка.

В других случаях *traditio* осуществляется вообще посредством согласия, выраженного в связи с оправдывающей его юридической сделкой. Первый случай здесь образует так называемая *traditio brevi manu* («короткой рукой»), возникающая у того, кто имеет вещь у себя на основании простого держания (например, квартиросъемщик), но приобретает *animus possidendi* и таким образом преобразует, не возобновляя овладения вещью, свое *naturalis possessio* в *possessio ad interdicta,* поскольку прибавляет к *corpore possidere,* которое у него уже имелось, еще и *animusK*

• Строго говоря, требуется не перемена намерения, а изменение основания держания веши (новая сделка с признанным владельцем): только тот держатель считатется владельцем, кто обладает вещью на определенном основании — *iusta causa possessionis. Animus* является производной характеристикой лица, признаваемого владельцем: сама по себе перемена намерения не ведет к приобретению владения, напротив, *animus* автоматически признается за тем, кто по соглашению с предшествующим владельцем получает правомерное основание владения вещью.

Обратную форму по отношению к *traditio brevi manu* образует так называемое установление владения, *constitutum possessorium* (правда, сфера его применения в классическом праве все еще вызывает споры). Например, некто А, который владел вещью *ad interdicta,* хотя и сохраняет ее у себя, теперь уже удерживает ее (по новой юридической сделке) не для себя, а для Б. Таким образом А становится из владельца *ad interdicta* простым держателем, потому что утратил *animus,* между тем как Б приобретает владение *ad interdicta,* поскольку сам по себе исполняет требование в отношении *animus,* а через *ministerium* А он осуществляет требование в отношении материального удержания.

В юстиниановскую эпоху происходит переход от всех этих случаев к чистой фикции передачи вещи, осуществляемой в форме передачи документа, содержащего упоминание передачи владения без того, чтобы оно имело место на практике *{traditio chartae,* грамоты, или *instrumenti,* документа).

Теперь, рассмотрев приобретение материальной составляющей владения, посмотрим, как обстоит дело с приобретением *animus.*

По этому поводу, вообще говоря, много не скажешь: *animus possidendi* приобретается тогда, когда у субъекта возникает намерение удерживать вещь для самого себя, материально господствовать над нею самостоятельно и безраздельно. Произойти это может вследствие *traditio* или иных актов (например, преемство), а также и на основании собственного, независимо принятого решения. В этом последнем случае субъект, который является держателем вещи ради другого (например, хранитель вещи, арендатор), начинает ощущать в себе *animuspossidendi,* преобразует собственное удержание во владение *(interversio possessionis),* поскольку, как было выяснено выше, для того, кто вынашивает такое намерение, не имеет значения добросовестность или недобросовестность этого. Впрочем, само собой разумеется, что, если данный тип владения субъекту не был дозволен, он должен будет нести ответственность *(furtum possessionis,* «кража владения», § 256).

§ 166. Сохранение и утрата владения

Что касается сохранения владения, то следует помнить о том, что оно продолжается настолько, насколько существуют два необходимых

Отсюда классическая максима: «*Nemo sibi causam possessionis mutare potest*» («Никто не может сам по себе изменить основание своего владения»). Только соглашение с предшественником сделает держателя правомерным владельцем; лицо же, самовольно изменившее основание своего владения (и соответствующее намерение), будет считаться владельцем, но неправомерным, как вор. Однако и в последнем случае одного намерения украсть *(affectio furandi)* недостаточно для квалификации юридического факта, требуется соответствующее деяние — *contrectatio* (изъятие веши).

требования *corpore possidere* и *animus,* отсутствие же любого из них владение прекращает.

Правда, требование *corpore possidere* применяется, как мы это видели при рассмотрении приобретения (§ 165), с определенной гибкостью. Для того чтобы удержание вещи считалось сохраняющимся, разумеется, нет необходимости в том, чтобы между владельцем и вещью существовал непрерывный телесный контакт, это было бы нелепо. Достаточно того, чтобы вещь постоянно находилась в практической досягаемости для владельца, так чтобы он мог ею эффективно воспользоваться всякий раз, как того пожелает.

Так, пока движимые неодушевленные вещи нами контролируются, даже в удаленном от нас месте, мы сохраняем владение ими. Сохраняется и владение домашними животными и рабами, даже если они в течение дня обыкновенно удаляются от дома, лишь бы они имели обыкновение возвращаться *(habitus revertendi):* если такое обыкновение перестает иметь место, как в случае отроившихся пчел или одичавших и разбежавшихся животных, владение прекращается. Так, для *saltus hiberni et aestivi* (зимние или летние пастбища) достаточно, чтобы владелец пользовался ими в благоприятное время года. Вообще говоря, сохранение или несохранение действительного распоряжения вещью следует рассматривать в каждом отдельном случае в связи с особым хозяйственно-экономическим предназначением объекта и обычаями, принятыми в обществе.

Кроме исчезновения одного из двух существенных моментов владения или сразу их обоих, владение может прекратиться либо вследствие происшедшего изъятия вещи из оборота, либо вследствие *capitis deminutio maxima* владельца, который, сделавшись рабом, более не может владеть *suo nomine,* так что, даже если раб будет продолжать удерживать вещь, ее владельцем, посредством *ministerium* раба, будет рассматриваться *dominus*.

§ 167. Аномальные случаи владения

Наряду с излагавшимися до сих пор нормальными случаями, в которых владение *ad interdicta* приобретается при наличии обоих необходимых требований, имеются три аномальных случая владения, в которых притом, что отсутствует *animus possidendi,* претор полагает полезным в порядке исключения рассматривать отношение между субъектом и вещью не как простое удержание, а как *possessio ad interdicta*. Вот эти случаи: владение кредитора-залогодержателя, т. е. кредитора, который удерживает залог, переданный ему должником (§ 188); владение «прекариста», удерживающего вещь, безвозмездно предоставленную ему другим лицом, которая должна быть возвращена по первой

же просьбе этого лица (§ 247); владение «секвестора», который удерживает вещь, переданную ему в виде секвестра, с тем чтобы он ее снова передал в надлежащий момент тому, кто имеет на нее право (§231).

Все эти три субъекта не ощущают *animus possidendi,* да и не могут его испытывать, однако из соображений практической полезности того, чтобы в случае осложнений с их владением им можно было оказать интердиктную защиту, претор рассматривает их как владельцев *ad interdicta.*

§ 168. Защита владения

Преторский эдикт защищает владение посредством двух типов интердиктов: *retinendae possessionis,* который оберегает владельца от докучливых претензий и осложнений, и *reciperandae possessionis,* который направлен на то, чтобы вернуть владение тому, кто был лишен его.

В первую категорию входят интердикты *interdictum uti possidetis* и *interdictum utrubi,* названные так по начальным словам соответствующих формул.

В первом интердикте, применимом к недвижимости, из двух претендентов преимущество у фактического владельца, поскольку интердикт, который имеет запретительный характер, ставит своей целью помешать изменению фактического положения дел. Во втором интердикте, применимом к движимым вещам, преимуществом пользуется тот, кто владел вещью более длительное в сравнении с соперником время. Из этого следует, что не всегда защита дается фактическому владельцу, для которого интердикт мог бы иметь также и возвратную функцию.

Во вторую категорию попадают *interdictum de vi,* который обеспечивает возврат вещи тому, кто бы лишен владения насильственным образом, и *interdictum de vi armata,* на случай отобрания владения, произведенного с помощью оружия.

Перечисленные интердикты даются не всякому владельцу, а лишь такому, который может сослаться на владение, не подверженное дефектам *(iusta possessio),* т. е. приобретенное не насильственно, не втайне и не на прекарном основании *(nec vi, nec clam, nec precario)* по отношению к сопернику. Впрочем, преторская защита дается также и тому, кто приобрел владение *vi, clam* или *precario,* однако в отношении третьего лица. Исключением является лишь *interdictum de vi armata,* который может быть дан любому владельцу.

В позднюю эпоху вышли из употребления *interdictum uti possidetis* и *interdictum utrubi, a interdictum de vi* приобрел более общую функцию

защиты фактического владения (вне зависимости от насильственного, тайного или прекарного способа его приобретения). Однако юстиниановская эпоха во многом возвратилась к классическим порядкам: *interdictum utrubi* обеспечивал защиту фактического владения, между тем как возвратная функция была дана единому интердикту, который назывался *de vi,* однако порядок его применения соответствовал классическому интердикту *de vi armata*.

§ 169. Квазивладение и *possessio iuris*

Подобно тому кто фактически пользуется материальной вещью и уже в силу этого обеспечивается защитой вне зависимости от вопроса о правах, вполне мыслима также и защита того, кто пользуется правом, отличным от права собственности (например, сервитут или узуфрукт), независимо от того, действительно ли оно ему принадлежит.

В этом смысле классические юристы пришли к тому, чтобы говорить о *quasi possessio,* с тем чтобы обратить внимание на тот факт, что носителю ограниченного права причиталось соответствующим образом ограниченное владение *res,* являющейся объектом его права.

В юстиниановском праве взгляд поменялся, и стали говорить о квазивладении, подразумевая уже не ограниченное владение материальной вещью, а скорее владение, имеющее своим *объектом* нематериальную вещь, т. е. фактическое пользование правом сервитута или узуфрукта. Такое владение определяли еще как *possessio iuris* (владение правом) в противоположность *possessio rei* (владение вещью). С такой точки зрения допустимо также говорить о *possessio status* (владение статусом), которое состоит в фактическом пользовании определенным личным статусом.

Глава IV.
Сервитут

§ 170. Понятие и общие принципы

Servitutes — это вещные права на чужие вещи, которые дают лицу право на чужую недвижимость для восполнения недостатков собственной. Таким образом, возникает связь юридического подчинения одного имения, которое называется «служащим», в пользу другого, называемого «господствующим». В силу вещного характера права субординация эта оказывается *независимой* от *всех* событий, которые могут произойти с нынешними или будущими собственниками недвижимости, но присуща самим имениям, охватывая их во всей целостности и образуя их качество, *qualitas*.

Сфера сервитутов, развившаяся в процессе неспешной юридической разработки, регулировалась в классическую эпоху следующими фундаментальными принципами:

а) *гшШ res sua servit* («своя вещь не может быть объектом сервитута»). И действительно, поскольку сервитут — это *ius in re aliena,* он может существовать, лишь если имения принадлежат разным собственникам;

б) *servitus in faciendo consistere nequit* («сервитут не может заключаться в исполнении»). На практике содержание сервитута не может заключаться, уже в силу самой природы вещного права, в обязательстве *facere,* т. е. выполнить активные действия, со стороны собственника «служащего» имения. Обязанностью обременена сама недвижимость, а право осуществляется собственником «господствующего» имения. Собственник «служащего» имения должен руководствоваться в отношении сервитута исключительно отрицательной моделью поведения, которое заключается просто в том, чтобы мириться *(pati)* с осуществлением сервитута, или, самое большее, в том, чтобы *non facere* все, что противоречило бы содержанию сервитута;

в) *servitus fundo utilis esse debet* («сервитут должен быть полезен участку»). Содержание сервитута должно *отвечать объективной экономической* потребности, присущей самому имению, или соображениям его экономической пользы, увеличивая его ценность, но никак не персональным или субъективным требованиям нынешнего собственника «господствующего» имения, хотя бы даже это и было связано с экономической эксплуатацией собственной недвижимости. Поэтому не допускаются так называемые индустриальные сервитуты (например, право пользоваться глиной, имеющейся на соседнем земельном участке, с тем чтобы получать из нее керамические сосуды на продажу).

То, что сервитут присущ именно недвижимости, делает также недопустимым отчуждение сервитута, независимо от отчуждения соответствующей недвижимости, даже в тех случаях, когда это, вообще говоря, мыслимо (например, право прохода в пользу соседнего земельного участка);

г) вечность сервитута. Это принцип, связанный с предыдущим: объективная польза, которую сервитут доставляет имению, делает его потенциально вечным, в противоположность по самой своей сути временному характеру прочих вещных прав на чужую вещь, которые мотивированы не потребностями недвижимости, а потребностями определенного лица;

д) близость двух объектов недвижимости. Это требование следует понимать не как обязательность их соприкосновения друг с другом, а как такое расположение на местности, которое позволяет возникнуть полезной субординации одного имения по отношению к другому;

е) неделимость сервитута. Поскольку сервитут, как было сказано, присущ имению в его целостности, образуя его *qualitas,* немыслимо, чтобы он обременял часть имения или существовал в пользу части «господствующего» имения. Даже когда сервитут, если говорить о конкретном его содержании, осуществляется частью «служащего» имения (например, право прохода) или приносит пользу лишь части «господствующего» имения (например, сервитут обзора), он всегда понимается как распространенный на все имение, разве только в создающем его акте будет в явной форме установлено ограничение сервитута на оговоренную *parsfundi,* часть участка.

Неделимость даваемого сервитутом права приводит к тому, что при общей собственности он не может быть предоставлен разными совместными собственниками по частям, *per partes,* а требует одновременного участия их всех в создающем сервитут акте (§ 138). Путем расширительного толкования юриспруденция допускает, правда, что собственники могут заявить свое согласие по отдельности, в виде последовательных актов, однако сервитут будет рассматриваться как фактически установленный лишь после того, как последовательность данных собственниками положительных ответов завершится согласием, данным последним из них.

§ 171. Классификация сервитутов

Еще с республиканского времени *servitutes* разделяются на «сельские» *(servitutes praediorum rusticorum)* и «городские» *(servitutes praediorwn urbanorum).*

Первые — это сервитута, установленные в пользу «господствующего» имения в сельской местности, т. е. усадьбы, предназначенной

для сельскохозяйственной эксплуатации, вторые — в пользу «господствующего» имения в городской местности, т. е. (вне зависимости от местоположения в городе) здания или виллы.

А) «Сельские сервитута». Архаическое римское право не знало абстрактного и единого понятия «сервитут», но лишь отдельные типичные случаи *servitutes*. Наиболее древние из них, предшествовавшие Законам XII таблиц, следующие:

aquaeductus, состоящий в праве проводить через чужой участок воду для орошения;

iter, состоящий в праве проходить через чужой участок пешком или проезжать через него верхом на лошади;

actus, состоящий в праве проходить через него с повозками, вьючными животными, стадами.

К ним следовало бы, может быть, присоединить еще *servitus viae* (дороги), точное содержание которого неизвестно, но может быть охарактеризовано исходя из предписанной ширины проезжей части (8 футов на прямолинейных участках, 16 на поворотах). Однако весьма сомнительна действительная древность данного типа сервитута, хотя он и присутствовал в юстиниановском законодательстве.

Постепенно стали получать признание и другие типы сервитутов — такие, как *servitus aquae haustus* (право черпать воду), *servitus pecoris ad aquam adpulsus* (право пригонять животных на водопой), *servituspascendi* (право выпаса), *servitus calcis coquendae* (право жечь известь), *harenae fodiendae* (копать песок), *cretae eximendae* (добывать глину) и т. д.

Б) «Городские сервитута». Они подразделяются на три категории:

iura stillicidiorum (стоков), включающие *servitus cloacae immittendae* и *servitus stillicidii* (стоков или водосточных желобов);

iuraparietum (стен), включающие в себя *servitus tigni immittendi* (право опирать балку на чужое здание), *servitus oneris ferendi* (право опирать собственную стену на стену соседнего здания), *servitusproiciendi* (право делать выступ, нависающий над чужим участком);

iura luminum (окон), охватывающие *servitus altius non tollendi* (право притязать на то, чтобы соседнее здание не было надстроено выше определенной высоты), *servitus ne luminibus officiatur* или *ne prospectui offtciatur* (право притязать на то, чтобы на участке напротив не было произведено таких работ, в результате которых окажется заслоненным свет или будет закрыт обзор из собственного здания).

Теперь, когда мы составили представление о сервитуте как общей юридической схеме, подчиняющейся вышеперечисленным принципам (§ 170), можно допустить существование в более позднюю эпоху какого угодно другого типа сервитута, лишь бы только его содержанием было принесение объективной пользы «господствующему» объекту недвижимости.

В системе юстиниановского корпуса сервитуты, о которых мы вели речь до сих пор, оказываются под названием *servitutes rerum* или *praediorum* («земельные сервитуты») противопоставленными *servitutes personarum* («личные сервитуты»), которые охватывали узуфрукт, пользование, проживание, труд чужих рабов и животных (§ 175 слл.). Впрочем, распространение на эти права общего понятия сервитута представляет собой плод заблуждения, вызванный к жизни самим строем византийского мышления, имевшего едва ли не патологическое желание усматривать повсюду симметрические построения. Что такое уподобление ошибочно, следует из неприложимости к этим правам некоторых общих принципов, характерных для сервитутов, — таких, как объективное отношение двух недвижимых вещей, вечность и неделимость сервитута. В то же время другие фундаментальные принципы, которые оказываются общими для сервитутов и для перечисленных прав (как *«nulli res sua servit»* и *«servitus in faciendo consistere nequit»),* зависят от общей природы вещных прав на чужую вещь и потому распространяются не только на узуфрукт и аналогичные права, но также и на залог и ипотеку (§ 186), которые уж точно сервитутами не являются.

По этой причине понятие «личный сервитут», которое было введено юстиниановскими юристами посредством внесения изменений в классические тексты, чуждо римскому классическому праву, а кроме того, оно было отвергнуто современными законодательствами. Узуфрукт, пользование, проживание и труд рабов и животных образуют самостоятельную категорию присвоенных определенному лицу вещных прав на пользование чужой вещью.

§ 172. Установление сервитута

Чтобы имелся сервитут, признаваемый *ius civile,* необходимо, чтобы два объекта недвижимости находились в Италии и сервитут был *iure constituta,* т. е. это должно быть сделано в одной из установленных цивильных форм.

Ius civile признает следующие способы установления сервитута:

а) легат *per vindicationem* (§ 328), форма установления *mortis causa,* посредством которой завещатель обременяет сервитутом одно свое имение в пользу чужого имения после своей смерти («легат сервитута») или же посредством которой он, оставляя легатарию собственность на имение, устанавливает этому имению сервитут в пользу другого своего имения;

б) *mancipatio servitutis,* относящаяся лишь к сельским сервитутам, которые были *res mancipi* (§ *35);*

в) *in iure cessio servitutis* — для всех сервитутов;

г) *adiudicatio* — в тяжбах о дележе, когда судья, разделив недвижимость между тяжущимися, может перейти к установлению сервитутов между частями имения, возникшими в результате дележа (§ 78);

д) *usucapio* — только для архаического римского права, до принятия *lex Schbonia* (относящегося к неизвестному времени, но несомненно, что это была эпоха поздней республики), который запретил такую форму установления сервитута. В любом случае неясно, к каким сервитутам (сельским или городским) применялся такой способ установления и, следовательно, каковы были его основания.

В отношении имений, находившихся вне Италии, где перечисленные формы установления по *ius civile* были неприменимы, нашли следующий выход. Было сделано допущение, что тот же самый практический результат можно получить посредством комплекса договоров и *stipulationes* (каждый из которых имеет обязательственные следствия, однако в своей совокупности они пользуются защитой, которая аналогична защите вещных прав), и в результате, *pactionibus et stipulationibus* (посредством договоров и стипуляций), происходило образование юридического отношения двух земельных участков, которое если и не являлось сервитутом *iure constituta,* было тем не менее в сущности своей аналогичным ему отношением, защиту которого осуществляло *ius honorarium*.

С исчезновением архаических правовых форм и с упадком «типичности» способов установления вещных прав такой способ сделался обыкновенным, поскольку его предпочитали в связи с его простотой. Вследствие же слияния *ius civile* с *ius praetorium* и уравнивания в правах всех территорий Римской империи это стало обычным способом установления сервитута *inter vivos*.

В юстиниановскую эпоху к нему прибавились: *traditio seu patientia servitutis,* которая состояла в фактическом непротиводействии собственника «служащего» объекта недвижимости и в исполнении соответствующего этому договора, и так называемое предназначение со стороны *pater familias*. В последнем случае сервитут считался в неявной форме установленным между двумя наследственными объектами недвижимости уже в силу предназначения, определенного для них покойным, вследствие которого между ними существовало отношение субординации. При жизни завещателя эта связь не могла привести к установлению сервитута из-за правила *«nulli res sua servit»,* однако она сделалась сервитутом по акту, в котором два объекта недвижимости, связанные между собой экономически, стали принадлежать разным собственникам.

Наконец, в юстиниановском праве, где было допущено владение сервитутом *(possessio iuris,* § 169), сервитут можно было приобрести

также и в силу *longi temporis praescriptio,* в срок обычного приобретения по давности недвижимой собственности (§ 153).

§ 173. Прекращение сервитута

Сервитута прекращаются вследствие:

а) «отказа» владельца «господствующего» имения. Правда, подобно тому, как, согласно *ius civile,* для установления сервитута было недостаточно одного лишь согласия, так и простого отказа недостаточно для того, чтобы прекратить сервитут, а необходим надлежащий торжественный акт (на практике это было *in iure cessio* собственника «господствующего» имения в пользу собственника «служащего», который *in iure* утверждает несуществование сервитута);

б) «неиспользования» сервитута. Такое неиспользование создает прекращающую давность для владельца «господствующего» имения. В архаическом праве срок для наступления прекращающей давности составлял два года, которые отсчитывались с последнего акта пользования сервитутом, если это был сервитут, требующий для своей реализации положительных действий, или же в ином случае (как в городских сервитутах) — от начала осуществления собственником «служащего» имения поведения, не совместимого с сервитутом. В юстиниановском праве действует обычный срок приобретения недвижимости за давностью (§ 153);

в) «слияния», когда прекращается принадлежность двух имений разным собственникам. И действительно, когда имения оказываются в руках одного собственника, продолжение существования сервитута делается невозможным из-за правила *«nulli res sua servit»;*

г) «полного уничтожения» «господствующего» или «служащего» имения. В случае частичного уничтожения сервитут ограничивается уцелевшей частью и постепенно снова возникает по мере реконструкции или естественного восстановления недвижимости;

д) *«mutatio rei»,* когда происходит такое изменение в состоянии местности, которое делает осуществление сервитута невозможным или бесполезным (например, превращение земельного участка, обремененного сервитутом прохода, в болото).

§ 174. Защита сервитутов

Поскольку сервитут представляет собой вещное право, его защита осуществляется посредством *actio in rem* (§ 79). Иск этот аналогичен *vindicatio rei* в защиту собственности (§ 155) и называется *vindicatio* или *petitio servitutis.* Соответствующая формула представляет собой противоположную уже рассматривавшейся формуле *actio negativa* или *negatoria* в защиту собственности (§ 156), и поэтому юстиниановские

составители назвали его, чтобы противопоставить тому иску, *qctio confessoria* («иск о признании»).

Иск этот может быть дан собственнику «господствующего» имения против нынешнего собственника «служащего» имения. Впрочем, некоторые юристы склонялись к тому, чтобы допустить существование активной уполномоченности также и у узуфруктуария, а пассивной — у всякого, кто владел недвижимостью и своим поведением препятствовал осуществлению сервитута.

В ходе рассмотрения иска дается также в качестве гарантии на будущее *cautio de amplius non turbando* (§ 156).

Чтобы дополнить защиту сервитута, собственнику господствующего имения были даны средства, аналогичные тем, которые защищают собственность *(actio aquae pluviae arcendae,* § 158; *cautio damni infecti,* § 160; *operis novi nuntiatio,* § 161). В его распоряжении были также несколько преторских интердиктов против собственника «служащего» имения, целью которых было либо обеспечить, даже без предварительного доказательства наличия права, осуществление сервитута, которым он уже пользовался, либо удалить препятствия к выполнению работ, которые необходимы для того, чтобы сделать сервитут возможным *(interdictum de itinere actuque privato; interdictum de aqua cottidiana или aestiva; interdictum de itinere actuque reficiendo; interdictum de rivis; interdictum defonte reficiendo* и т. д.).

Глава V.
Узуфрукт и аналогичные права

§ 175. Понятие и сущность узуфрукта

«Ususfructus est ius alienis rebus utendifruendi, salva rerum substantia» **(D.** 7.1.1) («Узуфрукт — это право пользоваться чужой вещью и извлекать из нее плоды, сохраняя саму вещь неизменной»). Из приведенного определения вытекают следующие характеристики узуфрукта: это вещное право на чужую вещь, которое наделяет своего носителя полномочиями пользоваться вещью и потреблять ее плоды, однако не дает ему никаких полномочий в отношении *substantia* (которую следует понимать как в смысле юридического состояния, так и экономического предназначения) приносящей плоды вещи, которой, за вычетом прав узуфруктуария, продолжает распоряжаться собственник. Этого последнего, поскольку он лишен права пользования и плодов, называют «голым собственником».

Следует, однако, прибавить еще одну существенную характеристику как узуфрукта, так и других аналогичных прав: в отличие от сервитута (§ 170) все они тесно связаны с личностью своего носителя, будучи установлены *intuitu personae,* исходя из личности, и потому они разделяют судьбу своего носителя, неизбежно прекращаясь с его смертью или с прекращением его правоспособности вследствие *capitis deminutio* (§ 16). Поэтому их еще называют «личные права на пользование чужой вещью» — выражение, на наш взгляд, не очень удачное, поскольку вследствие его двусмысленности может показаться, что их характеристика как «личных» находится в противоречии с тем, что по своим свойствам это права вещные.

Вопрос о происхождении узуфрукта, который вошел в обращение уже в последнее столетие существования республики, не вполне ясен. Как бы то ни было, с самого его появления у него были ярко выраженные алиментные функции, и самой первой его формой был узуфрукт, оставленный по легату (§ 327) *pater familias* своей вдове, чтобы обеспечить за ней доходы от наследственного имущества, которое после ее смерти вернется в «полную собственность» детей.

Узуфрукт может быть установлен на любую вещь, недвижимую, движимую или самодвижущуюся (животные, рабы), лишь бы она могла приносить плоды и была непотребляемой. Последнее свойство весьма существенно, так как, если бы речь шла о потребляемой вещи, нельзя *было бы* говорить о сохранении прав собственника в период действия узуфрукта и после него (§41).

Прежде чем приступить к пользованию своим правом, узуфруктуарий обязан представить *cautio,* так и называемую *fructuaria,* которой он гарантирует исполнение своих обязанностей[1], а именно: что он будет пользоваться вещью и потреблять ее плоды в соответствии с принципами *bonus pater familias,* что по прекращении узуфрукта он возвратит вещь и что во всех отношениях в связи с узуфруктом он будет проявлять добросовестность.

По классическому праву, при осуществлении своего права узуфруктуарий не вправе вносить в вещь никаких изменений, даже с целью ее усовершенствования, но обязан пользоваться ее плодами в соответствии с ее естественным существующим в настоящее время экономическим предназначением. Он не вправе не только обременять ее пассивными сервитутами, но даже приобретать относительно нее и активные сервитуты, поскольку эти полномочия закреплены исключительно за собственником и уж во всяком случае были бы чужды самой функции узуфрукта *(uti frui,* «пользоваться и потреблять плоды»). Узуфруктуарий является не «владельцем», а просто «держателем» вещи, и потому не вправе ощущать *animus possidendi* (§ 164). Как уже говорилось (§ 147), он приобретает плоды не в силу простого их «отделения», как собственник, но при осуществления своего права, т. е. в силу их «потребления». В случае, когда объектом узуфрукта является раб, сделанные им приобретения причитаются узуфруктуарию только в том случае, когда они возникают из имущества самого же узуфруктуария *{ex re fructuarii)* или из трудовой деятельности самого раба *{ex operis suis).* Те же приобретения, которые возникают иначе, причитаются собственнику, которому принадлежат также дети, рожденные рабыней и, как указывалось (§ 45), не считающиеся плодами.

Перечислив права узуфруктуария, рассмотрим его обязанности. Кроме представления *cautio* и соблюдения пределов своих прав, он должен поддерживать вещь в хорошем состоянии, неся расходы *in fructus,* а также *in rem* (§ 46) в порядке текущего ремонта. Если объектом узуфрукта является стадо, узуфруктуарий обязан постоянно поддерживать его изначальную численность, т. е. возмещать *capita demortua,*

[1] Сущность этих обязанностей в том, чтобы не нарушать право собственности, которое узуфруктуарию не принадлежит. Особенность обязанности узуфруктуария, отличающей его от обязанности любого третьего лица, которое также должно воздерживаться от нарушения прав собственника, состоит в том, что узуфруктуарий по праву находится в непосредственной связи с вещью, устраняя в отношении ее хозяйственного использования даже собственника. Отсюда потребность в усилении его обязанности особым, лично-правовым *способом* — путем установления *cautio* в пользу собственника.

вымершее поголовье, таким же числом родившихся животных. Это означает, что в качестве плодов ему будут принадлежать родившиеся животные лишь за вычетом умерших. Узуфруктуарий берет на себя также обязанность внесения налогов, которыми обременена вещь.

В юстиниановском праве содержание узуфрукта оказалось в значительной мере расширено, за узуфруктуарием были в ограниченном объеме признаны полномочия в отношении вещи (усовершенствования) и некоторые права (защита вещи), которые ранее принадлежали исключительно собственнику.

§ 176. Установление узуфрукта

Что касается способов установления узуфрукта, то мы отсылаем читателя к тому, что уже было сказано по поводу установления сервитута (§ 172). Правда, отсюда следует исключить *mancipatio* (узуфрукт не есть *res mancipi,* § 35) и *usucapio,* может быть, потому, что давность несовместима с приобретением права, которое по самой своей сущности является временным. Так что среди способов приобретения узуфрукта в соответствии с *ius civile* остаются: *legatum per vindicationem, in iure cessio* и *adiudicatio,* к которым добавляется еще *deductio* (т. е. оговорка, сделанная в ходе переноса собственности, который совершается как раз *deducto usufructu,* за вычетом узуфрукта). Также к узуфрукту применим способ установления *«pactionibus et stipulationibus»*. В эпоху Юстиниана к способам установления, уже известным по сервитутам, необходимо прибавить еще волю законодателя (так называемый законный узуфрукт) в некоторых специально установленных случаях (например, § 105, 115).

§ 177. Прекращение узуфрукта

В силу своей строго персональной природы это право неотчуждаемо. Допустима лишь уступка «экономического осуществления» узуфрукта, откуда следует, что носителем права неизменно продолжает оставаться тот, кто совершил уступку: он остается ответственным за исполнение обязанностей по отношению к собственнику и все основания прекращения узуфрукта, которые возникают с его личностью (смерть, *capitis deminutio),* прекращают узуфрукт также и в отношении преемника (цессионария).

Узуфрукт может прекратиться по объективным и субъективным основаниям. Первые таковы:

а) полное уничтожение (гибель) объекта, понимаемое либо как физическое разрушение вещи, либо как наступившая юридическая непригодность образовывать объект узуфрукта (например, *publicatio,* т. е. обобществление, недвижимости, находящейся в узуфрукте). В случае частичного уничтожения узуфрукт ограничивается уцелевшей частью;

б) *«mutatio rei»*. Поскольку узуфруктуарий обладает правом пользоваться и потреблять плоды вещи в соответствии с ее нынешним экономическим предназначением, такая перемена в ней, которая вызывает изменение ее экономического предназначения, прекращает узуфрукт (например, обрушение здания вследствие пожара или землетрясения). Действительно, право узуфрукта не охватывает вещь в ее сущности *(«salva rerum substantia»,* § 175), так что даже возможное восстановление здания не влечет за собой восстановление узуфрукта, поскольку новое здание является вещью, отличной от погибшей;

в) *«consolidatio»,* т. е. происходящее в будущем объединение в одном и том же лице качеств узуфруктуария и собственника. И в самом деле, в таком случае отпадает предпосылка какого-либо вещного права на чужую вещь. Те полномочия, которые до слияния принадлежали узуфруктуарию, теперь принадлежат собственнику, но уже не на основании узуфрукта, а в силу его права собственности;

г) истечение срока, если узуфрукт был установлен до *dies ad quem* (§ 56).

Субъективные основания прекращения узуфрукта следующие:

а) смерть узуфруктуария. Также из-за своей строго персональной природы узуфрукт не может быть передан наследникам (§ 268). На случай, когда носителем права является юридическое лицо, Юстинианом было установлено, что узуфрукт не должен продолжаться свыше ста лет;

б) *«capitis deminutio»* узуфруктуария, в классическую эпоху — любой степени, в юстиниановскую — только *maxima* и *media* (§ 16). Прекращению узуфрукта вследствие *capitis deminutio minima* в классическую эпоху можно было воспрепятствовать посредством так называемого *ususfructus repetitus* (полученный повторно): именно делая свое распоряжение, завещатель мог установить, что таковое право следует понимать как подтвержденное на тот случай, когда узуфруктуарий подвергается *capitis deminutio minima;*

в) отказ узуфруктуария (как и для сервитута, § 173);

г) неиспользование. Здесь имеет силу то же, что уже было сказано в отношении сервитута (§ 173), с тем добавлением, что если речь идет о движимой вещи, то для классического права достаточно было одного года;

д) отказ представить *cautiofructuaria*. Такой отказ дает собственнику право истребовать вещь, причем в этом случае узуфруктуарий не сможет получить от претора *exceptio usus fructus*.

§ **178.** Защита узуфрукта

Прежде всего для признания своего оспариваемого права узуфруктуарию может быть дана *vindicatio* или *petitio usus fructus*. Иск этот во

всем аналогичен *vindicatio servitutis* (§ 174) и, как и тот, распространен в качестве *utilis* на случай узуфрукта, установленного *pactionibus et stipulationibus.*

Далее, в случаях, когда право узуфруктуария не оспаривается, но создаются помехи пользованию этим правом, претор дает узуфруктуарию посессорные интердикты (§ 168), приспособленные как *utilis.*

В юстиниановском праве в связи с расширенными полномочиями, признаваемыми теперь за узуфруктуарием, ему дается возможность прибегать к ряду процессуальных средств, которые в классическую эпоху относились исключительно к защите собственности *(actio finium regundorum, cautio damni infecti, operis novi nuntiatio, actio aquae pluviae arcendae,* § 157 слл.).

§ 179. Квазиузуфрукт

Сенатусконсульт, относящийся к эпохе Августа, установил, что объектом узуфрукта могут являться также и потребляемые вещи (§41). Данная мера была направлена на то, чтобы избежать трудностей, возникающих в связи с возможным легатом на узуфрукт в отношении всего наследственного имущества (в котором всегда находились также и потребляемые вещи, в первую очередь деньги). Юридическая же наука всегда была склонна настаивать на том, что в таком случае невозможно говорить об узуфрукте в техническом смысле слова, поскольку потребляемость объекта несовместима с обязанностью узуфруктуария пользоваться плодами вещи *salva rerum substantia* и возвратить ее *finito usu fructu.*

На самом деле эта аномальная форма не имеет с узуфруктом ничего общего и скорее по сущности своей близка к займу (§ 230). В самом деле, носитель этого права *sui generis* приобретает собственность на вещь (а потому здесь уже нет *ius in re aliena),* пользуется ею, уничтожая *primo usu* (например, продовольствие), при условии обязанности, принятой им же самим с предоставлением *cautio,* установленного сенатусконсультом, вернуть после своей смерти или в случае своей *capitis deminutio — tantundem,* т. е. точно такое же количество вещей того же самого рода (вещи «заменимые», § 40).

Правда, поскольку иском, который защищал это право, была та же самая *vindicatio usus fructus,* приспособленная как *utilis,* классики говорили, что здесь можно вчинять судебный иск *«quasi ex usufructu»,* тем самым устанавливая чисто процессуальную аналогию, которая была впоследствии трудами византийцев и интерпретаторов преобразована в ошибочную аналогию по существу («квазиузуфрукт»).

§ 180. Пользование

Это тоже вещное право пользования чужой вещью, тесно связанное с личностью носителя, который называется «пользователем». Од-

нако в отличие от узуфрукта содержание такого права ограничено «пользованием» вещью, так что из него исключено потребление плодов, которые целиком принадлежат собственнику.

Вероятно, это право возникло в отношении *domus,* жилого дома, однако было допущено также и в отношении иных *res,* даже приносящих плоды. В случае совместного обладания правом каждый пользователь мог осуществлять свое право на вещь в полном объеме (в отличие от совместного узуфрукта, при котором узуфруктуарий мог это делать лишь *pro quotd).*

В юстиниановском праве под действием духа великодушия, которое диктовалось христианской этикой, за пользователем было признано также право потреблять скромную долю плодов вещи, ограничиваясь при этом удовлетворением собственных потребностей и потребностей своей семьи. Тем самым оказалось смазанным классическое различие между узуфруктом и пользованием: в сущности говоря, пользование сделалось узуфруктом в уменьшенных масштабах.

Если говорить о пользовании вещью, пользователь оказывается связанным теми же самыми ограничениями, которые мы отметили в отношении узуфруктуария (§ 175). Разумеется, в *cautio,* которую он обязан представить, хотя она и аналогична гарантии узуфруктуария, отсутствует часть, относящаяся *к/rui.* Кроме того, ему приходится также мириться с частичным пользованием вещью со стороны собственника — в той мере, в какой это необходимо, чтобы тот мог осуществлять получение и потребление плодов.

Что касается способов установления и прекращения права пользования, а также его процессуальной защиты, то к нему непосредственно применяются, насколько это возможно, правила, действующие в отношении узуфрукта (§ 176—178).

§ 181. Проживание

Всякий раз, когда завещатель не уточнял в формуле легата, желает ли он, применительно к жилому дому, дать адресату легата узуфрукт или же пользование, а распоряжался односложно и потому двусмысленно: *«habitationem Titio do, lego»* («даю и отказываю Тицию проживание»), это вызывало у классических юристов недоумение относительно содержания права, которое должно было возникнуть на основании такого легата. Некоторые считали, что речь здесь идет о простой «прекарной уступке», которая может быть отозвана *ad nutum,* по первому же желанию (§ 247), другие — что здесь подразумевается узуфрукт, третьи — пользование. Были, судя по тому, что сообщается у Юстиниана, и такие, которые полагали, что здесь вообще имеется в виду право собственности.

Главным следствием присоединения к одному из двух более распространенных воззрений (узуфрукт или пользование) было то, что в первом случае носитель права может сдавать недвижимость другим людям, получая с нее таким образом «цивильные плоды» (квартплата, § 45), во втором же он может пользоваться им, лишь проживая в доме сам или с семьей либо бесплатно принимая в нем своих друзей.

Юстиниан разрешил это противоречие решительно и неверно. Именно, «*habitatio*» было превращено в самостоятельное право и включено, в соответствии со всем искусственным построением, в число *servitutes personarum* (§ 171). А для того, чтобы существовала какая-то разница между прочими так называемыми личными сервитутами и *habitatio,* было решено, что это последнее не прекращается ни вследствие «неиспользования», ни вследствие *capitis deminutio* своего носителя (§ 16).

§ 182. Рабочая сила рабов и животных

К данному типу «личных сервитутов» юстиниановское право пришло в результате исторического развития, во всем аналогичного тому, что происходило с *habitatio*.

Относительно легата, по которому завещатель оставлял некоему лицу *opeme,* т. е. возможность использовать раба как рабочую силу, классические юристы спорили, заключалось ли право легатария в узуфрукте, пользовании или простом требовании по обязательству. Юстиниан же определил такое право в качестве особой формы права на пользование чужой вещью: это личный сервитут, заключающийся в способности потреблять результаты труда раба или непосредственно, или сдавая его рабочую силу в аренду и получая за это плату.

Юстиниановское право приравняло *opeme animalium* (животных) к *opeme servomm* (рабов).

Различие между этими правами и *habitatio* было создано за счет того, что *opeme* можно было передавать по наследству[1].

'Отличие, строго говоря, установлено не между *орегае* и *habitatio,* а между *орегае* и *usus* как обшей категорией прав пользования чужой вещью без получения плодов. Логика решения в случае *орегае* диктуется тем обстоятельством, что срочность этого права задана конечностью жизни раба, так что продолжительность жизни пользователя становится здесь несущественной.

Глава VI.
Эмфитевсис и суперфиций

§ 183. Происхождение эмфитевсиса

Институт эмфитевсиса исторически развился из сдачи в аренду *agri vectigales* (доходные поля). Муниципии и частные объединения *(collegia,* § 31) практиковали сдачу собственных земель частным гражданам, взимая с них с определенной периодичностью плату, которая называлась *vectigal.* Земля сдавалась с той оговоркой, что в условиях постоянной аренды или аренды на неопределенное время, пока *vectigal* будет вноситься своевременно, данный земельный участок не может быть отобран ни у арендатора, ни у его наследников. В юридической науке[1] обсуждался вопрос о том, не следует ли уподобить такие отношения купле-продаже (к чему, казалось, подводила вечность пользования, § 243) или аренде (о чем можно было заключить из наличия арендной платы, § 244). Как бы то ни было, речь здесь несомненно шла об обязательственных отношениях, при которых арендатору должна была бы даваться не *actio in rem,* но *actio in personam.* Однако претор, приняв во внимание постоянный характер отношений, счел целесообразным защитить их более энергично, чем обычную аренду, предоставив арендатору, помимо обычных владетельских интердиктов (§ 168), специальный иск, называемый *actio vectigalis.*

В результате появилось вещное право *sui generis,* которое давало своему носителю широкие полномочия пользоваться своей недвижимостью, в том числе и производя в ней изменения, и передавать эти полномочия другим, будь то *inter vivos* (отчуждение), будь то *mortis causa* (передача по наследству, § 11).

Со временем стали утверждаться два других аналогичных отношения, уже публичного характера: *ius emphiteuticum,* дававшееся на определенный срок частным лицам на общественную недвижимость, и *ius perpetuum,* которое давалось навечно на *patrimoniale,* т. е. наследственную недвижимость императора. Одно постановление императора Зенона (V в. н. э.) объединило два этих института с арендой *agri vectigales,* установив заодно, что здесь не идет речь ни о продаже, ни об аренде, но об ином типичном отношении, связанном с особым правом[2]. На

[1]Контроверзу излагает Гай (3.145).

[2]Так называемый третий тип контракта *(tertium genus contractus):* в эту эпоху купля-продажа трактовалась как сделка с вещно-правовым эффектом, аренда— с обязательственным, отсюда специфика договора об установлении эмфитевсиса (С. 4. 66. 1).

основе этих прецедентов в юстиниановском праве возник единый институт эмфитевсиса.

§184. Структура и режим эмфитевсиса

Эмфитевсис состоит в вещном отчуждаемом и передаваемом праве на чужую недвижимость, которое наделяет «эмфитевту» самыми широкими полномочиями относительно вещи, с обязанностью вносить «цеденту, концессионеру» ежегодную плату. О том же, что у концессионера сохраняется право на недвижимость, которое в отличие от *«dominium utile»* эмфитевты называют в юриспруденции *«dominium eminens»*[1], свидетельствует, помимо ежегодной оплаты, еще и тот факт, что «явный» собственник может востребовать недвижимость всякий раз, как не была внесена плата за два года («переход»), и что он в случае равенства условий пользуется предпочтением перед любым другим приобретателем недвижимости («преимущество»). Для этого на эмфитевту возлагается обязанность предварительно извещать «явного» собственника обо всех поступающих предложениях, с тем чтобы позволить ему воспользоваться таким правом, и в случае отчуждения недвижимости другим лицам он обязан выплатить собственнику 2% полученной цены как компенсацию за одобрение (хотя бы даже молчаливое) отчуждения («лаудемий»).

Эмфитевсис образуется по соглашению сторон (договор об эмфитевсисе) и по завещательному распоряжению. Прекращается он, помимо передачи, вследствие уничтожения недвижимости, слияния («выкуп» или «освобождение»), отказа, истечения назначенного срока.

§185. Право суперфиция

Из поглощающего характера античного господства, которое, как было сказано, распространяется на недра земли и на вышележащий воздух, возник принцип *«superficies solo cedit»:* все то, что возведено на

[1]Противопоставление *«dominium eminens»* (явной собственности) и *«dominium utile»* (полезная собственность) вторично. Первоначально средневековые юристы прибегали к оппозиции *«utile — directum»* по аналогии с римским названием исков: *«actio directa» — «actio utilis»* (прямой иск — иск по аналогии). *«Dominium* directum» указывало на вещное право сеньора, *«dominium utile»* — вассала. Термин *«dominium eminens»* относится к верховной особенности государства (короны), которая выражается в сборе поземельного налога, являясь, по сути, не частным, а публичным полномочием. Применительно к эмфитевсису эта терминология оправдана тем, что эмфитевта, не будучи номинально собственником участка, обладает всеми полномочиями собственника, а *canon,* который он обязан платить за пользование участком, представляет собой налог, а не ренту, как у обычного арендатора.

чужой земле, в силу приращения *(inaedificatio,* § 142) принадлежит собственнику участка.

Однако начиная с республиканской эпохи государство обычно предоставляло частным лицам льготу административного характера, которая заключалась в праве строить на общественных землях и пользоваться возведенным зданием вечно или в течение определенного времени в обмен на уплату *solarium* (земельный налог). В подражание этому аналогичные отношения по частной земле сложились и между частными лицами, причем рассматривались они как аренда (§ 244) или как купля-продажа (§ 243), в зависимости от того, устанавливалось ли соответствующее возмещение в форме годовой арендной платы или цены, уплачивавшейся *una tantum,* единократно. Однако вследствие особого характера отношений первое время претор давал арендатору или покупателю специальный интердикт *de superficiebus* (аналогичный интердикту *uti possidetis,* § 168), а впоследствии еще и новый иск, с тем чтобы защитить арендатора или покупателя как от собственника земли, так и от третьих лиц, причем не только от возможных помех, но и от того, чтобы необходимо было вновь получать право пользования поверхностью земли от всякого, кто сделается ее собственником.

В итоге отмеченного исторического развития (вследствие предоставления «суперфициарию» защиты, в общем и целом аналогичной защите собственника) на свет появилось новое вещное право на чужую вещь *(«superficies»)*, установившееся в юстиниановском праве как отчуждаемое и передаваемое право, дававшее своему носителю («суперфициарию») право пользования участком в обмен на уплату соответствующего возмещения. Право это образовывалось по договору или на основе завещательного распоряжения и прекращалось по тем же основаниям, что и эмфитевсис, за исключением переноса (§ 184).

Глава VII.
Залог и ипотека

§ 186. Историческое развитие

Рассмотренные до сих пор вещные права на чужую вещь относятся к правам «пользования». Рассмотрим теперь «залоговые» вещные права, которые направлены на то, чтобы усилить позиции кредитора, в значительной степени обеспечивая ему осуществление его права требования (§ 197).

В античном *ius civile* было известно очень серьезное обеспечение, *mancipatio fiduciae causa* («фидуциарная манципация»), в силу которой должник передавал кредитору собственность на свою вещь с ручательством, которое вначале основывалось просто на добросовестности *(fides)* кредитора, что когда долг будет погашен, тот осуществит обратную передачу вещи.

Чтобы избежать неудобств, возникающих в связи с передачей собственности, уже довольно скоро (не позднее III в. до н. э.) стали пользоваться институтом «залога», который состоял в передаче кредитору простого держания вещи должника в обеспечение долга, с тем важным следствием, что, поскольку собственником залога оставался «должник-залогодатель», он мог его истребовать с «кредитора-залогодержателя», когда выплатит долг.

Из-за того, что залог был куда удобнее в сравнении с *flducia,* уже довольно скоро у него появилась полная юридическая защита, поскольку на «кредитора-залогодержателя» (хотя он и был, собственно говоря, всего лишь «держателем») была распространена интердиктная защита, которой удостаивался «владелец» (§ 168).

Между тем начиная с первых десятилетий II в. до н. э. на практике стал развиваться еще один институт обеспечения, основанный не на передаче вещи *(pignus datum),* а на соглашении сторон *(pignus conventum,* залог по соглашению).

Изначально он находил применение в случае аренды недвижимости, когда арендаторы, естественно, размещали там мебель, предметы домашнего обихода, орудия труда, рабов, животных *{invecta et illata,* «введенное и внесенное»), договариваясь с арендодателями, что эти вещи служат обеспечением уплаты арендной платы, хотя и будут оставаться во владении должников.

Претор защищал эти договоренности, отказывая арендатору городской недвижимости в *interdictum de migrando* (о переселении), когда тот, несмотря на противодействие арендодателя, желал вынести из здания *invecta et illata,* не уплатив квартплаты.

Для арендодателей недвижимости в сельской местности защита была более непосредственной: в середине I в. до н. э. претор Сальвий ввел специальный интердикт, названный в честь него *Salvianum,* согласно которому арендодатель приобретал владение *invecta et illata,* которые несостоятельный колон хотел тайно вынести с земельного участка.

Однако такого интердикта было недостаточно, поскольку его можно было обратить лишь против колона, но не против третьих лиц, которые овладели *invecta et illata.* По этой причине его подкрепили, введя *actio in rem,* называемую *Serviana* (быть может, в связи с тем, что иск был предложен юристом Сервием Сульпицием Руфом), который можно было обращать *erga omnes.* Впоследствии иск был как *utilis* (§ 79) под названием *actio quasi Serviana* или *hypothecaria* распространен на все прочие случаи залога, о котором договорились без передачи владения. Лишь с этого момента (т. е. с введения вещно-правовой защиты *erga omnes)* залог появляется в качестве вещного права в двух формах — *pignus datum* и *pignus conventum.*

В юстиниановской системе имелось два разных института: *pignus* (залог), которым обременялись движимые вещи с передачей'; права владения *(datio pignoris),* и *hypotheca* (ипотека), которой обременялась недвижимость, остававшаяся до уплаты долга во владении должника.

§ 187. Установление права залога

Залог мог устанавливать как должник, так и третье лицо, лишь бы только совершающий это действие обладал полномочиями отчуждать закладываемую вещь.

Залог мог быть установлен по воле сторон (договор о залоге или *pactum hypothecae,* а в юстиниановском праве — еще и завещательное распоряжение), по распоряжению магистрата («судебный залог»), или, наконец, по воле законодателя («законный залог») в ряде установленны позднее случаев — в связи с особыми свойствами некоторых категорий кредиторов, достойных особой защиты (подопечные, женщины, фиск).

§ 188. Содержание права залога

Как уже говорилось, кредитору-залогодержателю принадлежит материальное держание вещи (которое, однако, дает место посессорной защите, § 166). В случае залога в собственном смысле держание приобретается через осуществляемую должником материальную передачу этой самой вещи, а в случае ипотеки оно приобретается посредством вчинения *actio quasi Serviana* или *hypothecaria* после того, как кредитор по истечении срока остался неудовлетворенным.

В эпоху поздней империи стало допускаться, что кредитор может оставлять данную ему в залог вещь, даже если погашен долг, в обеспечение которого она была дана, — в обеспечение других долгов, которые имеет в отношении него тот же должник (так называемый *pignus Gordianum).* Если же должник начинал истребовать вещь, кредитор мог выставить против него *exceptio doli generalis* (§ 78).

Плоды, которые приносит залог, кредитор не присваивает, но обязан засчитывать их в причитающиеся проценты, а затем в погашение основного долга. Допускается также дополнительное соглашение, которое называется «антикретический договор» или «антикресис», в силу которого плоды отданной в залог вещи потребляются кредитором в зачет процентов.

Поначалу кредитор-залогодержатель не имел никаких полномочий получить удовлетворение за счет объекта залога, а мог лишь продолжать его удерживать у себя до тех пор, пока не будет удовлетворен.

Однако впоследствии была введена практика заключать при установлении залога договор, в соответствии с которым не получившему удовлетворения кредитору давались полномочия произвести отчуждение залога (хотя он и не являлся при этом собственником) в порядке частной договоренности, соблюдая интересы должника, и удержать из полученного сумму долга, возвратив излишек должнику. После эпохи Северов такой договор (называемый *«lex de distrahendo pignore»,* «об изъятии залога») стал рассматриваться как *naturale negotii,* т. е. естественный элемент (§ 53) акта установления залога.

Альтернативный договор *(«lex commissoria»),* к которому иной раз прибегали стороны и в силу которого не получивший удовлетворения кредитор приобретал залог в собственность вместо уплаты долга, был запрещен Константином, чтобы защитить должников от эксплуатации ростовщиками.

§ 189. Прекращение права залога

Право залога прекращается с исчезновением его функции — с прекращением долга, который им обеспечивался, будь то в силу погашения, будь то по какому бы то ни было иному основанию (§ 201).

Однако право залога в силу самой своей природы вещного права на чужую вещь могло также прекратиться вне зависимости от прекращения обеспечивавшего требования по обязательству. Это происходило вследствие гибели заложенной вещи; вследствие «слияния» — совпадения кредитора-залогодержателя и собственника залога в одном лице; вследствие освобождения залога кредитором; по давности (§ 73).

Часть IV.
Обязательственные права

Раздел I.
Общая теория обязательств

Глава I.
Природа обязательства

§ 190. Понятие, содержание и объект обязательства

В зрелой своей форме обязательство представляет собой правоотношение, в силу которого определенный субъект (должник) обязан произвести в пользу другого субъекта (кредитора) определенные действия имущественного характера (предоставление).

В самом деле, характерную особенность прав, вытекающих из обязательств, которые, как уже говорилось (§ 133), противопоставлены вещным правам, образует тот факт, что их носитель не в состоянии удовлетворить собственный интерес своими силами, а лишь через содействие другого субъекта — именно того, который оказывается по отношению к нему «обязанным». (

Если переходить к анализу составных элементов обязательственного отношения, то, вообще говоря, насчет его субъектов каких-либо особых замечаний не требуется. Читатель может обратиться к тому, что будет сказано нами ниже в связи с ситуацией множественности кредиторов или должников, которая определяет особые модели обязательственного отношения (§ 222), и в связи с обязательством с переменным пассивным субъектом (§ 221).

Что касается самого юридического отношения, то современная юридическая наука пришла к построению, не лишенному точек соприкосновения с римскими представлениями, отождествляющему его с двумя следующими моментами: «долг», понимаемый как имущественное правовое ожидание кредитора, и «ответственность», понимаемая как последствие, наступающее для должника, который не дает удовлетворения ожиданиям кредитора.

По содержанию же это отношение может иметь тройственный характер: *dare,* состоящее в переносе собственности или в установлении особого вещного права; *facere,* включающее какую-либо иную личную деятельность, положительную или отрицательную *(non facere); praestare,* изначальное содержание которого неясно, но возможно, что оно возникло как связанное с обязанностью предоставления процессуального ручательства *(praes-stare, praedes,* § 75), впоследствии же стало охватывать, как родовое понятие, обязательства любого рода.

Объект «предоставления» может состоять в материальной вещи или в услуге; в *certum* или в *incertum;* в вещи точно определенной *(species)* или охватываемой тем *genus,* к которому она принадлежит (§ 40, например, «один раб»); в единственной вещи, которую следует отдать (простое обязательство), или же в двух или большем числе вещей, которые могут быть переданы на альтернативной основе (§ 224); в вещи делимой или неделимой (§ 42).

Помимо главного объекта, в некоторых случаях должник может быть обязан предоставить еще и дополнительные: естественные — такие, как прирост, приращение, плоды объекта, который следует передать; или же юридического характера — такие, как проценты *(usurae)* с капитала *(sors).* Обязанность выплатить проценты может проистекать из соглашения сторон *(usurae conventionales,* договорные) или из закона *(legales)* или постановления судьи *(iudiciales).* Впрочем, свобода в отношении условий договора ограничена здесь нравственными и общественными соображениями *(modus usurarum),* которые были различными в разные исторические эпохи и в зависимости от характера сделки (в отношении займа — см., например, § 230).

Во всяком случае, для возникновения обязательства необходимо, чтобы предоставление было: «возможным» физически и юридически; «законным», т. е. не противоречило праву и *boni mores,* добрым нравам; и, наконец, «определенным», потому что считалось недопустимым, как лишенное серьезного содержания, обязательство с неопределенным объектом предоставления (например, «уплачу сумму денег»).

Правда, допустимым является такое обязательство, объект которого, даже если он был неопределенным *ab initio,* изначально, сделается впоследствии объективно «определимым», т. е. в силу очевидных причин, а не произвола сторон. Действительно, определение может быть оставлено или на долю естественного события (например, «урожай, "который вырастет»), или на *arbitrium boni viri* (добросовестное суждение) кого-либо третьего, который должен будет придерживаться критериев справедливости, свойственных *bonus vir,* так что по просьбе одной из сторон его решение может быть проконтролировано судьей. Представляется, римляне даже в мыслях не допускали возможность *arbitrium merum* («произвольного суждения»), которое имело бы место в том случае, когда бы за судьей оставлялась полная свобода определения «предоставления», пускай даже это будет сделано явно несправедливо.

§ 191. Происхождение обязательств и их историческое развитие

Скажем сразу, мы не станем здесь занимать какой-либо определенной позиции по ставшему поводом для оживленнейших дискуссий

вопросу о том, возникло ли впервые римское обязательство из «законного акта» (из «сделки») или, напротив, из «незаконного акта» (из «деликта», § 193).

Как бы то ни было, несомненно, что термин *«obligatio»* не очень новый (он не встречается в источниках ранее конца **III** в. до н. э.) и ситуация, соответствующая тому, что мы называем «обязательством», имеет место во многих случаях. Так, мы сталкиваемся с ней в связи с отношением, привязывающим узами личного подчинения *(«nexum»)* несостоятельного должника к его кредитору и обязывающим его работать на кредитора (возможно, до отработки долга). В других случаях обязательство обнаруживается в тех чисто юридических отношениях, в силу которых субъект (во многих случаях несомненно отличный от «должника») оказывается перед возможностью личной расправы, которой ему угрожает не получивший удовлетворения кредитор *(sponsor,* § 235; *vas, praes,* § 238).

Так что на этой первой стадии достаточно хорошо прослеживается (по крайней мере, во многих случаях) различие между долгом и ответственностью, которыми зачастую бывают отягощены два разных субъекта[1]. Со временем соединение в одном лице двух ролей, должника и ответчика, сделалось обычным, и в то же время постепенно ослабевает личный характер расправы, пока, наконец, с *lex Poetelia Papiria* 326 до н. э., упразднившим возможность *nexum,* обязательство не стало продвигаться к своим современным свойствам — отношения, имеющего чисто имущественный характер.

§ 192. *Obligationes civiles* (обязательства цивильные) и *honorariae* (преторские)

Из намеченного только что хода исторического развития следует, что еще в классическую эпоху в качестве *obligationes* оформились лишь такие обязательства, которые признавались в качестве таковых архаическим *ius civile.* Лишь в этих изначальных формах обязательств, категорически определенных, *ius civile* усматривало *oportere,* «следует» (называвшееся так, быть может, вследствие того, что исполнение представлялось *oportunus,* т. е. надлежащим поведением, единственным,

[1] Так называемое гетерогенное обязательство, обычное в древности, поскольку ответственность конструировалась как непосредственное личное подчинение кредитору с последующей личной расправой в случае неисполнения. Такая ситуация лишала должника необходимой свободы для того, чтобы произвести исполнение, отсюда обычная практика возложения исполнения (собственно, долга) на третье лицо. Феномен проявляется также в практике выкупа третьими липами (родственниками, патроном) неоплатного должника уже на этапе личной расправы.

которое могло спасти должника от личной расправы). И на протяжении всей классической эпохи *oportere* осталось характерным признаком исков в защиту настоящей и подлинной *obligatio,* т. е. *obligatio civilis.*

Поэтому все обязательства, которые были признаны впоследствии, не содержали *oportere,* а значит, не были и *obligationes.* Правда, им давалась защита в виде преторских исков, почему и говорилось, что хотя *oportere* здесь нет, но тем не менее налицо «отвечает», *teneri (praetoria actione),* т. е. имеется возможность быть вызванным в суд посредством иска, данного претором. Разумеется, в сущности говоря, характер этого отношения был тот же самый, и поэтому если придерживаться наиболее правдоподобной теории (Дж. Сегрэ[1]), на практике происходило постепенное распространение применения терминов *obligotio, obligare, obligari* также и на эти новые обязательства, получившие санкцию посредством преторского иска *{obligcitiones honorariae).*

Начиная с этого момента вполне можно утверждать, что в общественном сознании того времени наследником, по сути, является универсальный фидеикомиссарий, между тем как доверенное лицо — не более, чем передаточное средство. Так что теперь даже не наступало прекращения отношений, существовавших прежде между ним и de cuius, что должно было бы происходить в результате наследственного слияния.

С формальной же точки зрения даже еще в юстиниановском праве наследником считалось доверенное лицо, и потому неизменно требовалось, чтобы оно приняло наследство, пусть даже вынужденно. А универсальный фидеикомиссарий так навсегда и остался легатарием по форме, в связи с чем к приобретению им того, что ему положено, применялись правила, характерные для легата (§ 330).

[1]G. Segre — замечательный итальянский цивилист и романист начала XX в., основатель туринской школы романистики (известной больше всего благодаря трудам его знаменитого ученика Дж. Гроссо). Заслуга Сегрэ состоит здесь в том, что на место охоты за интерполяциями, когда все отступления от принципа исключительно цивильной природы *obligatio* объявлялись позднейшими переделками, был поставлен исторический принцип развития римской правовой мысли, так что выражения типа *«obligatio honoraria»* были признаны подлинным отражением перемен во взглядах поздних классиков.

Глава II.
Источники обязательств

§ 193. Источники обязательств в разные исторические эпохи

Архаическое *ius civile* не знало абстрактной категории *obligatio,* а лишь отдельные и определенные формы *obligationes*. Лишь впоследствии, когда от ряда отдельных случаев юристы перешли к комплексному построению этого понятия, ранняя юриспруденция начала на систематической основе разрабатывать учение об источниках обязательств, сводя все имеющие место случаи к двум главным типам: *contractus,* в его изначальном значении «сделки» («законное действие»), и *maleficium* или *delictum,* т. е. «незаконное действие».

Это значит, что обязательственные отношения возникали либо вследствие совершенной сторонами сделки, либо когда субъект должен был за совершенное им в ущерб другому незаконное действие уплатить денежный штраф, заменивший те личные последствия, которым подвергался нарушитель в архаической древности.

Это разделение источников обязательств надвое с характерной именно для *ius civile* неослабевающей мощью традиции продолжало передаваться и дальше, вплоть до зрелой классической эпохи, так что еще Гай в своем учебнике «Институции» (3.88) повторяет унаследованное учение: *«omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex maleficio»* («ибо всякое обязательство возникает либо из контракта, либо из правонарушения»). Однако это разделение надвое было непригодно уже применительно к тем процессам, которые происходили еще внутри самой классической юриспруденции.

Поскольку понятие *contractus* стало приобретать более специальное значение «соглашения», «договора» (Риккобоно, § 226), классическая юриспруденция, продвинувшаяся несколько дальше (и прежде всего тот же Гай) была вынуждена признать, что имеются случаи обязательств, которые уже невозможно подвести под традиционную схему, поскольку они возникали из действия, которое хотя и было законным, однако на соглашении сторон не основывалось.

Случаи такого рода, разнородные между собой, имели общим лишь то, что не возникали ни из «договора-солуел/7'о», ни из деликта, но у каждого имелось свое собственное основание. Эти критические размышления по поводу традиционного разделения источников обязательств надвое вылились в тройственную модель, пример чего мы обнаруживаем в одном фрагменте «Дигест» (D. 44.7.1), заимствованном из сочинения *(«Res cottidianae»),* приписываемого тому же Гаю. Подлинность этого фрагмента долгое время подвергалась в науке сомне-

нию, однако ныне она признана большинством ученых. Здесь мы читаем следующее: *«Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris»* («Обязательства возникают либо из договора, либо из правонарушения, либо своеобразным способом, из различных видов «оснований»).

Впрочем, классической юриспруденцией было отмечено, что некоторые из этих самостоятельных форм обязательств защищались исками, тождественными или подобными искам, вытекавшим из других обязательств, возникавших *ex contractu,* поскольку так или иначе они были им аналогичны. Так, например, обязательство, возникавшее из «исполнения недолжного» (§ 251), защищалось той же *condictio,* что и обязательство из займа (§ 230). На основании этой процессуальной аналогии, имевшей место в ряде случаев в силу особых причин, составители Юстинианова собрания сделали недопустимое заключение о наличии здесь аналогии по существу, усмотрев сразу во всех *variae causarum figurae* абстрактное и единое понятие обязательств, возникающих *quasi ex contractu*.

Вследствие этого движимые своей страстью к симметрии юстиниановские составители приступили к сведению в единую категорию обязательств, возникавших из тех незаконных действий, которые не попадали в разряд *delicta,* квалифицировав их как обязательства, возникающие *quasi ex delicto,* так что в результате и возникло юстиниановское четырехчастное деление источников обязательств, по которому они *«aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio»* («возникают из договора или как бы из договора, из деликта или как бы из деликта»).

Глава III.
Перенос обязательств

§ 194. Изначальная непереходность обязательства и средства борьбы с ней

Ab antiquo жестко личностный характер обязательственного отношения (связанного с типом расправы, предусмотренным в случае неисполнения, § 76) приводил к недопустимости, по сингулярному основанию (§ 11), уступки требований *(nomina)* и долгов, как *inter vivos,* так и *mortis causa (legatum,* § 327).

Когда имущественный характер обязательства стал преобладать (§191), а деловой оборот значительно оживился, непереходность обязательства сделалась ему немалой помехой, однако, принимая во внимание теоретическую неприкосновенность цивильных принципов, миновать ее можно было лишь обходными средствами.

Институт «новации» (§ 206) мог служить этой цели лишь отчасти, посредством замены обязательства другим, имеющим иного должника или иного кредитора. И действительно, даже если оставить в стороне вопрос о том, что с помощью новации возникало новое отношение, независимое от первоначального (с вытекающим отсюда прекращением, к примеру, гарантий, сопровождавших то обязательство, которое желательно было передать), она требовала в каждом случае участия другого контрагента и его содействия, а добиться этого было зачастую далеко не просто.

Чтобы осуществить уступку требования без содействия должника, обычно пользовались тем, что внешне выглядело как процессуальное представительство (§ 73) в том смысле, что осуществлявший цессию кредитор назначал своего представителя цессионером, который, выступая против должника в суде, вчинял иск от имени совершившего цессию, однако получал от претора, посредством перестановки субъектов в формуле (§ 79), *condemnatio* («присуждение») уже на свое собственное имя. Поэтому говорили о *procurator in rem suam,* указывая, таким образом, на то, что он действовал в суде как представитель другого лица, однако в собственных интересах. Но и это обходное средство также было несовершенно, поскольку чисто формально оно было построено как «поручение» выступать в суде против должника, которое давал цессионеру уступавший кредитор. Это означало, что, вообще говоря, цессионер действовал против должника в собственных интересах (поскольку требование было ему уступлено), но чисто формально он выступал как поверенный того, кто осуществил уступку. Неудобство состояло именно в том, что поручение (которое было здесь

техническим средством, использовавшимся для осуществления цессии), как мы это увидим (§ 246), подлежало отзыву по усмотрению доверителя и прекращалось со смертью как поверенного, так и доверителя, и цессионер никогда не был уверен в том, что сможет осуществить уступленное ему право требования.

Проблема обрела практическое решение в зрелую классическую эпоху, в ходе различных вмешательств императоров, позволивших цессионеру прибегать к тем же самым искам (через их приспособление как *utiles),* которые непосредственно, т. е. в соответствии с *ius civile,* могли даваться совершавшему цессию. Это решение, вначале применявшееся к некоторым цессиям, бравшимся в комплексе (например, все требования, образующие часть наследства), было впоследствии распространено также и на цессии отдельных требований. В тот же период стали требовать извещения *(denuntiatio)* должника о цессии, в результате чего с соответствующего момента извещения платежи, которые могли быть сделаны уступившему требование, не имели освобождающего действия для самого должника.

Естественно, что в юстиниановском праве, поскольку из-за «слияния» (§ 6 B) различие между прямыми и *utiles* исками исчезло, цессия требований была признана *pleno iure,* с полным эффектом.

§ 195. Наследственная переходность

В противоположность тому, что мы видели до сих пор в отношении передачи обязательств по частному преемству, *ius civile* допускало изначально, *ab origine,* что в универсальном преемстве по *hereditas* (§ 268) передавались также и обязательства, будь то с активной стороны (требования) или же с пассивной (долги).

Напротив того, универсальное преемство *inter vivos* включало лишь передачу требований, долги же прекращались (§ 267).

Глава IV.
Гарантии обязательств

§ 196. Понятие и классификация

Под гарантией обязательства понимается любое средство, предоставляемое правом с целью усилить позиции кредитора, обеспечивая его главным образом прямым или непрямым получением удовлетворения по его требованию. Такие средства заключаются либо в наделении кредитора вещным правом на имущество, которое принадлежит должнику и будет обращено в пользу кредитора в случае неисполнения обязательства, либо в установлении, наряду с обязательством, подлежащим обеспечению, еще другого обязательства, обременяющего того же должника или третье лицо («гаранта»), которые будут исполнять по отношению к первому субсидиарную или дополняющую функцию.

В соответствии с этой схемой разделим гарантии обязательств на вещные и личные, а последние — на гарантии, предоставленные самим должником или третьим лицом.

§ 197. Вещные гарантии

Вещные гарантии — это «залог» и «ипотека». В отношении содержания вещного права, которое возникает из таких гарантий у кредитора («залоговый кредитор» или «ипотечный кредитор»), отошлем читателя к уже рассмотренным залоговым правам (§ 186—189).

§ 198. Личные гарантии, предоставляемые самим должником

В эту группу могут быть включены различные институты, отличающиеся друг от друга по своей природе, функциям, правовому регулированию, однако объединяемые тем фактом, что все они представляют собой подкрепление позиций кредитора по отношению к должнику. Это «задаток», «штрафная стипуляция», «признание собственного долга» и «клятвенное обещание».

а) *Arrha* (задаток) представляет собой ценный объект, который покупатель обычно передавал продавцу при заключении договора купли-продажи, как бы для того, чтобы скрепить его *(arrha confirmatoria),* с тем условием, что он не сможет «истребовать» этот предмет в случае неисполнения обязательства.

Этот институт греческого происхождения исполнял функцию гарантии, поскольку оказывал на должника давление, побуждая его к исполнению обязательства.

б) *Stipulatio poenae* (штрафная стипуляция) состоит в даваемом должником посредством *stipulatio* (§ 235) обещании уплатить опреде-

ленную сумму в качестве штрафа в случае неисполнения основного обязательства. Применяется в первую очередь в связи с обязательствами *facere* (§ 190).

Несомненно, судья был в состоянии достичь того же самого результата также и в отсутствие штрафной стипуляции, через *litis aestimatio* (§ 77), но штрафная стипуляция имеет то преимущество, что с самого начала, *ab initio,* определяет сумму, в которой выражается ущерб от неисполнения, и освобождает кредитора от соответствующего доказательства. Оказывает на должника то же психологическое давление, что и задаток.

в) *Constitutum debiti proprii* (признание собственного долга) представляет собой неформальное обещание, которым лицо, задолжавшее сумму денег (а впоследствии и другие заменимые вещи, в юстиниановском же праве — любой объект), ручается исполнить обязательство в определенный срок. Преимуществом этой гарантии является добавление к уже существующей защите для контракта, как источника обязательства, особой преторской защиты, предусмотренной для *constitutum* (§ 248).

г) *Ius iurandum* (клятвенное обещание) может выступать в качестве гарантии, когда представлено лицом младше 25 лет, чтобы подтвердить сделанный им долг. И действительно, в таком случае он не может ссылаться в свою пользу на *restitutio in integrum* (§ 26).

§ 199. Личные гарантии, предложенные третьим лицом

Ими являются: «признание чужого долга», «поручение оказать кредит», или «квалифицированное поручение», и *adpromissio* («поручительство»).

а) *Constitutum debiti alieni* (признание чужого долга) имеет совершенно то же строение и функцию, что и в отношении долга собственного.

б) *Mandatum pecuniae credendae* (поручение оказать кредит) состоит в следующем. А поручает Б дать В деньги взаймы (§ 230), тем самым выступая гарантом этого последнего. Поскольку, как мы это увидим (§ 246), доверитель отвечает перед поверенным за убытки, которые тот может понести вследствие исполнения поручения, то, если Б (поверенный), исполнивший задание дать взаймы деньги В, потерпит от этого ущерб — в случае если В не вернет по истечении срока взятую взаймы сумму, он может обратиться за возмещением убытков к А (доверителю).

В юстиниановском праве поручение оказать кредит сделалось подобным *«fideiussio»*, о котором мы скажем Чуть ниже.

в) *Adpromissio* («поручительство») заключается в участии наряду с основным должником еще третьего лица, которое примет на себя до-

полнительным образом, посредством *stipulatio,* тот же долг, *idem debitum*. *Adpromissor* ни в коем случае не может брать на себя обязательство *in duriorem causam* по отношению к основному должнику, т. е. обязательство по гарантии ни в коем случае не может быть по характеру и по условиям предоставления более обременительным, чем то, которое им обеспечивается.

Различают три формы *adpromissio*. Две более архаичные, *sponsio* и *fideipromissio,* которые различались между собой использовавшимися в них торжественными словами *(spondes?* — обещаешь?, *fideipromittis!* — гарантируешь?), могли присоединяться только к обязательствам *verbis* (§ 234), имели срок действия, ограниченный двумя годами, и не могли передаваться наследникам. На основании ряда законов, принятых в республиканскую эпоху, в отношении этих двух форм гарантии был установлен следующий стройный порядок. Обязательство рассматривалось разделенным *ipso iure* между разными гарантами. Уплативший гарант мог воспользоваться «правом регресса» по отношению к должнику, гарантом которого он был. Допускался также и регресс *pro rata* между гарантами, так что если кредитора удовлетворили несколько гарантов, каждый из них мог взыскать с должника, гарантом которого он был, свою долю произведенного предоставления.

Напротив того, *fideiussio (fideiubesl* — гарантируешь?), более новая форма *adpromissio,* могла применяться во всех видах обязательств, действие ее было не ограничено во времени и могло передаваться по наследству. Хотя у этой гарантии была та же экономическая функция дополнительности, она представляла собой конструкцию «солидарных избирательных» обязательств (§ 222), в которых поручитель нес ответственность на одном уровне с основным должником, и требование кредитора могло быть обращено на него, по выбору кредитора, еще до попытки взыскания с основного должника. Регресс вначале не допускался — ни в отношении основного должника, ни в отношении прочих гарантов. Однако со временем также и для фидеюссора была введена *beneficium divisionis* (льгота по разделению) в отношении прочих фидеюссоров по долгу (Адриан) и *beneficium cedendarum actionum* (льгота по уступке исков), в силу которой уплативший фидеюссор получал от кредитора иск, который у того имелся, чтобы обратить его против должника.

Юстиниан слил все три формы *adpromissio* в едином типе *fideiussio,* введя более общую *beneficium excussionis* («льготу по привлечению»), которая окончательно сообщила институту характер дополнительного обязательства, в силу чего фидеюссор мог быть «привлечен», т. е. вызван в суд для исполнения только после основного должника и в пределах того остатка, на который кредитор остался неудовлетворенным.

§ 200. Сенатусконсульт Веллея

Этот сенатусконсульт, принятый при Клавдии, в 46 н. э., запрещал женщинам, принимая во внимание их неопытность, ручаться, *intercedere,* за чужие долги. Данное законодательное положение послужило отправным пунктом для юриспруденции, разработавшей общее понятие *intercessio,* которая состоит в принятии чужих долгов и может быть «исключающей», когда выступающее лицо занимает место должника, или же «накопительной», когда оно добавляет собственное обязательство к основному. Юстиниан потребовал, чтобы интерцессия (принятие на себя чужого долга) осуществлялась посредством публичного акта, в противном случае она считалась ничтожной.

Глава V.
Прекращение обязательств

§ 201. Понятие. Классификация оснований **прекращения**

Как только имущественные цели кредитора оказываются достигнутыми к его удовлетворению, у обязательства более нет оснований для существования и потому оно прекращается. Поэтому обязательство имеет по самой своей сущности преходящий характер: оно возникает именно в силу своей естественной тенденции к тому, чтобы прекратиться, появляется с целью исчезновения.

Однако удовлетворение кредитора, хотя это и есть обычное основание прекращения обязательства, отвечающее его функции, не является единственным. И в самом деле, обязательство прекращается в силу ряда разнообразных причин, которые можно классифицировать различным образом.

Наиболее важный способ классификации, которому мы и будем здесь следовать, противопоставляет прекращение, происходящее *ipso iure,* тому, которое осуществляется *ope exceptionis* (в силу эксцепции), или то, которое происходит в силу *ius civile,* — происходящему по *ius praetorium.*

Действительно, имеется целый ряд юридических фактов и действий, за которыми *ius civile* признает способность полностью и окончательно прекратить обязательственное отношение, вследствие чего если одно из таких оснований наступает, кредитор более таковым не является или же, с процессуальной точки зрения, которой неизменно придерживались классические юристы (§ 72), у него более нет «иска» к бывшему должнику.

В то же время существуют иные юридические факты и действия, которые *ius civile* не признает в качестве способных прекратить обязательство, но которые сделали бы осуждение должника несправедливым с точки зрения более прогрессивных нравственно-социальных представлений. В этих случаях, когда обязательство по *ius civile* не прекратилось, кредитор, оставаясь таковым, имеет иск, однако претор, выступая на защиту справедливости, вставляет в соответствующую формулу *exceptio* в пользу должника (§ 78). Но тогда обязательство не прекращается *ipso iure* (т. е. по цивильному праву — *iure civili),* а делается лишь практически бесполезным в силу эксцепции *(ope exceptionis).*

Вследствие слияния двух систем правопорядка (§ 6 В) в юстиниановском праве, поскольку преторское право сделалось теперь *ius,* те юридические факты и акты, которые прежде защищались посредством эксцепции, также становятся основаниями прекращения *ipso iure.*

Exceptio больше не имеет значения средства против сохраняющегося обязательства, но действенна лишь как процессуальное средство, предлагаемое должнику, чтобы добиться признания происшедшего прекращения обязательства.

§ 202. Прекращение *ipso iure*

А) *Solutio* (исполнение)

В классическом значении, перешедшем в современное право, слово *«solutio»* является синонимом исполнению вообще, хотя чаще им все-таки пользуются для того, чтобы обозначать особую форму исполнения — собственно уплату денежного долга *(solvere pecuniam)*.

Но в соответствии с более архаическими представлениями *solutio* (от *solvere,* развязывать), напротив, означало формальный акт, посредством которого должник освобождался от личных уз, привязывавших его к кредитору. Это значит, что за исполнением признавалась прекращающая действенность только в том случае, когда оно сопровождалось особыми формами, которые — относительно обязательств, возникающих из акта *per aes et libram,* т. е. «с помощью меди и весов» *{nexum,* § 19, 191), или из *iudicatum,* — должны были также состоять в *gestum* («акте») *per aes et libram,* как раз и называвшемся *solutio per aes et libram* («освобождение с помощью меди и весов»).

Когда общая прекращающая действенность исполнения как такового была признана (а произошло это с утверждением реальных и консенсуальных контрактов), классические юристы стали требовать, чтобы для освобождения должника исполнение отвечало следующим критериям:

а) Предоставление должно быть точным и полным. Правда, с согласия кредитора должник может осуществить предоставление, отличающееся от того, которое он должен был исполнить *(datio in solutum,* «замена исполнения»), после чего обязательство, по мнению сабинианцев, впоследствии поддержанному Юстинианом, прекращается *ipso iure* (между тем как прокулианцы говорили о прекращении *ope exceptionis)*.

б) Исполнение должно быть сделано кредитору, однако может быть совершено и третьему лицу. Здесь различают *adiectus solutionis causa* («лицо, добавленное для принятия исполнения»), который не является кредитором, однако уполномочен принять исполнение, причем с освобождающей должника действенностью, и *adstipulator* («лицо, заключающее стипуляцию на стороне кредитора»), который является по форме некоего рода дополнительным кредитором, а по сути — это поверенный, назначенный для осуществления взыскания. Поэтому *adiectus* вправе получать предоставление, однако не может вчинять долж-

нику иск, *adstipulator* же вооружен иском, поскольку формально кредитором является также и он.

в) При обязательствах *in faciendo,* возникших с учетом личных свойств должника, исполнение обязательно должно быть совершено самим должником (например, художник, обязавшийся нарисовать картину). В иных случаях оно может быть с освобождающей действенностью осуществлено любым другим лицом.

г) Что касается места и времени исполнения, то они определяются в соответствии с образовавшим обязательство актом, а при его отсутствии — на основании обстоятельств и характера предоставления.

Признание прекращающей действенности исполнения делает излишним обращение к древнему ритуалу *solutio per aes et libram*. Однако в силу приверженности римлян к традиции этот акт не был забыт, но преобразовался в символическую и абстрактную форму прекращения обязательства, т. е. форму, независимую от действительного исполнения, и использовался главным образом в этом наиновейшем применении для прощения долга, который на деле не уплачивался (по удачному выражению Гая, это была *«imaginaria solutio»,* «символическая уплата»).

§ 203. Б) *Acceptilatio*

В случае *acceptilatio* мы наблюдаем исторический процесс развития, совершенно аналогичный тому, который имел место с *solutio*. Точно так же, как для прекращения обязательств, возникавших из *nexum* или *iudicatum,* требовался формальный акт *solutio per aes et libram,* опять же в силу непреклонного формализма *ius civile* обязательство, возникшее *verbis* (§ 234), могло прекратиться тоже лишь посредством *contraria verba* (обратных слов), а обязательство, возникшее *litteris* (в письменной форме, § 239) — лишь посредством *contrariae litterae* (обратных записей). С этой целью после того, как должник осуществлял предоставление, которое обязан был сделать, применялась *acceptilatio* (словесная или письменная), которая состояла в формальном вопросе, обращенном должником к кредитору, и в последующем его ответе, которым он заявлял о том, что удовлетворен *{habesne acceptunf! — habeo,* «ты получил? — получил»).

Когда впоследствии была признана освобождающая действенность исполнения как такового, *acceptilatio,* как и *solutio per aes et libram,* стала применяться в новейшей функции, т. е. и она также служила для прощения долга, который на самом деле уплачен не был.

§ 204. В) *Contrarius consensus* (обратное согласие)

В соответствии с принципом *contrarius actus* (обратного действия) те обязательства, которые возникли без какой-либо торжественной

формы, *nudo consensu* (на основании голого согласия, § 242), т. е. вследствие простого соглашения сторон, могли прекратиться на основании обратной договоренности *(contrario consensu).* Как правило, однако, обязательство, возникшее по согласию сторон, не может прекратиться иначе как по согласию также обеих сторон. В исключительных случаях и по особым основаниям допускалось прекращение обязательства вследствие «одностороннего отказа», т. е. по воле лишь одной стороны (см. «Товарищество», § 245; «Поручение», § 246).

§ 205. Г) Прощение долга

Под этим выражением понимался отказ кредитора от взыскания по обязательству. Как мы уже видели, такой отказ, чтобы иметь значение для *ius civile,* мог осуществиться в форме *solutio per aes et libram* или *acceptilatio.* Можно говорить о прощении, пускай даже со следствиями, ограниченными сферой *ius praetorium,* также в случае *pactum de non petendo* («соглашение о непредъявлении требования», § 215).

§ 206. Д) **Новация**

Заключается в преобразовании предыдущего обязательства (в результате прекращающегося) в новое, которое встает на его место и приобретает то же экономическое содержание, что и предыдущее *(idem debitum).* Однако новое обязательство должно содержать *aliquid novi,* нечто новое, в противном случае оно будет ничтожно, поскольку является избыточным: *«qui bis in idem promittit non amplius quam semel tenetur»* («кто дважды обещает одно и то же, отвечает только один раз»). Это *aliquid novi* может заключаться в смене одного из субъектов, либо кредитора *(delegatio),* либо должника *(expromissio),* или же в добавлении либо снятии срока или условия. Юстинианом было допущено также и изменение объекта.

В отдельных практических случаях для того, чтобы решить, идет ли здесь речь о новации или о независимом обязательстве, которое сосуществует с предыдущим, следовало детально рассмотреть намерения сторон *{animus novandi,* намерение совершить новацию). Юстиниан установил, что о наличии такого *animus* нужно судить по открытому заявлению; если же такого заявления не было, новое обязательство присоединялось к предыдущему, а не заменяло его.

Как правило, для того чтобы совершить новацию, прибегали к *stipulatio* (§ 235).

§ 207. Е) *Litis contestatio*

В процессе, проходящем *performulas* (§ 77), *litis contestatio* вызывает «необходимую новацию», поскольку с того момента, как стороны договорились о том, чтобы передать решение тяжбы судье, должник рас-

сматривается как связанный уже не переданным в суд обязательством (оно теперь считается прекратившимся), а обязанностью, принятой в силу *litis contestatio,* в которую преобразуется содержание предыдущего обязательства.

§ 208. Ж) Невозможность исполнения

Наступившая невозможность исполнить обязательство освобождает должника лишь тогда, когда она имеет объективный характер или во всяком случае не может быть приписана самому должнику (§ 216). Как бы то ни было, к случаю просрочки она неприложима (§ 219).

Особым случаем наступившей невозможности является так называемое *concursus causarum* («схождение оснований»), когда кредитор обходными путями получает в собственность ту вещь, которую ему были должны. Однако впоследствии классическая юриспруденция (Юлиан) сочла, что в тех случаях, когда приобретение было совершено кредитором «на возмездном основании» (например, он приобрел путем купли-продажи вещь, которая ему причиталась на основании *legatum per damnationem,* § 328), обязательство не прекращается и должник обязан уплатить *aestimatio.*

§ 209. З) Слияние

Заключается в соединении в одном и том же лице качеств кредитора и должника, поскольку, к примеру, один из них сделался наследником другого. То что в таком случае обязательство должно прекратиться, очевидно само собой, так как никто не может быть сам себе должником или кредитором (§ 279).

§ 210. И) Смерть субъектов

Смерть субъектов прекращает обязательства лишь в исключительных случаях, а именно при тех кредитах и долгах, которые не могут быть переданы наследникам (§ 195, 268).

§ 211. К) *Capitis deminutio* должника

Прекращает обязательство вследствие наступившей недееспособности должника. По вопросу непереходности долгов универсальному преемнику *inter vivos* вследствие *capitis deminutio minima* должника см. §267.

§ 212. Л) *Dies ad quem* (отсылка)

О прекращающей действенности конечного срока см. § 56.

§ 213. М) Прекращающая давность

В этом случае обязательство прекращается из-за невозможности предъявить соответствующий иск, поскольку он истощился «за давностью» (§ 73).

§ 214. Н) Зачет

В соответствии с *ius civile,* существование двух взаимных обязательств одних и тех же субъектов никак не сказывалось на этих обязательствах. Впоследствии, чтобы уменьшить судебные издержки и из соображений справедливости усилиями претора была введена обязанность банкиров *(argentarii)* производить операции *cum deductione,* т. е. вычитать из долга, который причитался с клиента, сумму требования, которое было у него по отношению к ним. Та же обязанность была возложена на *bonorum emptor(§* 77), который действовал в суде против должников банкрота, в том случае, когда они были также его кредиторами. Наконец, зачет мог осуществиться в общем порядке в ходе *Ьона fidei iudicia* (§ 79), в котором судье предоставлялись широкие полномочия, когда обязательства возникали *ex eadern causa,* т. е. по одному основанию.

На базе такого процессуального зачета Юстинианом была разработана теория прекращающей действенности *ipso iure* существования встречных обязательств. В рамках юстиниановского права зачет применим лишь в том случае, если оба встречных требования имеют своим объектом деньги и «ликвидны», т. е. их существование и суммы, по ним причитающиеся, твердо установлены *(certum an et quantum debeatur).* Несоответствие оснований более не является препятствием. Допускается также частичный зачет, в результате которого большее обязательство остается лишь на избыточную сумму. Не подлежат зачету долги, возникающие из поклажи (§ 231), ссуды (§ 232), насилия (§ 66), кражи (§ 256), а также в отношении фиска. «Естественные» долги подлежат зачету с «цивильными» (§ 225).

§ 215. Прекращение *ope exceptionis*

Основной случай здесь — это *pactum de non petendo,* «соглашение о непредъявлении требования», посредством которого кредитор ручается, пускай лишь в порядке простого пакта, т. е. неформальным образом, не требовать больше исполнения. Поскольку же, однако, из простого *pactum* не наступают необходимые следствия по *ius civile* (§ 248), у кредитора все равно сохранялась возможность вызвать должника в суд, чтобы потребовать от него исполнения. Против таких притязаний претор давал *exceptio pacti conventi* (о заключенном соглашении), которая, как было сказано (§ 201), не прекращает обязательства, а делает его практически бесполезным.

Следует отметить, что если кредитор пообещал не требовать исполнения лишь в течение определенного времени, соответствующая *exceptio pacti (dilatoria,* § 78) могла также иметь прекращающее действие. Это происходило, если иск вчинялся до истечения предостав-

ленной отсрочки, после чего в действие вводилась эксцепция, а стоило произойти *litis contestatio,* кредитор в силу ее прекращающего действия (§ 77) больше не мог, даже по истечении времени отсрочки, второй раз вчинять иск с целью взыскания[1].

[1]Строго говоря, *exceptio pacti* и здесь не имеет прекращающего действия, которое может произойти только в плане *his civile:* повторное вчинение иска исключено в силу *litis contestatio,* а не успешного возражения на иск кредитора, который при любом исходе процесса не мог бы уже его повторить.

Глава VI.
Неисполнение обязательств

§ 216. Причины неисполнения

Когда обязательство не может быть выполнено по причине объективной и внезапно наступившей невозможности предоставления, никаких неблагоприятных последствий для должника не наступает. Строго говоря, здесь не следует даже говорить о неисполнении, поскольку обязательство уже прекратилось *ipso iure* (§ 208). В таком случае источники обычно говорят о *vis maior* (непреодолимая сила) или *casus fortuitus* (несчастный случай), понимая под этим случайную гибель вещи, наступившую ее экономическую непригодность и, вообще говоря, всякое объективное препятствие, случайно возникшее на пути исполнения обязательства.

Однако полное разорение должника («несостоятельность»), даже если он нисколько в том не повинен, под понятие *vis maior* не подпадает.

Если же должник, хотя предоставление было объективно возможно, не совершил его или если предоставление сделалось невозможным по причинам, зависевшим от должника (например, уничтожение по его вине вещи, которую следовало отдать), наступает случай неисполнения в собственном смысле.

§ 217. Ответственность за неисполнение

Естественным следствием неисполнения в собственном смысле является «ответственность», наступающая для того, кто не исполнил. Такую ответственность называют обыкновенно «контрактной», и для неисполнившего она наступает в большем или меньшем объеме. Как мы уже видели (§ 71), в расчет принимается «умысел», «сохранение», а также *culpa,* «провинность» или «небрежность» (позднее с разными оттенками: *culpa levis* или *lata, in abstracto* или *in concreto,* § 71). В позднейшую эпоху допускалась также ответственность должника за чужие действия, а именно за действия тех зависимых от него лиц, которыми он воспользовался для исполнения, или потому, что он их неосмотрительно выбрал (так называемая *culpa in eligendo),* или потому, что он за ними недостаточно следил (так называемая *culpa in vigilando).*

Содержание ответственности в исках *stricti iuris,* учитывая полное соответствие *intentio* и *condemnatio* (§ 79), не может превосходить объема долга: если его объектом является сумма денег, должник будет приговорен к такой же сумме; если его объектом является *certa res* или *facere,* должник будет приговорен к *«quanti ea res est»,* т. е. к *aestimatio*

предоставления, которое он должен был совершить, отнесенной на момент *litis contestatio* (§ 77). В исках *bonaefidei,* напротив, неисполняющий может быть приговорен к большей сумме в сравнении с объемом долга в связи с заинтересованностью, которая была у кредитора в отношении точного и своевременного исполнения обязательства *(id quod interest,* убытки). Убытки определялись самим же кредитором посредством оценочного ручательства *(ius iurandum in litem,* § 77).

Юстиниановское право распространило эту возможность, поначалу принадлежавшую исключительно *actiones bonae fidei,* установив таким образом общий принцип «возмещения ущерба», вызванного неисполнением.

§ 218. Отмена мошеннических действий

Особым случаем злоумышленного неисполнения обязательства является *fraus creditorum* (обман кредиторов), состоящий во всех действиях отчуждения, совершенных должником с тем, чтобы создать или усугубить собственную несостоятельность с целью обмануть кредиторов.

Для таких случаев претор ввел *interdictum fraudatorium,* о мошенничестве (реституционный), который давался отдельному кредитору для того, чтобы возвратить от третьего лица, приобретателя, вещи, отчужденные должником, а сверх того — еще *xestitutio in integrum,* которое, вероятно, давалось *curator Ьonomm* (§ 77) с целью увеличить имущественную массу, предназначенную для *Ьonomm venditio,* посредством отмены совершенного должником мошеннического отчуждения имущества. Вопрос о том, существовал ли, наряду с этими средствами, еще самостоятельный *actio in factum,* в науке не решен.

К осуществлению всех этих различных средств предъявлялись общие требования. Действительно, для всех них необходимо было реальное нанесение ущерба кредиторам *(eventus damni),* мошенническое намерение должника *{consilium fraudis)* и, в случае отчуждения на возмездном основании (§ 11), также осведомленность третьего лица, приобретателя *(scientiafraudis).* В юстиниановском праве разные классические средства оказываются слитыми в едином иске, именуемом в одном тексте «Дигест» (22.1.33.4) *Pauliana,* на основе которого и продолжали предъявляться вышеперечисленные требования.

§ 219. *Мог а* (просрочка)

До тех пор пока предоставление еще возможно, должник обязан исполнить обязательство; виновная задержка исполнения называется «просрочкой».

Начиная со зрелой классической эпохи для того, чтобы должник оказался в состоянии просрочки, необходимо было, чтобы кредитор

потребовал от него исполнения *(interpellatio,* напоминание), за исключением двух случаев: когда речь шла об обязательстве в связи с незаконным действием и когда был установлен срок исполнения, истечение которого автоматически означает просрочку должника *(«dies interpellat pro homine»,* «срок напоминает за человека»).

Просрочка влечет за собой два фундаментальных следствия:

а) *perpetuatio obligationis* («увековечение обязательства»), в силу которого, даже если исполнение сделалось невозможным вследствие случайного обстоятельства, обязательство продолжает существовать в том смысле, что просрочивший должник считается ответственным за неисполнение. Иначе говоря, после просрочки обычное прекращение обязательства по причине внезапно возникшей невозможности исполнения не наступает (§ 208);

б) обязанность (в случае *iudicia bonae fidei)* платить специальные проценты *(usurae moratoriae,* за просрочку) в размере, пропорциональном величине задержки.

В юстиниановском праве эти принципы подверглись важным изменениям. В отношении *perpetuatio obligationis* стало допускаться освобождение должника, представившего доказательство того, что, если бы даже он совершил предоставление вовремя, у кредитора вещь все равно бы погибла. Что до *usurae moratoriae,* то Юстиниан расширил их применение, допустив также и вне *iudicia bonae fidei.*

Этой просрочке должника *(mora solvendi)* обычно противопоставляют просрочку кредитора *(mora accipiendi),* которая состоит в отказе (или промедлении) с его стороны принять исполнение. В таком случае у должника происходит ограничение ответственности за возможную гибель вещи единственным случаем умысла. Кроме того, для родовых обязательств (§ 223) было установлено, что, если должник «наметил» вещи, предложенные к уплате (например, запечатав в мешочке сколько-то монет), возможная их гибель, виновником которой он не являлся, освобождала его от обязательства, несмотря на возможность заменить их другими *(genus nonperit,* «род не погибает», § 223). В частности, для денежных обязательств должник мог сдать предложенные им к уплате *pecunia,* пометив их своим знаком, В храм *(in aede sacra)* или в другое общественное место, прекратив тем самым исчисление возможных процентов.

Глава VII.
Аномальные виды обязательств

§ 220. Соображения общего характера

От обычной формы обязательства, описывавшейся до сих пор, отличаются некоторые особые его формы, для которых характерны отклонения от нормы в одном из образующих элементов обязательственного отношения. Они могут иметь место в субъектах, в объекте или в самой обязательственной связи.

§ 221. Отклонения в связи с субъектами

А) Блуждающие обязательства

Обыкновенно обязательство существует между двумя субъектами, определенными с самого возникновения обязательства. Однако в особом случае *filius familias* или раба, которые совершили проступок, возникающее отсюда обязательство, поскольку оно не может обременить совершившего проступок в силу его недееспособности, обременяет того, под чьей властью или в чьей собственности виновный находится в данное время. В случае последующего перехода виновного из-под власти или собственности одного *pater familias* к другому долг также перемещается от одного *pater* к другому *(noxa caput sequitur,* ответственность за вред следует за личностью виновного, § 79), вплоть до момента, пока не будет потребовано исполнение. Отсюда и произошло название, данное этому виду обязательств, — «блуждающие» или «с переменным пассивным субъектом».

§ 222. Б) Обязательства при множественности субъектов

Обыкновенная форма обязательства предполагает наличие кредитора и должника. Не исключается, однако, случай множества субъектов — активных, пассивных либо тех и других одновременно. Из таких фактических предпосылок могут проистекать, в зависимости от конкретного случая, достаточно разнообразные последствия.

Первый случай — тот, в котором каждый кредитор имеет право притязать только на часть предоставления или каждый должник обязан исполнить лишь его часть. В этом случае там, где характер предоставления это допускает, т. е. где речь идет об обязательстве «делимом», а значит, таком, которое может быть исполнено *perpartes,* его делят на столько малых обязательств, сколько имеется возможных сочетаний противостоящих друг другу субъектов, взятых по двое. Так, в наиболее простом случае кредитора и двух должников долг, например, в сотню

можно разделить на два долга по пятьдесят, причитающихся с каждого из двух должников по отношению к единому кредитору. В этом случае обязательство называется долевым. Таким является случай наследственных обязательств, которые делятся между сонаследниками пропорционально их долям (§ 284).

Второй случай — тот, в котором несколько кредиторов могут в соответствии с основанием обязательства (так что делимость или неделимость предоставления можно во внимание не принимать) притязать на полное предоставление *(solidum)* от единого должника, или единый кредитор — на то же от каждого из должников, или, наконец, каждый кредитор — на то же от каждого из должников. В таком случае обязательство называют «солидарным», и солидарность эта может быть, в зависимости от только что рассмотренных случаев, «активной», «пассивной» или «активной и пассивной» одновременно.

Солидарное обязательство в свою очередь делится на два подвида: солидарность накопительную и избирательную.

При накопительной солидарности полное и единое предоставление исполняется столько раз, сколько имеется кредиторов и должников. При избирательной же полное и единое предоставление, хотя все должники обязаны его исполнить по отношению ко всем кредиторам, исполняется только один раз. Кредитор, например, может выбрать *(eligere)* ответственного должника, и как только этот выбранный исполнит предоставление, освобождаются от исполнения и прочие должники. Вот еще пример: должник может выбрать кого-то одного из кредиторов, которому и исполнит предоставление с тем результатом, что лишит права требования также и всех прочих. Для классической эпохи характерно отсутствие права «возмещения» или «регресса» между совместными кредиторами или должниками, поскольку каждый из них, получая или уплачивая, получает или уплачивает исключительно лишь свой долг.

Основной случай возникновения накопительной солидарности — это обязательство, возникающее из деликта (§ 255), что объясняется штрафным характером долга, в силу которого наказание должны понести все виновные. Избирательная солидарность возникает главным образом из единой *stipulatio* (§ 235), в которой приняли участие несколько субъектов, или из *legatum per damnationem* (§ 328) в отношении одной неделимой вещи, которая была отказана в пользу нескольких солегатариев по выбору наследника, либо когда бремя такого легата было возложено на нескольких сонаследников на солидарных началах.

Никогда не следует упускать из виду, что в солидарных обязательствах, несмотря на множественность субъектов, обязательство всегда

одно, вследствие чего какое угодно прекращающее основание применительно к объекту или обязательственной связи уничтожает обязательство в отношении всех субъектов. Напротив того, прекращающие основания, имеющие отношение лишь к одному из субъектов (смерть, § 210; *capitis deminutio,* § 211; *pactum de non petendo in personam,* § 215 и т. д.), оставляют нетронутыми обязательства по отношению к прочим.

Особые последствия имеет в этой связи, если говорить о классическом праве, *litis contestatio,* поскольку после того, как состоялась тяжба между двумя субъектами, и вследствие процессуальной новации обязательство прекратилось (§ 207), соответствующий иск больше не может быть вчинен в отношении других, даже если обязательство осталось, несмотря на процесс, неисполненным. В юстиниановском праве, где прекращающее действие *litis contestatio* было упразднено (§ 77), таких последствий, естественно, не возникало, так что, например, в случае пассивной солидарности кредитор, который безуспешно вчинил иск одному из должников, мог сделать это вновь в отношении других.

Два противостоящих друг другу принципа в отношении прекращающего действия *litis contestatio,* которые в силу исторических причин оба нашли отражение в Юстиниановом собрании, побудили старинную юриспруденцию предположить существование в классическом праве двух разных категорий обязательств, которые были названы «корреальными» и «солидарными» и характеризовались различным режимом, именно в зависимости от того, обладало *litis contestatio* своим прекращающим действием или нет. Однако современная научная критика восстановила единство категории солидарных обязательств, обоснованно отнеся два этих принципа к двум разным историческим эпохам.

Железная логика, с которой классические юристы выстроили систему солидарных обязательств, в юстиниановском праве ослабла, поскольку здесь вследствие применения разных льгот с целью урегулирования отношений между солидарными должниками *{beneficium cedendarum actionum, divisionis, excussionis,* § 199) сама суть солидарности не то что размылась, но просто исчезла, так что узы солидарности преобразовались скорее во взаимную гарантию.

§ 223. Отклонения, связанные с объектом

А) Родовые обязательства

Одним из существенно важных требований к предоставлению является определенность (§ 190). В некоторых случаях, однако, вещь, которую следует отдать, определена не индивидуально *(species,* напри-

мер, «раб Памфил»), а лишь качественно, чтобы ее выбрали из более или менее обширного *genus,* рода, к которому она принадлежит (например, «собака», «собака-волкодав», «годовалая собака-волкодав» и т. д.). В этом случае обязательство называется «родовым». Таким образом, конкретная определенность обязательства наступает здесь лишь в момент исполнения: в соответствии с классическим правом, должник считал себя освобожденным, предоставив какую угодно из вещей, относившихся *Kgenus.* Юстиниановское же право, желая добиться справедливого решения в частных случаях, наметило общий принцип, в соответствии с которым кредитор не может притязать на *optimum* (лучшее), но и должник также не освобождается, предоставляя *pessimum* (худшее), а предоставление должно иметь *media qualitas* (среднее качество).

Особый характер имеет здесь решение вопроса о прекращении вследствие невозможности предоставления (§ 208). И в самом деле, в соответствии с правилом «*genus non perit*» («род не гибнет», § 40) прекращение родового обязательства по причине гибели объекта имеет место довольно редко. Правда, может случиться и так, что погибнет весь *genus,* а именно тогда, когда *mom genus,* из которого берется объект, весьма ограничен (к примеру, «бутылка из моего погреба»).

§ 224. Б) Альтернативные обязательства

Обычно объект обязательства единствен. Возможно, однако, что в обязательстве были на альтернативной основе указаны две вещи или больше (например, *centum aut servum,* «раб или сто монет»), так что все они оказываются в равной степени подлежащими отдаче, однако *должник освобождается от обязательства,* предоставляя лишь одну *(«utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem»,* «обе вещи указываются в качестве предмета обязательства, но не объекта исполнения»). Таким образом, впоследствии обязательство «конкретизируется» на одном из подлежащих отдаче объектов, а значит, «альтернатива» упрощается.

Конкретизация может быть связана с выбором должника (обычный случай), кредитора или третьего лица. Как бы то ни было, кредитор вплоть до *litis contestatio,* а должник — вплоть до платежа могут (за исключением случаев, когда они обязались этого не делать) изменить свой выбор *(ius variandi).*

Конкретизация может быть связана и с гибелью одного из объектов, подлежавших отдаче. В этой связи должны соблюдаться следующие правила.

Если выбор предоставляется кредитору, случайная гибель одной из вещей лишает его права выбора, между тем как гибель, в которой

повинен должник, не препятствует кредитору взыскать *aestimatio* погибшей вещи.

Если же выбор предоставляется должнику, то:

а) в том случае, если первая вещь погибла из-за самого же должника, он произвел тем самым свой выбор, так что обязательство сосредоточивается на второй вещи. Поскольку вследствие этого обязательство упростилось, последующая гибель второй вещи, если она произошла случайно, прекращает обязательство; если же в ней повинен должник, он несет за это ответственность (§ 208, 216). Юстиниан же определил, что при случайной гибели второй вещи обязательство не прекращается и должник несет ответственность (за то, что он послужил причиной гибели первой) по *actio doli,* в размере средней стоимости двух объектов;

б) если же первая вещь погибла по случайности, очевидно, что обязательство сосредоточивается на второй, однако Юстиниан допускает, что должник все еще может воспользоваться выбором, предоставив стоимость погибшей вещи.

От альтернативного обязательства отличается так называемое факультативное, по которому отдаче подлежит одна вещь, однако должник вправе освободиться от обязательства, предоставив вместо нее другую. Понятно, что, поскольку отдаче подлежала одна вещь, ее случайная гибель тут же прекращает обязательство. Гибель же вещи *in facultate solutionis* («способной служить заменой исполнения») только лишает должника права замены.

§ 225. Отклонения, связанные с обязательственными узами. Естественные обязательства

Самая суть обязательства — наличие в нем юридических уз, что проявляется в соответствующем *actio in personam* (§ 79). Однако римское общественное сознание усматривало в некоторых случаях^ точное определение которых вызывает, правда, споры, дебетно-кредитные экономические отношения, которые в силу определенных причин не порождали *vinculum iuris,* правовых уз, и потому не признавались как *civilis obligatio.* Однако такие отношения порождали *natura debitum,* т. е. так называемые естественные обязательства.

Следует принять во внимание, что в данном случае термин *«obligatio civilis»* в противоположность *«obligatio naturalis»* указывает не на обязательства, признаваемые *ius civile,* а на любого рода обязательства, из которых возникает любого рода *vinculiim iuris,* и значит, также и на происходящие из *ius praetorium,* или из *ius gentium*[1].

[1]См. § 192.

Отличительная черта естественных обязательств заключается в том, что в отсутствие *vinculum iuris* так называемый естественный кредитор не имеет иска по отношению к должнику, чтобы принудить его к исполнению. Однако если тот совершит исполнение по собственной воле, это предоставление не рассматривается в качестве «недолжного» и потому он не может «востребовать» (т. е. потребовать его обратно) свое предоставление как таковое *(condictio indebiti,* § 251). Поэтому естественный кредитор вправе сохранить полученное предоставление (так называемое *soluti retentio,* «удержание уплаченного»).

Помимо этого основного следствия естественное обязательство влечет за собой еще и побочные: оно может быть гарантировано дополнительным цивильным обязательством *(fideiussio,* § 198), может быть «зачтено» (§ 214) с цивильным обязательством, может быть преобразовано в цивильное обязательство посредством «новации» (§ 206).

Классическими юристами несомненно признавались как относящиеся к этой форме обязательств случаи, когда рабы и свободные *alieno iuri subiecti* (дети *in potestate,* женщины *in manu,* лица *in mancipio)* вступали с посторонними или с собственным *dominus* или *pater* в такие деловые отношения, которые, если бы тому не воспрепятствовала их недееспособность и подчиненность *paterfamilias,* сделались бы источником обязательства. Правда, что касается *filiifamilias* мужского пола, то уже довольно скоро их обязательства были признаны в качестве *civiles,* хотя реально эти *filti familias* получали исковую защиту лишь после того, как сделаются лицами *sui iuris.*

В юстиниановском своде список форм, которые явно квалифицировались в качестве естественного обязательства или к которым применяется соответствующий правовой режим, куда более обширен, однако неясно, какие из них признавались соответствующими двум изначальным типам уже юристами классического периода. Самые главные здесь следующие: обязательство, принятое подопечным без *auctoritas* опекуна (§ 26); обязательство в отношении того, чей должник был освобожден без надлежащих оснований; обязательство, возникающее из договора займа, заключенного *filius familias* в нарушение Македонова сенатусконсульта *(S. C. Macedonianus,* § 230); обязательство, прекращенное за давностью (§ 213); обязательство, возникающее из «голого согласия» (§ 248), и т. д.

Раздел II.
Отдельные виды обязательств

Глава VIII.
Обязательства, возникшие из законного действия

§ 226. Развитие учения о *contractus*

В наидревнейшем римском праве термины *contrahere, contractus* (в соответствии с их этимологическим значением) еще не обозначали один из источников возникновения обязательства, а лишь указывали на сами обязательственные узы, само обязательство, а если выражаться более точно, то в противоположность узам, возникающим из правонарушения, — на те узы, которые происходят из действия законного, из юридической сделки, которая также определяется здесь как *contractus.* Так что термины эти имели чисто объективное значение, независимое от учета той роли, которую могла играть в возникновении обязательства воля субъектов.

Однако в классической юриспруденции, и прежде всего на основании опыта, полученного из обязательственных сделок в рамках *ius gentium,* в которых обязательство возникает из взаимного согласия двух сторон (§ 242), стало постепенно формироваться представление, в соответствии с которым во всякой двусторонней сделке делового оборота силой, создающей обязательство, является «соглашение», достигнутое между сторонами. В одних случаях для возникновения обязательства достаточно одного такого соглашения. В других же (в сделках *ius civile)* необходимо, чтобы оно было облечено в торжественную форму или сопровождалось исполнением определенных действий. Даже *stipulatio,* которое осуществляется *verbis* (§ 235) и является прообразом торжественных сделок, порождающих *obligatio,* недействительно, если не включает в себя согласия сторон *(«nisi habeat consensum, nulla est»,* D. 2.14.1.3).

Таким образом, в конце классической эпохи *contrahere, contractus* начинают приобретать новое, субъективное значение «согласиться, соглашение» (Риккобоно) и относиться лишь к обязательствам, возникающим по соглашению сторон (как бы оно ни проявлялось), и в то же время больше не применяются к прочим обязательствам, возникающим в результате действия, о котором, хотя оно и является законным, стороны не договаривались (например, «уплата недолжного», §251).

В этом новом значении «договора как источника обязательства» термин *contractus* был усвоен Юстиниановым собранием и современной юридической наукой.

§ 227. Теория и классификация контрактов

Теперь, отвлекаясь от намеченных исторических вех, по правде говоря, не до конца проясненных романистикой, контракт можно определить как договор двух субъектов или групп субъектов («договаривающиеся бороны»), имеющий своей целью установить между ними обязательственное отношение. Поэтому контракт, поскольку он является юридической сделкой (а если точнее, «двусторонней» юридической сделкой, § 51), подчиняется всем правилам, относящимся к сделкам, — в том, что касается дееспособности сторон (§ 60), существенных (§ 52), естественных (§ 53), привходящих (§ 54) элементов сделки, причин ее недействительности (§ 59), «конвалидации» (§ 69), представительства (§ 58).

В рамках системы *ius civile* не подвергалось сомнению, что контракт, заключенный между сторонами, не может создать обязательства в пользу третьих лиц или возложить такое обязательство на них (ничтожность «контрактов в пользу третьих лиц») по причинам, которые во всем аналогичны тем, что препятствовали допущению прямого представительства (§ 58). Однако в связи с древним правилом *«alteri stipulari nemo potcst»* («никто не может договариваться за другое лицо») возник целый ряд исключений, становившийся все более длинным и внушительным — как в рамках более развитого классического права, так и, причем в еще более широких масштабах, в юстиниановской правовой системе. Здесь ничтожность контракта в пользу третьих лиц была ограничена случаями, когда возникавшее отсюда обязательство не представляло никакого интереса для самого договаривавшегося (Cod. 8.38.3 pr.).

С принципом ничтожности контракта в пользу третьих лиц связано правило относительно ничтожности *stipulatio* (а впоследствии — **и** *legatum) post mortem* или обещания дать что-нибудь после смерти кредитора или должника. Такое *stipulatio* было определенным образом на руку наследнику кредитора или же связывало наследника должника, а между тем *«generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse»* («в качестве общего принципа было установлено, что обязательство не может начаться с личности наследника») (Гай Inst. 3.158). Правда, речь здесь шла о таком запрете, которому сами же классические юристы не были в состоянии дать здравое обоснование и поэтому его обходили посредством целого ряда уловок (например, рассматривали в качестве действительной *stipulatio* «дать» *cum moriar* или *cum morieris,* т. е. в последнее мгновение жизни должника или кредитора), пока наконец в юстиниановском праве запрет этот не был упразднен.

Контракты можно классифицировать различным образом, некоторые из возможных классификаций явно перешли к нам от римлян,

другие современны по формулировкам, однако скрытым образом заложены уже в системе римских правоведов. Многие связаны с тем фактом, что, поскольку контракт является подвидом юридической сделки, к нему, очевидно, приложимы те же разграничения и классифицирующие признаки, что и к сделкам. Поэтому мы будем различать следующие контракты (§ 51):

а) торжественные и неторжественные;

б) каузальные и абстрактные;

в) возмездные и безвозмездные;

г) *stricti iuris* и *bonae fidei,* в соответствии с типом иска, который возникал на их основании (§ 79);

д) *iuris civilis* и *iuris gentium,* в зависимости от правопорядка, признававшего их в качестве источника обязательства.

Из этого ряда полных совпадений с юридическими сделками явно выбивается деление контрактов на односторонние и двусторонние. В самом деле, в сфере юридических сделок это деление относилось к тому, каким образом осуществляются различные сделки: односторонние требуют воли одного-единственного субъекта или группы субъектов *(ex uno latere,* с одной стороны); двусторонние требуют воли двух субъектов либо групп субъектов или же двух противостоящих друг другу сторон *(ex utroque latere,* с обеих сторон) и являются именно не чем иным, как контрактами. Так что контракт как юридическая сделка всегда является двусторонней юридической сделкой.

В сфере же контрактов разделение на односторонние и двусторонние относится к следствиям контракта, т. е. к обязательствам, которые из него проистекают. Именно, односторонними являются такие контракты, из которых возникают обязательства лишь для одной из сторон (например, заем, § 230), двусторонними же — те, из которых возникают два взаимных обязательства (например, купля-продажа, § 243), которые экономически связаны друг с другом так, что одно является функцией другого, вследствие чего неисполняющая сторона не вправе притязать на исполнение другой стороны (так называемое *exceptio non adimpleti contractus,* эксцепция о неисполненном контракте). Двусторонние контракты называют еще «синаллагматическими» от греческого термина auvaAAaxYUa, «контракт», использовавшегося юстиниановскими составителями (правда, не без предшественников еще среди классических юристов), чтобы различить контракты, порождающие обязательства для обеих сторон *(ultro citroque,* в ту и другую сторону).

Имеется, далее, еще одна категория контрактов, называемых в науке «не полностью двусторонними», из которых возникает одно ос-

новное обязательство, образующее «основание» контракта, однако кредитор в свою очередь может оказаться обязан исполнить второстепенное обязательство, которое может здесь возникнуть (например, возмещение понесенных расходов: ср. прием вещи на хранение, § 231; ссуда, § 232; поручение, § 246) и санкционируется тем же самым контрактным иском *(actio contraria)*.

Типично римской, наконец, является классификация, принимающая во внимание способ, которым из разных контрактов возникают обязательства. Гай (In t. 3.89) говорит, что *«aut... re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu»* («...обязательство заключается посредством или вещи, или слов, или записей, или согласия»), обращая тем самым внимание читателя на то, что определяющий момент в возникновении обязательства среди четырех разных категорий контрактов — это соответственно передача вещи *(гё),* произнесение торжественных слов *(verbis),* использование определенно письменной формы *(litteris)* или простое каким угодно образом проявленное соглашение *(consensu)*. Поэтому можно выделить четыре категории контрактов: реальные, вербальные, литеральные и консенсуальные. По причинам, которые мы изложим ниже (§ 247, 248), за рамками схемы Гая остались так называемые безымянные контракты и голые соглашения.

§ 228. Реальные контракты

Очевидно, что в этой категории контрактов обязательство, объектом которого является возвращение полученной вещи или ее эквивалента, не может возникнуть иначе как в результате передачи *res* от кредитора должнику. Таким образом, контракт совершается посредством *datio,* «дачи» вещи.

§ 229. А) *Fiducia*

Состояла в формальной передаче собственности на вещь (посредством *mancipatio,* § 148, или *in iure cessio,* § 149) от «фидуцианта» «фидуциарию» с целью сохранения *(fiducia cum anгко,* с другом) или в качестве обеспечения предыдущего обязательства *(fiducia cum creditore,* с кредитором) с условием *(pactum fiduciae),* что фидуциарий осуществит обратную передачу вещи соответственно по просьбе или после того, как его кредит будет удовлетворен. Иск, возникавший отсюда, был *actio fiduciae,* доставлявший бесчестье (§ 18), который мог быть перенаправлен против фидуцианта как *actio fiduciae contraria,* с целью возмещения убытков.

В юстиниановском праве фидуция исчезла, в роли обеспечения ее заменил залог.

§ 230. Б) Заем

Заем представляет собой односторонний контракт (§ 227), состоящий в передаче собственности на деньги или иные заменимые вещи (§ 40) от «заимодавца» «заемщику», который обязуется вернуть такое же количество вещей того же рода и качества *(tantundem).*

Заимодавец располагает *actio certae creditae pecuniae,* если речь идет о деньгах, или *condictio certae rei* в иных случаях. Последний иск в связи с довольно распространенным случаем займа пшеницы *(triticum)* юстиниановские составители назвали *condictio triticaria.* Из того, что *condictio* имела характер *stricti iuris,* что приводило к строгому соответствию между *intentio* и *condemnatio* (§ 40), вытекала невозможность приговорить заемщика к уплате большего количества, чем было им получено, а значит, заставить его уплатить проценты. Поэтому заем как таковой представляет собой безвозмездный контракт. На практике это обходили, присоединяя к займу дополнительный контракт *{stipulatio usurarum),* объектом которого была именно уплата процентов. В то же время широкое распространение в римском мире займа под проценты засвидетельствовано существованием ряда законодательных постановлений, которые начиная с Законов XII таблиц и до Юстиниана по-разному устанавливали максимальный уровень процентной ставки.

Особой формой займа является морской заем *(fenus nauticum,* «морской процент», *pecunia traiecticia,* «переправные деньги»), при котором обязательство заемщика ставится в зависимость от счастливого исхода плавания и в качестве компенсации за такой риск могут быть согласованы повышенные проценты.

Знаменитый сенатусконсульт времен Веспасиана запретил под страхом объявления ничтожным предоставление займа *filiifamilias* (займы, при которых обязательство вернуть могло вступить в силу, лишь когда заемщик сделался бы лицом *sui iuris,* § 225) не только по чисто техническим причинам, связанным с их недееспособностью, но также и по соображениям нравственности *(S. C. Macedonianum,* поводом для издания которого явилось убийство собственного отца, совершенное неким Македоном с целью получить наследство и расплатиться по долгам).

§ 231. В) Поклажа (хранение)

Заключается в передаче движимой вещи от «поклажедателя» «поклажепринимателю» (депозитарию), с тем чтобы тот хранил ее и по требованию вернул. Очевидно, хранитель обладает лишь *naturalispossessio* (§ 164). Контракт по самой своей сути безвозмездный, добавление соглашения о возмещении уподобило бы его «договору найма» (§ 244).

Судебная защита приема вещи на хранение восходит к зрелой республиканской эпохе, когда претором был дан *actio depositi in factum,* к которому впоследствии присоединился *actio in ius bonaefidei.* Различали *actio depositi directa,* доставлявший бесчестье (§ 18), который давался поклажедателю с целью истребования вещи, и *actio contraria,* дававшийся поклажепринимателю с тем, чтобы получить возмещение возможных затрат или убытков.

Депозитарий в отличие от ссудополучателя не может пользоваться вещью, не совершая при этом кражи *(furtum usus,* § 256). Поскольку речь здесь идет о безвозмездном контракте, заключенном в чужом интересе, он отвечает лишь за *dolus* (в последующую эпоху — и за *culpa lata).*

Имеется три особые формы поклажи:

а) «неотложная», или «бедственная поклажа», совершается лицом, находящимся под угрозой значительной нависшей опасности и вынужденным поэтому отдать вещь на хранение первому встречному, который будет отвечать *in duplum* за свою небрежность или бесчестность, поскольку злоупотребил стесненными обстоятельствами, при которых поклажедатель не мог выбрать надежного, на свой взгляд, депозитария;

б) «секвестр». Вещь, которая оспаривается двумя лицами в суде либо принадлежность которой так или иначе неясна, доверяется третьему лицу (секвестору), которое должно ее вернуть не по просьбе и не какому-либо из претендентов, но лишь тому, кто окажется в таком юридическом положении, что сможет на нее притязать (например, одержав верх в тяжбе) и когда в этой ситуации будет достигнута ясность. В этом случае секвестор имеет, в порядке исключения, *possessio ad interdicta* (§ 167);

в) «нерегулярная поклажа». Применяется, к сумме денег, отданной на хранение с той оговоркой, что депозитарий может ими воспользоваться (их потребив) и возвратить *tantundem* (например, банковский депозит). В сущности, это заем, и таким он виделся классическим юристам. Отнесение этой фигуры к поклаже восходит к Юстиниану.

§ 232. Г) Ссуда

Состоит в передаче непотребляемой вещи (§ 41) от «ссудодателя» «ссудополучателю» с тем, чтобы он ею пользовался в соответствии с обычным экономическим предназначением и после пользования или же в установленный срок вернул. Отличается от займа («передача для потребления»), поскольку передается не право собственности на вещь, а лишь *naturalis possessio* (§ 164), и поскольку ссудополучатель обязан возвратить ту же самую вещь, а не *tantundem.* Поэтому ссуду еще называют «передача для пользования».

Ссуда по сути своей безвозмездна, однако ссудополучатель отвечает (помимо, что само собой очевидно, злого умысла) еще и за хранение, а в более позднюю эпоху — также и за *culpa levis:* и действительно, поскольку контракт заключается исключительно в интересах ссудополучателя, от него требуется максимальная осмотрительность.

Судебная защита ссуды скопирована с защиты депозита. Защиту контракта, который был неизвестен более архаическому *ius civile,* вначале осуществлял лишь претор с помощью *actio in factum,* а впоследствии — с помощью цивильного судебного иска *bonae fidei, actio commodati,* который в обычной форме *actio contraria* мог быть обращен против ссудодателя в отношении затрат и убытков, которые понес ссудополучатель.

§ 233. Д) Залог

Состоит в передаче движимой вещи от «должника-залогодателя» «кредитору-залогодержателю», с тем чтобы он удерживал ее у себя в обеспечение предыдущего обязательства и вернул лишь тогда, когда получит удовлетворение в полном объеме (§ 186).

Иск, который возникает отсюда в пользу должника-залогодателя (выступающего в качестве кредитора в отношении возврата залога), — это *actio pigneraticia in personam,* у которой имеется и свой вид *actio contraria*. Кредитор-залогодержатель в порядке исключения также рассматривается в качестве владельца *ad interdicta* (§ 167).

§ 234. Вербальные контракты

В этих контрактах обязательство возникает в силу того, что произнесены *certa et sollemnia verba*. Торжественная форма необходима *ad substantiam* (§ 63).

§ 235. А) *Stipulatio*

Это специфически римская форма контракта (прообраз обязательственных сделок), в связи с которым римская юриспруденция разработала целую теорию обязательств. Помимо того, что *stipulatio* «формальная», она еще и «абстрактная», и «односторонняя», *stricti iuris* (§ 227). Заключается в торжественном вопросе, обращенном *stipulator* (т. е. кредитором) в устной форме, и в незамедлительном, торжественном и положительном ответе *promissor* (т. е. должника). Объект, о котором идет речь в вопросе и ответе, заключается в *dare* (дать) или *facere* (сделать) нечто *certum* (определенное) или *incertum* (неопределенное) (§ 190). Такого торжественного обмена вопросом и ответом было первоначально достаточно для того, чтобы возникло обязательство. Лишь впоследствии была установлена ничтожность *stipulatio,* не подкрепленной согласием сторон.

Характерные особенности контракта следующие: заключение в устной форме, присутствие обеих сторон, *unitas actus* (непосредственное следование друг за другом предложения и его принятия), полное соответствие в использовании слов.

На основании *stipulatio* возникает *actio ex stipulatu,* который приобретает разные формы в зависимости от объекта контракта, но непременно остается *stricti iuris* (§ 79). Чтобы обойти это неудобство, претор обыкновенно включал туда *exceptio doli* (§ 67), так что судья мог принимать в расчет степень добросовестности поведения сторон.

Первоначально, вследствие происхождения от более архаической формы *(sponsio),* надо было обязательно употребить слово *spondere (spondes? spondeo).* Однако республиканская юриспруденция постепенно допустила использование и других слов *{dabisl dabo; promittis! promitto),* а вслед за тем использование также и иностранных языков *(doseisl doso; poieseis? poieso).* В этой форме стипуляция сделалась доступной также и перегринам *(stipulatio iuris gentium).*

Благодаря своему абстрактному характеру стипуляция оказывалась более пригодной, чем какой-либо иной акт, на то, чтобы помимо исполнения ею роли самостоятельного экономического контракта облекать в собственную форму, форму стипуляции, любое предшествовавшее обязательственное отношение. Делалось это как с тем, чтобы прибавить к уже существующему на основе первоначального контракта иску (например, *condictio ex muШо,* § 230) новый иск, ускоренный и практичный *(actio ex stipulatu),* так и с тем, чтобы осуществить «новацию» предшествующего обязательства (§ 206), создать личную гарантию *(adpromissio,* § 198), свести в единый денежный долг ряд различных обязательств, уже существующих между сторонами *(stipulatio Aquiliana).*

Рассматривая многочисленные применения стипуляции, приходишь к мысли о ее явном сходстве с современным векселем.

Наряду с добровольной стипуляцией, которая заключалась на основе контрактной свободы воли, существовали еще стипуляции, к которым стороны были принуждены магистратом *(stipulationes praetoriae, cautiones,* § 80), чтобы дать субъекту, который был уполномочен эдиктом попросить об этом, особую гарантию (например, *cautio damni infecti,* § 160). Другие существовавшие стипуляции *(iudiciales,* судебные) были связаны своим чисто инструментальным действием с формальной процедурой (например, *cautio iudicatum solvi,* § 73).

Формальная сторона стипуляции претерпела в дальнейшем весьма любопытную эволюцию: вследствие распространения в связи с контактами с Востоком письменной формы в конце республиканского периода сделалось обыкновением составлять документ *(instrumentum),*

свидетельствовавший об имевших место вопросе и ответе. Документ этот поначалу имел значение исключительно доказательства, поскольку обязательство возникало всегда из *verba*. Но постепенно *instrumentum* стал образовывать с *verba* единое целое: в самом деле, в случае обширных и усложненных стипуляций в документ обычно включали детальное описание экономических отношений, так что при обмене устными вопросом и ответом стороны ограничивались тем, что привлекали содержание документа.

С точки зрения теории обязательство все еще возникало из устной формы, которая рассматривалась в качестве поглощающей содержание документа. Однако на практике развитие пошло в том направлении, что документ получил преобладающее значение, а *verba* стали рассматриваться как подтверждающая оговорка, необходимая, но дополнительная. В результате право пришло (Павел Sent. 5.7.2) к той «презумпции», что обмен *verba* имел место, когда можно было предъявить составленный по форме документ.

Отсюда было рукой подать до полного упразднения *verba,* и это было сделано по мере отказа от торжественных форм как таковых (§ 6 В) в послеклассическую эпоху: постановление императора Льва от 472 г. определило, что *stipulatio* может быть совершена в любой форме, пригодной для того, чтобы засвидетельствовать волю сторон *{«quibuscumque verbis»,* «какими бы то ни было словами»). Теперь важно согласие сторон, как бы оно ни было выражено, в устной форме или же письменной.

В юстиниановском праве *stipulatio* может быть совершена устно или письменно и с интервалом между предложением и его принятием (так что стипуляция возможна и между лицами, находящимися в разных местах). Если ответ не вполне согласуется с вопросом, несоответствия с ним, относящиеся к *quale* (какой) и *quantum* (сколько), рассматриваются в качестве контрпредложения. Практика прибавлять ко всем письменным контрактам упоминание имевшего место обмена вопросом и ответом стала стилистической оговоркой, которая традиционно сохранялась и на протяжении средневековья.

§ 236. Б) *Dotis dictio*

Состоит в обещании приданого (§ 113), что совершается с помощью торжественных слов, которые говорит мужу женщина, ее должник или ее родственник по восходящей мужской линии. Отличается от *stipulatio* тем, что не требует обмена вопросом и ответом, но осуществляется посредством заявления одного лишь субъекта, которое, вероятно, содержит слова *«doti tibi erunt»* («в приданое получишь»). Иск в защиту соответствующего обязательства нам неизвестен.

Dotis dictio допускало оговорки *{«cum potuero»,* т. е. «когда смогу» и подобные), которые делали его более гибким и способным учитывать требования, предъявлемые обществом.

§ 237. В) *Promissio iurata liberti*

Прежде чем отпустить раба на свободу (§ 89), *dominus* мог добиться от него обещания, что в будущем тот будет оказывать ему услуги. Однако такое обещание, поскольку оно не могло быть совершено в юридической форме по причине недееспособности раба, совершалось в форме клятвы религиозного характера, которая была действенна в сакральной сфере. После манумиссии вольноотпущенник обновлял клятву, и из этого *iteratio* (с одной стороны, аналогичного *dotis dictio,* а с другой стороны, отличного от *stipulatio* из-за отсутствия вопроса и ответа) возникало цивильное обязательство.

§ 238. Г) *Vadimonium* и ручательство *praes* (гаранта)

Это древние вербальные контракты, функция которых заключалась в обеспечении процессуальных гарантий. Как и стипуляция, они совершались посредством вопроса и соответствующего ответа: *«vas esl sum»* («ты гарант? гарант»). Первый из них служил гарантией явки ответчика в суд *(vadimoniutn in iudicio sisti,* § 77), а второй — гарантией возврата оспариваемой вещи (и ее плодов) тем из тяжущихся, которому она была дана во временное владение *{praedes litis et vindiciarum,* §79).

§ 239. Литеральные контракты

В этих контрактах обязательство возникает в силу того, что создана определенная письменная форма, которая необходима *ad substantiam.*

§ 240. А) *Nomen transscripticium*

Это довольно неясный институт, просуществовавший сравнительно недолго, сведения о нем мы черпаем главным образом из «Институций» Гая. Состоит он в сложной регистрационной записи, производимой *pater familias* в его приходно-расходной книге *(codex accepti et expensi).*

Такая регистрационная запись может быть двух видов:

а) *transscriptio a ге in personam. Pater familias,* по просьбе своего должника, возможно, сделанной в письменной форме (о чем, кажется, можно предположить из самого названия *trans-scriptio),* вписывал в графу *acceptum,* как полученную, ту сумму, которую ему были должны, после чего вписывал ее же в графу *expensum,* как будто снова ее выплатил тому же должнику. В результате предыдущее обязательство

(которое возникло, к примеру, на основании займа, купли-продажи и т. д.) оказывалось прекращенным и на его месте возникало новое (новация, § 206), появившееся на основании этой записи *(litteris),* по которой проще было проверить его существование — по соответствию записи с просьбой должника;

б) *transscriptio a persona in personam. Pater familias* вписывал в *acceptum,* как полученную, ту сумму, которую был ему должен Тиций, после чего вписывал ту же сумму в *expensum,* как будто он выплатил ее Гаю. Таким образом, также происходила новация (относившаяся на этот раз не только к основанию, но и к личности должника), в силу которой возникало *(litteris)* новое обязательство, возложенное на Гая. Согласие (возможно, письменное) Тиция и Гая на такую *transscriptio* являлось предпосылкой для ее действительности.

Появление этого института, должно быть, диктовалось необходимостью преодолеть невозможность без одновременного присутствия сторон обновить основание обязательства в соответствии с *ius civile.*

§ 241. Б) Хиограф и синграф

Это литеральные формы, заимствованные из Греции. Различие между ними сводится, должно быть, к тому, что первый представлял собой документ, который составлен в одном экземпляре, подписан должником и передан кредитору, причем документ этот имел чисто доказывающую функцию по отношению к независимому обязательству. Второй же составлялся в двух экземплярах, был подписан обеими сторонами и создавал обязательство сам по себе, т. е. обладал абстрактной действенностью (§ 51).

В юстиниановском праве синграфы, по сути, ничем не отличались от *stipulatio,* составленной в форме *instrumentum* (§ 235).

§ 242. Консенсуальные контракты

В консенсуальных контрактах обязательство возникает в отсутствие всех тех требований, которые были необходимы для первых трех категорий контрактов, в силу простого согласия, к которому пришли стороны. Следует сказать, что в то время, как в прочих контрактах классического права согласие является необходимым, однако недостаточным условием, поскольку в тех или иных случаях помимо него требуются *datio rei* (реальные контракты), произнесение *verba* (вербальные контракты), составление документа (литеральные контракты), для консенсуальных контрактов согласие сторон есть необходимое и достаточное условие возникновения обязательства.

Консенсуальные контракты были введены в Риме через *iusgentium,* которое нашло здесь, в этих обычаях делового оборота, свойственных

различным народам того времени, основание возникновения обязательств. Впоследствии, в связи с большими практическими преимуществами, которые давали консенсуальные контракты в сравнении с жестким формализмом квиритского права, они были перенесены и в *ius civile*.

§ 243. А) Купля-продажа

Как *stipulatio* среди контрактов, относящихся к *ius civile,* так и купля-продажа среди контрактов, относящихся к *ius gentium,* оказывается прообразом всей данной категории, давая в руки юристов схему для общего подхода к ней. *Emptio-venditio* — это двусторонний контракт (§ 227), по которому одна сторона *(venditor)* обязуется передать товар *(mene)* за денежное возмещение *(pretium),* которое другая сторона *(emptor)* обязуется ему уплатить. Совершается простым взаимным удостоверением согласия относительно товара и цены.

Объектом купли-продажи может явиться любая находящаяся в обороте вещь (§ 36), не только имеющаяся в наличии, но и будущая (например, улов рыбы за предстоящий выход в море). В этой связи говорят об *emptio rei speratae* («купля ожидаемой вещи»): здесь купля-продажа считается зависящей от появления вещи в будущем, цена которой, установленная из расчета за единицу измерения, должна будет выплачиваться пропорционально полученному количеству. Иные условия имеют место при *emptio spei* («купля надежды»), которая подразумевает риск покупателя и потому вступает в силу непосредственно, вследствие чего обязанность уплатить цену сохраняется, даже если вещь так и не появится, и не изменяется в зависимости от полученного количества.

Что касается цены, существенно важно, чтобы она была установлена в деньгах, поскольку тезис сабинианцев, в соответствии с которым любая вещь может образовывать цену другой, не пользовался успехом. Так что обмен двумя вещами не может послужить основанием для купли-продажи, а лишь для *permutatio* (мена, § 247). В классическом праве не выдвигалось требования, чтобы цена соответствовала стоимости товара. Напротив того, одно постановление Диоклетиана (быть может, измененное Юстинианом) требовало, чтобы цена была *iustum,* и вводило «расторжение» продажи недвижимости *«по случаю* значительного ущерба» или *ultra dimidium,* т. е. когда уплаченная цена была меньше половины стоимости вещи.

Как следует из определения, данного римской купле-продаже, она в отличие от современной не имела «вещно-правового действия», т. е. сама она не осуществляла передачи права собственности на товар и его цены, а была, как и всякий римский контракт, лишь источником

обязательства — именно, взаимного обязательства произвести передачу. Поэтому законной является продажа чужой вещи, которую продавец неявным образом обязуется получить в свое распоряжение.

Более того, купля-продажа не порождает даже обязанности продавца передать право собственности на вещь, что, впрочем, может явствовать из специальной *stipulatio*. Обычно продавец обязан лишь передать владение проданной вещью *(vacuam possessionem tradere,* «передать незанятое владение») и обеспечить возможность беспрепятственно ею пользоваться *{habere licere)*.

Как бы то ни было, в зрелом классическом праве продавец отвечает *{naturale negotii,* § 53) за возможное истребование (§ 148), а кроме того, за «скрытые дефекты» товара, ответственность в отношении которых устанавливалась поначалу курульными эдилами, осуществлявшими надзор за рынками по продаже рабов и скота. К ним восходит введение двух средств в пользу покупателя: *actio redhibitoria* (о возврате), имевший целью расторгнуть контракт, и *actio quanti minoris* («насколько меньше»), цель которого — обеспечить частичное возмещение уплаченной цены. Впоследствии в юриспруденции был скрупулезно разработан вопрос об ответственности за скрытые дефекты.

Взаимные обязательства, вытекающие из купли-продажи, защищаются двумя взаимными отдельными, однако связанными друг с другом исками: *actio venditi* в пользу продавца и *actio empti* в пользу покупателя. Соответствующие формулы — *bonaefidei* (§ 79), как и все контракты согласно *ius gentium*. Отсюда следует, что судья и без специального *exceptio* (§ 78) может подвергнуть рассмотрению, помимо всех допущенных сторонами погрешностей против *fides,* также и все дополнительные оговорки и условия, которыми они могли обставить контракт. Наиболее распространенные и важные среди таких оговорок следующие:

а) *in diem addictio* (установление срока), которой продавец оставляет за собой право перепродать товар до истечения установленного срока на лучших условиях;

б) *lex commissoria* (о вступлении в силу), которой продавец оставляет за собой право считать контракт расторгнутым, если покупатель не уплатит цену до установленного срока;

в) *pactum displicentiae* (неудовольствия) в *пользу покупателя,* который приобрел товар на пробу и может отступиться, если недоволен;

г) *pactum de retroemendo* (выкупа), по которому продавец оставляет за собой право выкупить товар у покупателя на тех же условиях в пределах установленного срока;

д) *pactum de retrovendendo* (получения денег обратно), по которому покупатель оставляет за собой противоположное право.

§244. Б) *Locatio-conductio*

Несмотря на единство данной категории, особенно в терминологическом отношении, римляне включали в схему *locatio-conductio* три различных вида обязательств, которые возводятся в современном праве к трем разным контрактам. Поэтому изложение целесообразно было бы разделить по трем разным формам, которые называются соответственно *locatio-conductio rei, locatio-conductio operarum, locatio-conductio operis*.

Locatio-conductio rei (аренда) — это двусторонний контракт, в соответствии с которым одна сторона *(locator,* арендодатель) обязывается уступить на установленное или неопределенное время пользование вещью в обмен на периодическую выплату соответствующего вознаграждения *(merces),* которое другая сторона *{conductor,* арендатор) обязывается ему предоставлять.

Объект может быть движимым или недвижимым, вознаграждение обычно выражается в деньгах, но может быть (по крайней мере начиная с классического периода) и в натуральном выражении (плоды земельного участка, «издольщина»).

Арендодатель обязан в течение всего срока существования отношений поддерживать вещь в состоянии, которое обеспечивает арендатору возможность пользования ею в соответствии с ее обычным предназначением.

Арендатор, который обладает лишь *naturalis possessio* (§ 164), обязан, помимо несения расходов на содержание вещи, вернуть вещь по окончании срока аренды и отвечать за происшедшие в ней по его вине ухудшения и вообще за все виды неисполнения в связи с *dolus, culpa lataw levis{§7\).*

Два этих обязательства защищаются двумя отдельными исками *Ьonae fidei: actio locati* и *actio conducti.*

Если договоренности о сроке аренды не было, она продолжает существовать в течение неопределенного времени между наследниками, если только не будет расторгнута одной из сторон.

Объектом *locatio-conductio operarum* (найма услуг) является осуществление трудовой деятельности, которую работник обязуется исполнять лично в обмен на соответствующее вознаграждение за каждую единицу труда.

При *locatio-conductio operis* (подряде) нанимателем (подрядчиком) является предприниматель, который обязуется достигнуть своими силами или силами своих рабочих окончательного результата *{opus;* например, строительство здания), в то время как наймодателем (заказчиком) является тот, у кого имеется право получить *opus* за уплату

вознаграждения. О вознаграждении договариваются и обязываются выплатить все целиком, а не за единицы предоставленного труда.

В общем случае *opus* заключается (возможно, это и была изначальная его форма) в обработке или преобразовании материала, предоставленного заказчиком (белья прачке, металла ремесленнику, мрамора скульптору, товаров капитану морского корабля или перевозчику, которые берут на себя их доставку).

Locatio-conductio operis может передаваться по наследству, кроме случая, когда *opus* оказывается такого рода, что должен быть выполнен подрядчиком лично (например, произведение искусства).

Conductor operis отвечает за *dolus, culpa* и, кроме того, в отношении случаев гибели и ухудшения вещи, которую ему доверил *locator,* — также и за *custodia*.

Особые правила действовали при перевозке по морю товаров, принадлежащих разным собственникам. Когда из-за осложнений во время плавания часть груза выбрасывалась в море, ущерб возлагался не на одного лишь собственника этого груза, а пропорционально распределялся среди всех собственников погруженных товаров. Этот режим был перенят из родосского морского права *(lex Rhodia de iactu)*.

§ 245. В) Товарищество

Это контракт, по которому две или большее число сторон *(socii)* договариваются о том, чтобы сделать общим определенное имущество с целью достижения дозволенных законом целей. Взаимные предоставления, которые обязуются совершить стороны («взносы»), могут заключаться в деньгах, других материальных ценностях или же в личных услугах («мастерство»), причем не требуется, чтобы они были одинаковой стоимости.

В зависимости от объекта и цели различают:

а) *societas omnium bonorum* (полное товарищество), которое охватывает все настоящее и будущее имущество членов. Это наиболее древняя форма объединения;

б) *societas alicuius negotiationis* (товарищество по какому-либо предприятию), ограниченное определенной сферой деятельности (например, занятие определенной торговлей или производством);

в) *societas quaestus* или *lucri* или *compendii* (товарищество по доходам), ограниченное доходами и расходами, происходящими из возмездных сделок (§51);

г) *societas unius rei,* образованное для исполнения единственного дела.

У римского товарищества не было юридического лица, из-за чего права и обязанности в отношении третьих лиц относились не к това-

риществу, а к отдельным его членам. Кроме того, поскольку *ius civile* не допускало прямого представительства *(nemo alteri stipularipotest,* § 58), то, если сделка в интересах товарищества не была совершена с участием всех членов, а лишь некоторыми или одним из них, возникающие из нее права и обязанности по отношению к третьим лицам возлагались исключительно на членов или члена, заключивших ее. Впоследствии они или он могли рассчитаться с теми, кто не участвовал в сделке, урегулировав свои внутренние отношения посредством *actio pro socio* (о чем скажем несколькими строками ниже).

На основании контракта члены товарищества получают право участвовать в получаемых выгодах. В случае умолчания доходы распределяются в равных долях, однако (в соответствии с возобладавшим мнением) члены могут договориться *ad libitum* о неравном распределении выгод. Но ни в коем случае не может быть такой договоренности, чтобы один член получал все выгоды, а другой нес все убытки (так называемое львиное товарищество).

Взаимный иск между членами товарищества, *actio pro socio,* — это иск *bonae fidei* (§ 79), доставлявший бесчестье (§ 18). В ходе соответствующего суда во внимание принимаются, помимо взносов и долей, взаимные обязанности по возмещению убытков, покрытию затрат, исполнению обязательств, принятых в отношении третьих лиц, и т. д. Члены товарищества отвечают вплоть до *culpa levis* (§71)

Время существования товарищества может быть ограничено сроком или продолжаться всю жизнь. Контракт не может быть передан наследникам, поскольку связан с *intuitus personae,* свойствами личности, в качестве его основания (§ 268). Поэтому в случае смерти одного из членов товарищество распадается и возможное соглашение о противном не имеет силы. Если оставшиеся члены товарищества пожелают его продолжать с наследником покойного, им следует заключить с ним новый контракт.

Помимо смерти и *capitis deminutio* одного из членов (т. е. *expersonis,* из личных свойств) контракт может быть расторгнут и *ex voluntate:* это происходит или вследствие *contrarius consensus,* что есть общий принцип для всех консенсуальных контрактов (§ 242), или вследствие «одностороннего отказа» *(renuntiatio),* который, напротив, оказывается исключительной нормой, поскольку, вообще говоря, очевидно, что одна сторона не может разорвать контракт против желания другой. Исключение это оправдывается *affectio societatis,* т. е. необходимостью того, чтобы члены постоянно были согласны в том, что товарищество должно продолжать существовать (ср. *affectio maritalis в* браке, § *106).*

Наконец, товарищество может распасться *ex rebus,* т. е. в силу объективных обстоятельств — таких, как утрата цели, гибель капитала това-

рищества, наступившая имущественная несостоятельность одного из членов (например, *bonorum venditio,* § 77).

§ 246. Г) Поручение

Это контракт, по которому одна сторона *(mandator,* доверитель) дает задание другой *(mandatarius,* поверенный), согласной на это, безвозмездно осуществить какую-либо дозволенную деятельность. Безвозмездность есть существенное условие: внесение сюда вознаграждения превратило бы поручение в договор найма (§ 244).

Поручение может быть сделано исключительно в интересах доверителя *(mea gratia),* или в общих интересах доверителя и поверенного *(mea et tua gratia),* или же доверителя и третьего лица *(mea et aliena gratia),* или поверенного и третьего лица *(tua et aliena gratia),* наконец, исключительно в интересах третьего лица *(aliena gratia),* поскольку и здесь также может присутствовать косвенный интерес доверителя, хотя бы как «управляющего делами третьего» (§ 250) или его гаранта (§ 199). Однако ничтожным, за отсутствием интереса, оказывается поручение, которое выгодно одному только поверенному *(tua gratia).*

Поверенный обязуется в точности исполнить задание и дать в этом отчет, а отвечает по нему в пределах до *culpa levis* (§ 77).

Иск, который возникает из поручения для доверителя, — это *actio mandati directa,* также иск *bonaefidei* (§ 79), доставлявший бесчестье (§ 18). Хотя, как правило, из поручения могут возникать обязательства лишь для поверенного, доверитель может быть привлечен, посредством *actio mandati contraria,* к покрытию затрат и возмещению ущерба. Поэтому здесь говорится о «не полностью двустороннем» контракте (§ 227).

Если поверенный вышел за пределы поручения, то, согласно мнению сабиниан, доверитель не должен был признавать его действия, поскольку поверенный рассматривался в этом случае как неисполнивший. Однако возобладало противоположное мнение прокулианской школы, в соответствии с которым доверитель обязан был признать его действия в той мере, в которой они укладывались в пределы поручения, на поверенного же возлагалась ответственность за все превышение.

Контракт расторгается по взаимному согласию, по отзыву доверителя в любой момент, а вследствие отказа поверенного — лишь в исключительных случаях. Наконец, его прекращает смерть одной из сторон в соответствии с принципом *intuitus personae* (§ 268).

§ 247. Безымянные контракты

Несмотря на связанное с *ius gentium* усвоение консенсуальных договоров, описанная до сих пор система контрактов оказалась в зрелую классическую эпоху недостаточной для все усложнявшихся деловых отношений, так что стала ощущаться потребность юридически при-

знать новые контрактные отношения *(nova negotio),* которые уже были широко распространены на практике.

На случай, когда одна сторона осуществила предоставление, чтобы взамен получить другое, ответное, в *ius civile* уже был признан иск в форме *condictio,* позволявший, если другая сторона не желала исполнять то, что должна была, истребовать исполненное предоставление обратно. Однако это средство помогало лишь тогда, когда уже осуществленное предоставление заключалось в *dare,* между тем как тот, кто осуществил предоставление *facere,* очевидно, мог прибегнуть к *actio de dolo.* Но никакого средства, которое могло бы принудить сторону, получившую предоставление, исполнить в свою очередь свое обязательство, не имелось. Этого удалось добиться, с одной стороны, усилиями юриспруденции, которая старалась ввести новые сделки посредством расширительного толкования в рамках уже признанных контрактных схем (например, «мена» в связи с куплей-продажей, § 243), а с другой — усилиями претора, который в отдельных случаях допускал *actiones infactum* (§ 79). Правда, в недрах юриспруденции, как кажется, впоследствии наметилась тенденция (Аристон) давать для такого типа двусторонних сделок *actio civilis,* где содержалось *praescriptio,* которая описывала сложившиеся отношения *(actio praescriptis verbis).*

Однако признание этих сделок происходило не на основе их резко очерченной и типической индивидуальности, а скорее по принципу абстрактных категорий, объединявших сделки с общими свойствами, вследствие чего, по причине отсутствия отдельных характерных названий, эти контракты получили восходящее к средневековой юридической науке название «безымянных».

В юстиниановском праве уже ничто не препятствовало полному признанию таких контрактов, что было связано и с более общим строением абстрактного понятия «контракт» (§ 226), и с утверждением того принципа, что обязательство создается всяким соглашением, имеющим законное «основание», и со слиянием преторских исков с цивильными. Поэтому Юстиниан дал стороне, которая уже исполнила свое предоставление, *condictio causa data causa non secuta* («иск, когда основание дано, а ответное основание не получено») или, по ее выбору, иск, который был с характерной терминологической путаницей назван *actio civilis in factum,* или *actio praescriptis verbis.* Наконец, был введен *ius poenitendi* («право раскаяния») в пользу той стороны, которая желала отойти от контракта, хотя уже исполнила свое предоставление, в то время как другая сторона готова была исполнить свое.

Nova negotia были сгруппированы по четырем основным категориям: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias* («даю, чтобы ты дал»; «даю, чтобы ты сделал»; «делаю, чтобы ты дал»; «делаю, чтобы ты

сделал»), в зависимости от характера *(dare или facere)* каждого из предоставлений. Некоторые из них приобрели особое значение:

а) *Permutatio* (мена). Состоит в передаче права собственности на вещь, с тем чтобы получить взамен другую. Отличается от купли-продажи не только тем, что возмещение выражается не в деньгах (§ 243), но прежде всего тем, что обязательство возникает не из соглашения *(consensu),* а из первого переноса права собственности *(re).*

б) *Aestimatum* (оценка). Заключается в том, что оцененная вещь доверяется другому лицу для продажи, так что принявший обязан вернуть либо стоимость оценки («оценочный контракт»), причем возможное превышение в выручке остается принявшему, либо саму непроданную вещь.

в) *Precarium* (прекарий). В классическом праве это было безвозмездное *{precibus,* «по просьбе») и отзываемое *ad nutum,* по первому же желанию, пожалование вещи (первоначально — недвижимости), с тем чтобы «прекарист» пользовался ею, как пожелает. Он становился владельцем *adinterdicta* (хотя и лишенным *animuspossidendi,* § 166). Однако у лица, совершившего пожалование, имелся против него для возврата вещи *interdictum de precario.* В юстиниановском праве прекарий стал одним из безымянных контрактов.

г) *Transactio.* Это отказ от требования, на который идет одна сторона, удовлетворившись получением меньшего по сравнению со своими первоначальными притязаниями *(aliquid datum aliquid retentum,* «что-то дано, что-то удержано»), или частичный взаимный отказ сторон от существующих между ними обязательств с целью избежать возникновения или продолжения судебной тяжбы.

В классическом праве *transactio* не имела характера самостоятельной сделки, но была «основанием» разнообразных сделок. Так, она осуществлялась при «новации» предыдущих обязательств посредством *stipulatio Aquiliana* (§ 235) с последующим прекращением нового обязательства, возникшего из *stipulatio,* с помощью *acceptilatio* (§ 203). В юстиниановском праве контрагент, который отказался от части собственных притязаний, получал защиту от другого, не желавшего принимать во внимание совершенную *transactio,* с помощью *actio praescriptis verbis,* что и оправдывало включение этой схемы в число безымянных контрактов.

§ 248. Пакты

Как следует из предыдущего изложения, римляне не усматривали в простом соглашении, в договоренности между сторонами *(pactio, pactum conventum* в строгом смысле этого слова) способности породить обязательство. И действительно, для сообщения отношениям характера *contractus* требовалось, чтобы согласие было проявлено *re, verbis* или *litteris* либо чтобы оно относилось к одному из типических и наиболее

распространенных соглашений (купля-продажа, *locatio-conductio* и т. д.), именуемых консенсуальными контрактами.

За рамками этих случаев соглашение не имело значения в качестве источника обязательства: *«nudum pactum non parit obligationem»* («голое соглашение не порождает обязательства»). Исключением из этого принципа не являются и нетипичные соглашения, известные как «безымянные контракты», поскольку в них обязательство создавалось не в силу простого соглашения, а потому, что одна из сторон уже осуществила предоставление в пользу другой.

Лишь претор, который руководствовался соображениями справедливости, обещал в своем эдикте, что будет защищать (хотя бы только в порядке *exceptio,* § 75) пакты, заключенные без злого умысла, не противоречащие действующим нормам (законам, постановлениям императоров, сенатусконсультам и т. д.) и не стремящиеся их обойти. Защита эта была особенно важна для пактов, имевших целью полностью или частично устранить уже существующее цивильное обязательство (например, *pactum de non petendo,* § 215).

Однако исключением из общего правила недействительности явились три категории соглашений, а именно:

а) *Pacta adiecta,* или дополнительные соглашения к контракту *Ьonae fidei,* имеющие целью несколько изменить его обычное содержание (например, *lex commissoria,* § 243). Такие пакты рассматривались в качестве неотъемлемой части контракта и потому, учитывая широту возможностей *Ьonae fidei iudicia* (§ 79), могли получать защиту посредством иска по контракту *Ьonae fidei,* только бы они были одновременными контракту (ш *continenti),* а не появились вслед за ним *(ex intervallo).*

б) *Pacta praetoria,* которые как раз и были наделены иском *(in factum)* по преторскому эдикту. Упомянем здесь следующие:

1. *Pecunia constituta,* в форме *constitutum debiti propri* и *constitutum debiti alieni* (§ 198, 199). Можно предположить, что использовавшаяся здесь формула включала слово *«constituo».* Иск назывался *de pecunia constituta.*

2. Recepta. Основной тип здесь — *receptum argentarii,* которым банкир, пользуясь формулой, содержавшей глагол «принимаю» («7л *me recipio»),* брал на себя обязанность уплатить долг своего клиента в установленный срок. Юстиниан объединил их с *constitutum debiti alieni.*

Другие формы *receptum* следующие: *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* (на основании которых возникала ответственность капитана морского корабля, хозяина гостиницы или конюшни за вещи, доверенные им клиентами) и *receptum arbitrii,* который порождал обязанность *arbiter ex compromisso* решить разногласие, предложенное ему на рассмотрение во внесудебном порядке (см. здесь же, в пункте «в»).

в) *Pacta legitima,* признанные постановлениями императоров послеклассической эпохи. Сюда относились: *pactum donationis,* который

состоял в обещании дарения и за которым признавалась обязательственная действенность даже при отсутствии *stipulatio,* и *compromissum,* посредством которого стороны договаривались разрешить разногласие внесудебным путем, предложив его на рассмотрение частного арбитра (третейский суд).

§ 249. Иные обязательства на основании законного акта. Соображения общего характера

Как уже говорилось (§ 193), развитие понятия *contractus* побудило классических юристов рассматривать в качестве возникающих *ex variis causarum figuris* («из различных форм оснований») ряд исков, которые, хотя и имели в качестве источника законный акт, возникали все же не из соглашения. Невозможно ни измыслить единой теории этих разнородных обязательств, ни подобрать принцип, который бы все их объединил. Остается лишь проследить одну за другой эти обязательственные формы.

§ 250. А) Ведение чужих дел

Из того факта, что некто, не имея поручения (§ 246), по своей воле принял на себя ведение чужих дел *(negotiorum gestio),* имея намерение сделать *dominus negotii* себе обязанным, между этим последним и первым возникают взаимные обязательства, которые были вначале санкционированы преторским эдиктом, а впоследствии — цивильным иском *bonaefidei* (§ 79).

Для обязательственной действенности ведения чужих дел необходимо было соблюдение следующих требований. Прежде всего это должно быть реальное ведение дел, что выражается в совершении одного или большего числа разнообразных актов и сделок. Затем ведение чужих дел должно быть начато с пользой, т. е. в ходе его должны обнаружиться его выгоды для *dominus.* Ведение чужих дел должно быть начато без побуждения извне, причем человеком, который не имеет от этого абсолютно никакой личной выгоды и сознает это. И наконец, отсутствие *prohibitio domini* (запрета хозяина). Отсутствие какого-либо из этих требований могло быть компенсировано последующим «одобрением» *(ratihabitio,* § 69) *dominus,* в силу которого имеющие место отношения будут по сути своей приравнены к поручению *{«ratihabitio mandato comparatur»).*

Содержание взаимных обязательств следующее. Управляющий обязан довести начатое дело до конца и отчитаться в этом перед *dominus,* передав ему извлеченную отсюда пользу; он несет ответственность вплоть до *culpa levis* (§ 71), а в некоторых случаях — вплоть до случайности. *Dominus* обязан возместить затраты и убытки, понесенные управляющим, и должен взять на себя обязательства, принятые тем перед тре-

тьими лицами. Для защиты этих взаимных требований *dominus negotii* по отношению к управляющему располагает *octio negotiorum gestorum directa,* а тот в отношении *dominus* имеет *actio contraria*.

Actio negotiorum gestorum, которая была как *utilis* (§ 79) распространена на некоторые аналогичные случаи уже претором, в юстиниановском праве обрела еще новую функцию. Именно, в отсутствие иного иска (т. е. как «субсидиарный иск») его стали использовать для реализации принципа *«nemo ex aliena iactura locupletari potesi»* («никто не может обогащаться в результате чужой неудачи») в качестве общего средства преследования за неосновательное обогащение. Это означало, что с помощью *actio negotiorum gestorum* те лица, которые наживались на чужих бедах, независимо от существования вышеуказанных требований по ведению чужих дел, принуждались вернуть несправедливо нажитые барыши, так, словно обогащение произошло в интересах потерпевшего ущерб.

§ 251. Б) Исполнение недолжного

Этот источник обязательства имеет место, когда субъект исполняет предоставление, которое он не обязан был совершать — то ли потому, что такого обязательства вообще нет в природе, то ли потому, что оно существует, но в отношении другого должника или другого кредитора. Необходимо наличие ошибки исполняющего, *solvens* (иначе можно было бы говорить о дарении), а также принимающего, *accipiens* (в противном случае он бы совершил кражу).

При наличии таких условий тот, кто получает предоставление, которое ему не были должны делать, обязан возвратить его. Обязательство возникает *ге,* т. е. в силу того факта, что он получил вещь. Однако если речь идет о деньгах, может быть, как и при займе (§ 230), применен иск, *condictio,* который в нашем случае носит название *condictio indebiti* («об исполнении недолжного»). Таким образом, это всего лишь воплощение более широкого принципа, в силу которого всякий, кто приобрел вещь, однако не имеет никакого юридического основания *(causa)* для того, чтобы ее удерживать, обязан *ге* ее вернуть *(condictio sine causa,* т. е. «без основания», *ob turpem causam,* т. е. «на неблаговидном основании» и т. д.)

Обязательство вернуть не возникает, когда платеж, хотя и недолжный согласно *ius civile* и *ius praetorium,* причитался *naturaliter* («естественным образом»): в таком случае действует *soluti retentio* (§ 225).

§ 252. В) Обязательственный легат (отсылка)

Из некоторых форм легата *(legatum per damnationem* и *legatum sinendi modo)* возникает обязательство *dare, facere* или *pati,* которое возлагается на наследника в пользу легатария. Следует обратиться к § 327 и ел.

§ 253. Г) Общая собственность без договора

Из *communio incidens,* т. е. общей собственности, возникшей по причинам, не зависимым от воли участников (§ 144), берут начало взаимные обязательства, которые реализуются в ходе судебного разбирательства о разделе общей собственности по *actio communi dividundo* (§ 138).

§ 254. Д) *Pollicitatio* и *votum*

Pollicitatio — это одностороннее обещание, за которым постепенно признается обязательственная действенность. Историческое происхождение его восходит к практиковавшемуся в общественной жизни *municipia* обычаю, в соответствии с которым гражданин ручался своей *civitas,* что израсходует определенную денежную сумму или выполнит какие-то работы в интересах общества. Обязанности держаться обещанного можно было добиться лишь в порядке *cognitio extra ordinem,* либо когда *opus* уже были начаты, либо когда речь шла о *pollicitatio ob honorem,* т. е. об обещании, сделанном имея в виду занятие желанной или уже полученной общественной должности.

Votum — обещание культового характера, и потому его защита основана *на fas* («должное» в религиозном смысле). Однако если оно было совершено *paterfamilias,* то считалось обязательством в юридическом порядке в том смысле, что заинтересованные в нем жрецы могли принудить к его исполнению посредством *cognitio extra ordinem*.

Глава IX.
Обязательства, возникшие из незаконного действия

§ 255. Понятие (отсылка). Деликты

Из анализа незаконных действий, к которому мы теперь и отсылаем читателя (§ 70), очевидно, что некоторые виды внеконтрактных незаконных действий рассматривались римлянами как порождающие обязательства, объектом которых являлся денежный штраф, заменитель более архаичной, личной мести, санкционированный штрафным иском, *actio poenalis* (§ 79).'' к

Правоотношений, которые могут быть отнесены к этой категории, всего четыре, а именно те, которые квалифицировались *ius civile* в качестве *delicta: furtum, rapina, damnum iniuria datum* и *iniuria* (кража, грабеж, нанесение имущественного ущерба и личное оскорбление, «обида»).

Следует, однако, упомянуть и о некоторых других случаях незаконных действий, по отношению к которым также применялись штрафные иски:

а) *actio legis Laetoriae* (§ 26);

б) *actio rationibus distrahendis* (§ 128);

в) *actio de pauperie* (о нанесении ущерба скотом, § 258).

Штрафным искам свойственны следующие характерные особенности:

а) накопительность двух исков в отношении двух соучастников или в пользу двух субъектов, пострадавших от деликта, поскольку обязательство *ex delicto* имеет свойство накопительной солидарности лиц (§ 222): предоставление, которое состоит в денежном штрафе, исполняется столько раз, сколько имеется виновных и пострадавших;

б) накопительность штрафного иска и иска *reipersecutoria* (§ 79): пострадавший от деликта может вчинять иск виновному дважды, с тем чтобы получить штраф, а кроме того, еще и возмещение ущерба;

в) пассивная непереходность, а в отношении исков *vindictam spirantes* (§ 73) — активная непереходность;

г) ноксальность (§ 79, 221).

§ 256. А) Кража

В источниках ее определяют как *«contrectatio reifraudulosa lucrifaciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve»* («незаконное изъятие вещи с целью извлечения прибыли либо из самой вещи, либо из пользования или из владения ею») (D. 47.2.1.3).

Объективный элемент задается *contrectatio,* которое состоит в любого рода акте, направленном на то, чтобы извлечь из вещи незакон-

ную прибыль против воли собственника или носителя иного вещного права на эту вещь. Так что нет необходимости ни в каком *loco movere,* «страгивании с места», или в изъятии вещи, поскольку кражу совершает и тот, кто пользуется вещью, хотя не имеет на это права, притом что имеет вещь у себя (например, депозитарий, § 231)'. Необязательно для кражи и то, чтобы при этом нарушалась чужая «собственность», поскольку наряду с *furtum rei* имеются еще и *furtum usus* (недолжное пользование) и *furlumpossessionis,* которые происходят, когда простой держатель начинает рассматривать себя в качестве владельца (§ 164)[2].

Наконец, также и собственник может совершить кражу своей вещи, если он отберет ее у того, кто обладает ею в силу *ius in re aliena* (например, у кредитора-залогодержателя, § 186).

В соответствии с учением, господствовавшим среди римских юристов, кража могла иметь место лишь в отношении движимых вещей.

Субъективный элемент кражи образует «умысел» вора, который сознает, что пользуется вещью против воли того, кто имеет на это право. *Animus lucri faciendi* («намерение извлечь выгоду»), хотя о нем и упоминается в определении, как кажется, необходимым не был, во всяком случае для классического права.

Наказание за кражу носило в архаическую эпоху личный характер. Когда речь шла о *furtum^manifestum* (т. е. несомненной, как в случае, когда вор был пойман с поличным), Законами XII таблиц были установлены тягчайшие кары. Если вор был свободный человек, он делался *addictus* (§ 19) того, кого он обворовал, а раба секли и убивали. Те же самые последствия возникали и тогда, когда кража обнаруживалась посредством торжественного домашнего обыска, восходившего к глубочайшей древности. Обворованный производил его *nudus, licio cinctus, lancem tenens,* т. е. обнаженным, имея на себе одну лишь набедренную повязку и держа в руке чашу, очевидно, для наглядности того, что он не в состоянии принести с собой какую-либо вещь, а потом утверждать, что нашел ее у подозреваемого[3]. Если же кража была *nec*

[1] Собственно, *contrectare* означает «уводить», так что первоначальный смысл термина предполагает и соответственное требование к составу кражи. Определение, приведенное в тексте, выражает (как свидетельствует и реквизит *«lucrifaciendi gratia»)* уже более развитую ступень в осмыслении и юридическом оформлении этого деликта.

[2] *Furtum possessionis* усматривается в случае самовольного изъятия залога у залогодержателя, т. е. когда собственник крадет свою вешь *(sua res),* нарушая владение другого лица — залогового кредитора. См. § 186.

[3] Уже Гай, который и сообщает об этом обряде, сомневается в разумности подобного рационалистического объяснения: если краденая вещь такова, что ее физически невозможно подбросить, гарантия в виде чаши в руках теряет смысл.

I *г)*

manjfestum, Законами XII таблиц предусматривалась возможность для виновного избежать этих наказаний, уплатив денежное возмещение в двойном размере *(duplum)* стоимости вещи.

Законодательство децемвиров предусматривало также *furtum conceptum* и *furtum obtatiifi,* ^а°&отбрые,' видимо, возможно было денежное возмещение в размере *Jnpjurn; 3<xfurtum conceptum* отвечало третье лицо, у которого в присутствии свидетелей была обнаружена украденная вещь; тот же, кто спрятал украденную вещь у третьего лица без его ведома, отвечал перед ним *за/игШт oblatum.*

В период, последовавший за уложением децемвиров, по инициативе претора за все типы кражи была предусмотрена ответственность исключительно имущественного характера. Так, в юриспруденции утвердился принцип, в соответствии с которым *furtum* порождает *obligatio,* возлагаемое на вора.

Это обязательство выражалось в более или менее значительном штрафе, исходя из разновидности кражи. *3afurtum manifestum* и за то, которое было установлено *lance licioque* (к которому было также приравнено *furtum prohibitum,* имевшее место, когда подозреваемый отказывался подвергнуться домашнему обыску), налагался штраф в размере *quadmplum,* за *furtum conceptum* и *oblatum — triplum,* за *furtum nec manifestum — duplum.*

Иск, вчинявшийся для того, чтобы добиться штрафа, *actio furti,* приносил бесчестье (§ 18); право на иск давалось не только собственнику как таковому, но любому лицу, заинтересованному в том, чтобы кража не была сдгершена {натоиме^ узуфруктуарию). Наряду с этим иском Допускалась'еще *condictm fuMva, f. ё!* иск, *Шъвишк* целью вернуть *aeshmcuio* вещи (иск *reipersecutoria,* § 79), что причиталось исключительно собственнику как таковому, в том числе тогда, когда невозможно было прибегнуть к *rei.vindicatio* из-за происшедшей гибели украденной вещи. *Actio* и *cbndictio* имеют свойство накопительности, поскольку имеют разные цели: первый — штраф, второй — возмещение.

§ 257. Б) Грабеж

В соответствии с системой цивильного права, грабеж охватывался кражей, имея с ней то общее, что это есть *contrectatio invito domino* («изъятие против воли хозяина»), с той особенностью, что грабеж совершается с применением силы. По своим последствиям грабеж был естественным образом приравнен *Kfurtum, manifestum* или *nec manifestum* (§ 256), смотря по обстоятельствам.

Однако во время гражданских войн (первая половина I в. до н. э.) претор Лукулл, желая положить конец участившимся актам насиль-

ственного разграбления и расхищения, ввел наряду с *actiofurti* специальный иск, *actio vi bonorum raptorum,* для случая грабежа, совершенного вооруженными бандами *(«ab hominibus armatis coactisve»).* Иск предусматривал наказание в виде взыскания четырехкратного размера причиненного ущерба в течение года и простого возмещения — впоследствии. Затем *actio vi bonorum raptorum* была посредством юридического истолкования распространена на все случаи грабежа, каков бы ни был его объект и кем бы он ни был совершен. Тем не менее грабеж обрел весьма определенные контуры, хотя и не вовсе утратил свой характер квалифицированной кражи, чем и объясняется его включение, несмотря на преторские корни, в принадлежащий Гаю список деликтов *ius civile.*

§ 258. В) Нанесение ущерба

В соответствии с принципом «типичности» отдельных оснований обязательства, архаичное *ius civile* (XII таблиц) предусматривало не абстрактную форму нанесения ущерба, а отдельные конкретные случаи, которым соответствовало столько же исков: *actio de pauperie* в отнощении ущерба, нанесенного животным; *actio de pastu pecoris* в отношении ущерба, происходящего от злоупотребления пастьбой; *actio de arboribus succisis* вследствие тайной порубки чужих деревьев и т. д.

К разработке абстрактного понятия *damnum iniuria datum* приступили лишь начиная со знаменитого *lex Aquilia de damno* (плебисцит, принятый по предложению трибуна Аквилия ок. 286 до н. э.), который, объединив отдельные уже известные формы, предусматривал два основных случая (был еще и третий, однако его вскоре позабыли): а) тот, кто убил чужого раба или чужое животное, должен был уплатить собственнику максимальную цену, какую за них давали за предшествующий год; б) всякий повредивший чужую вещь посредством *urere, frangere, rumpere* («жечь, ломать, разрушать») должен был уплатить собственнику максимальную цену, за которую она могла быть куплена за предыдущие 30 дней.

Однако *actio legis Aquiliae* (вначале бывший *poenalis,* впоследствии *mixta,* § 79; *in duplum adversus infitiantem,* т. е. в отношении оспаривающего, § 77) давался лишь в случае, если были исполнены следующие требования: а) ущерб был нанесен *iniuria,* т. е. противоправным образом; б) ущерб произошел в связи с *dolus* или *culpa* нарушителя (§ 71), который, однако, в отличие от того, что имеет место при контрактной ответственности, отвечал лишь за *culpa in faciendo,* т. е. не отвечал за небрежное упущение, притом что ему вменялась и незначительная небрежность («Л *lege Aquilia et levissima culpa venit»,* «закон Аквилия учитывает и легчайшую провинность», D. 9.2.44); в) ущерб заключался

в материальном повреждении, причиненном материальной же силой *(corpore corpori);* г) ущерб был непосредственным следствием деяния.

Впрочем, область применения *actio legis Aquiliae* была впоследствии шаг за шагом значительно расширена с учетом бесконечного числа возникающих на практике случаев. Благодаря интерпретирующей работе классической юриспруденции, которой вдохновлялись в своей деятельности преторы, были введены многочисленные иски *utiles* и *in factum,* скопированные с того, что был предусмотрен *lex Aquilia (ad exemplum legis Aquiliae),* и допустившие расширение активной уполномоченное™ собственника на других субъектов (узуфруктуарий, арендатор и т. д.) и наказание ущерба, нанесенного *non corpore* (например, посредством упущения) или *non corpori,* т. е. без материальных повреждений (к примеру, обратив в бегство чужих животных).

В юстиниановском праве применимость *lexAquilia* достигла максимальной субъективной и объективной широты. Вследствие такого расширения иск больше не носил штрафного характера, а был скорее направлен на возмещение внеконтрактного ущерба («аквилиева»), так что про него можно сказать, что им было заложено основание современного принципа, в силу которого «любое умышленное или небрежное действие (или бездействие), причинившее другим неправомерный ущерб, обязывает нарушителя к возмещению» (ст. 2043 Итальянского гражданского кодекса).

§ 259. Г) *Iniuria* (обида)

Право XII таблиц не пришло к единой концепции *iniuria,* а ограничилось наказаниями в отношении отдельных случаев, которые рассматривались по отдельности: а) *os fractum* (перелом), за что предусматривался штраф в 300 или 150 ассов в зависимости от того, был потерпевший свободным или рабом; б) *iniuria* (менее серьезные повреждения или удары, не приведшие к перелому), что влекло за собой штраф в 25 ассов; в) *membrum ruptum* (увечье), здесь еще сохраняла действие первоначальная месть в форме талиона, если только стороны не договаривались о добровольном возмещении *(«ni cum eo pacit, talio esto»,* «если не удастся договориться с потерпевшим, применяется талион») (Tab. VII 2).

Впоследствии такая регламентация оказалась не соответствующей новым общественным требованиям, и произошло это в силу разных причин: ограниченность предусмотренных случаев, сделавшийся смехотворным по размеру штраф, жесткая его фиксация, несмотря на разнообразие обстоятельств. Поэтому претор заменил первоначальную *actio iniuriarum,* установив вместо нее *actio iniuriarum aestimatoria,* в которой принимались в расчет обстоятельства места, времени и лич-

ности *(actio in bonum et aequum concepta,* § 79) и наказанию подвергались все возможные случаи *inhiria* — прямой или непрямой (последняя усматривалась, если обида была нанесена *лиц\ alieni iuris),* легкой или тяжкой *(atrox).*

В то же самое время сфера применения этого юридического понятия изменялась в двух направлениях. С одной стороны, в соответствии с *lex Cornelia de iniuriis* от 81 г. до н. э. наиболее тяжкие случаи *iniuria,* предусмотренные Законами XII таблиц, в особенности преступления против личности, подвергались уголовному преследованию. С другой, претор включил в понятие *iniuria* моральный ущерб, нанесенный чести или престижу лица, что и становилось постепенно основным содержанием рассматриваемого деликта.

Actio iniuriarum, помимо того, что является штрафным, приносит бесчестье (§ 18), действует в течение года и не может передаваться по наследству не только с пассивной стороны, как и все штрафные иски, но также и с активной (т.е. наследнику пострадавшего), в качестве *vindictam spirans* (§ 73).

§ 260. Преторские деликты

Претор давал штрафные иски в разных случаях незаконных деяний, которые не были причислены юриспруденцией к *delicta* и потому назывались «преторскими деликтами». Главные из них следующие (мы исключаем те, которые будут рассмотрены в следующем параграфе, поскольку Юстиниан включил их в категорию «квазиделиктов»):

а) *metus,* угроза применения силы (§ 66). Соответствующий иск *(actio metus),* помимо того, что носил штрафной характер (ш *quadruplum* в течение года, *in simplum* после года), являлся *arbitraria*[1], ноксальным, пассивно непереходным. Иск мог быть вчинен также и третьим лицам, которые не участвовали в насилии, однако извлекли из него выгоду *(actio in rem scripta).* В отношении наследника виновного иск ограничивался незаконным обогащением (ш *iiquod ad eum pervenit);*

б) *dolus malus,* злой умысел (§ 67). Соответствующий иск *(actio de dolo),* помимо штрафного характера, доставлял бесчестье (§ 18), он — годичный, *arbitraria,* ноксальный, непереходный. Давался лишь в том случае, когда у пострадавшего не было иного процессуального средства для получения возмещения за несправедливость *(actio subsidiaria,* субсидиарный);

в) *servus corruptus* («совращение раба»). Против того, кто подбил чужого раба на проступок, претор давал штрафной иск *in duplum,* т. е. в

[1] То есть предусматривал оправдание ответчика, если он добровольно удовлетворял признанные судом требования истца (см. §77 II).

двойном размере разницы в сравнении с уменьшившейся стоимостью раба.

§ 261. Так называемые обязательства *quasi ex delicto*

В соответствии с юстиниановской системой источников обязательств некоторые незаконные деяния обрели свое место в категории «квазиделиктов». Обоснованность такого подразделения весьма сомнительна. Согласно традиционному воззрению, встречающему, однако серьезные возражения, такая категория должна была бы отличаться от деликтов в силу того, что включенные в нее формы незаконных действий основаны не на умысле, а на небрежности (§ 71). С точки зрения других авторов, речь здесь шла о незаконных действиях, квалификация которых имела преторское происхождение. Наиболее приемлемой представляется теория (Стойочевич) о том, что здесь имеется в виду категория, основание которой аналогично «квазиконтрактам» (§ 193); иными словами, в *«obligationes quasi ex delicto»* входят те обязательства вследствие незаконного действия, наказываемого штрафом, которые по разным причинам не могут быть отнесены к деликтам, так что и в их отношении можно было бы повторить, что они появляются *«ex variis causarum figuris»*.

Случаи, которые Юстиниан (Inst. 4.5) включает в число обязательств *quasi ex delicto,* следующие:

а) *Iudex qui litem suam fecit* («судья, который обращает дело на себя»). Эта ситуация возникает, когда судья по злому умыслу или по небрежности вынес несправедливое решение или не исполнил своей обязанности судить; соответствующий иск — *in bonum et aequum concepta* (§ 79).

б) *Effusum et deiectum* («вылитое и сброшенное»). В случае, когда со строения было что-то сброшено или вылито и в результате этого был причинен ущерб другим лицам, против того, кто обитает в здании, дается иск *in duplum.* Если это привело к смерти свободного человека, иск является популярным (§ 79) и штраф составляет 50 золотых денариев (50 000 сестерциев). Представляется, что соответствующая ответственность имела в классическом праве «объективный характер» (так что *habitator,* жилец, наказывался даже в том случае, если его нельзя было обвинить ни в какой небрежности) и связь ее с небрежностью была установлена лишь в юстиниановском праве.

в) *Positum etsuspensum* («поставленное и подвешенное»). Наказывается факт подвешивания или прислонения вещи вне здания вследствие ущерба, который мог бы возникнуть из-за возможного ее падения. Иск популярный, и штраф составляет 10 золотых денариев. В отношении объективных и субъективных оснований такой ответственности см. пункт «б».

г) *Actiofurti adversus nautas, caupones, stabularios.* Дается против кормчего, содержателя гостиницы или конюшни путешественнику, который лишился своих товаров, багажа или вьючных животных. Иск не связан с тем, который возникал из *receptum,* когда состав для возникновения последнего налицо (§ 248), и с обычным иском по поводу кражи против вора (§ 256).

Часть V.
Дарение

Глава I.
Дарение *inter vivos*

§ 262. Понятие

В системе римского права «дарение» *(donatio)* не представляет собой самостоятельной юридической сделки, а является скорее положительным результатом (основание), к которому стремится тот, кто самопроизвольно уменьшает свое имущество в пользу другого лица. Вследствие этого всякий акт имущественного отчуждения в широком смысле (передача собственности, принятие на себя обязательства, установление приданого, прощение долга, отказ от права) являет собой дарение в том случае, когда сознательно обращен на эту цель.

Самопроизвольность понимается в том смысле, что даритель юридически не обязан совершить отчуждение. Поэтому не обязательно, чтобы его подвигло на дарение желание благотворительствовать, и дарение может быть направлено в том числе и на достижение эгоистической в нравственном отношении цели или даже иметь своей целью повредить «одаряемому». Но в юстиниановском праве намерение проявить щедрость *(animus donandi)* становится существенно важным и характерным элементом данного отношения.

§ 263. Ограничения

Во времена квиритского права не было необходимости в установлении ограничений на дарения, поскольку в обществе земледельцев, скупых и бережливых, легкомысленные подарки были не в ходу. Однако в связи с распространением расточительства и мотовства из-за упадка первоначальных нравов на дарения понадобилось наложить узду.

На эту цель был направлен *lex Cincia de donis et muneribus* (о дарениях и пожертвованиях) от 204 г. до н. э., запретивший дарения, превышавшие определенный предел *(ultra modum),* кроме тех, которые осуществлялись между *personae exceptae* (лицами, являющимися исключением), потому что они соединены между собой тесными узами (когнаты до пятой степени, супруги, патрон и вольноотпущенник и т. д.), а также тех, которые оправдывались особыми целями (например, приданое). Однако запрещение, содержавшееся в *lex Cincia,* не предусматривало ничтожности (§ 59) запрещавшихся дарений, так что совершались попытки сделать их недействительными с помощью средств, среди которых выделяется *exceptio legis Cinciae,* противопос-

тавлявшаяся одаряемому лицу, вчинявшему иск с целью получения обещанного ему дарения. Но такая эксцепция была непередаваема наследникам, вследствие чего действовал принцип *«morte Cincia removetur»,* в силу которого со смертью дарителя дарение становилось необратимым.

Однако диспозиция *lex Cincia* претерпела постепенные изменения, в первую очередь в связи с утвердившимися в обществе обыкновениями, так что круг исключений становился все шире, пока, наконец, в послеклассическую эпоху, в особенности под влиянием христианской морали, закон вовсе не вышел из употребления.

И напротив, начиная с последнего периода существования республики распространился (вероятно, в большей степени по привычке, чем на основании прямой законодательной диспозиции) строгий запрет на дарения между супругами, которые поражались полной ничтожностью, кроме случая их конвалидации в связи со смертью дарителя. Такой запрет следует связывать с большим распространением браков *«sine manu»* и укладывается в число мер с целью сохранения семейного имущества: поскольку жена больше не входила в агнатскую семью мужа, дарение между супругами могло вызывать имущественные перемещения из одной *familia* в другую, чего желательно было избежать.

Начиная с Константина дарение перестало рассматриваться в качестве основания какого бы то ни было безвозмездного отчуждения и стало самостоятельной юридической сделкой, квалифицированной как *contractus.* Для дарений на значительную сумму (более 500 солидов) требовалась *ad substantiam* письменная форма, присутствие свидетелей и совершение публичной регистрации. Различали: «реальное» дарение, непосредственную передачу собственности, «обязательственное» дарение, состоящее в *stipulatio* с безвозмездным основанием, и «освобождающее» дарение, состоящее в прощении долга.

§ 264. Отзыв

В отклонение от нормального принципа неотзывности для некоторых случаев дарения действуют особые правила, регулирующие их отзыв. Так, дарение *sub modo* (§ 57) может быть отозвано в случае невыполнения *modus.* Дарение, совершенное отцом сыну *in potestate,* очевидно ничтожное с точки зрения *ius civile* (§ 105), считалось действительным, если было подтверждено в завещании или если не было в явной форме отозвано отцом при жизни. Дарение патрона вольноотпущеннику, которое поначалу могло быть отозвано *ad libitum,* произвольно, в послеклассическом праве стало подлежать отзыву лишь по причине неожиданного появления детей у патрона в будущем или в связи с неблагодарностью вольноотпущенника.

Юстиниан установил общий принцип возможности отзыва любого дарения в связи с неблагодарностью одаряемого, за исключением так называемых вознаграждающих дарений, которые делались в возмещение оказанных услуг и оставались во всех случаях безотзывными.

Глава П.
Дарение *mortis causa*

§ 265. Понятие и строение

Это особая форма дарения, осуществляемая дарителем перед лицом смерти, — либо когда опасность нависает непосредственно над ним (война, путешествие по морю и т. д.), либо когда он просто думает, что не переживет одаряемого.

В наших источниках зафиксированы два разных типа *donatio mortis causa,* так что существуют разногласия в отношении хронологического порядка, в котором они возникали с развитием данного института: приобретает ли дарение действенность лишь в случае более ранней смерти дарителя (дарение с «отлагательным условием», § 55), вступает ли в действие непосредственно, однако одаряемый должен вернуть подарок в случае, если даритель его переживет (дарение с «отменительным условием»).

Иск, который давался дарителю, чтобы вернуть то, что было подарено, в случае избежания опасности или последовавшей раньше смерти одаряемого, — это *condictio.*

В сущности говоря, *donatio mortis causa* аналогична легату (§ 327), вследствие чего она постепенно подчинилась режиму, существовавшему в отношении легата, в особенности того, что касается количественных ограничений и возможности последующего урезания *(lex Falcidia,'* § 333), а также в вопросе *incapacitas* (неправомочности), предусматривавшейся *leges caducariae* (законы о выморочном имуществе, § 298).

В юстиниановском праве этот вид дарения уже просто сливается с легатом в одно целое, вследствие чего делается, наравне с любым другим завещательным распоряжением (§ 316), отзывным *ad libitum* дарителя.

Часть VI.
Наследственное право

Раздел I.
Общая теория преемства

Глава I.
Универсальное преемство *inter vivos*

§ 266. Случаи преемства *inter vivos*

Происходящий в связи с единственным актом комплексный переход всей в целом, без каких-либо изменений, юридической имущественной ситуации от одного субъекта («предшественник») к другому («преемник»), который юстиниановские юристы именовали *successio in universum ius,* а классические юристы называли просто *successio in ius* или *in locum* («на место»), происходит не только в связи со смертью *(hereditas),* но также по отношению к здравствующему лицу (§ 11). В этом случае имеет место так называемое универсальное преемство среди живых, корни которого уходят глубоко в историю, и в классическую эпоху это имеет место в случаях *adrogatio* (§ 121) и *conventio in manum* (§ 109), куда добавляется в связи с преторским правом *Ьопогит venditio* (§ 77).

В юстиниановском праве универсальное преемство среди живых, можно сказать, исчезает, за исключением появления его время от времени, да и то в большей степени формально, чем по существу, в случае *adrogatio.*

§ 267. Следствия преемства *inter vivos*

В рассмотренных случаях преемства *inter vivos* преемник (усыновитель, осуществляющий *adrogatio, pater familias* той группы, в которую женщина вступает *in manum, Ьопогит emptor)* получает имущественную ситуацию предшественника в целом, за исключением «непередаваемых» прав (например, узуфрукта), а также его долгов, которые прекращаются. Это выдающееся и величайшее ограничение, налагаемое на *successio inter vivos,* вызывало сомнения в правомерности его включения в общую схему *successio in ius.*

Но данное возражение, хотя оно и серьезно, можно опровергнуть: такая непереходность не касается самого характера *successio in ius,* имеющего здесь место, ведь основание этого своеобразия не в особой природе *successio inter vivos,* а скорее в другом и независимом принципе, присущем изначальной *familia.* Это принцип, в силу которого *pater*

familias ни в коем случае не может отвечать по долгам, сделанным тем, кто ему подчинен (§ 105)

В то же время прекращение долгов проистекает из того факта, что кредиторы нового подвластного не могут обратиться за уплатой также и к нему, потому что он, сделавшись теперь *alieni iuris,* больше не обладает имущественной правоспособностью (§211).

Однако более развитое общественное сознание воспринимало такой результат как несправедливый для кредитора, и потому претор, являвшийся истолкователем и защитником этого представления, с помощью эдикта предоставил средства в защиту кредиторов. Именно, в случае *capitis deminutio minima (adrogatio* и *conventio in manum)* кредитор мог вчинять иск подвластному и женщине *rescissa capitis deminutione* (т. е. все равно, как если бы *capitis deminutio* не имело места), причем за пределами обычной ответственности *ex peculio,* возлагаемой на *pater familias.*

Глава II.
Наследственное преемство и его предпосылки

§ 268. Понятие и основания *hereditas*

Проблема, возникавшая во все эпохи, заключалась в том, чтобы в случае смерти физического лица, субъекта прав, определить судьбу юридических отношений, в первую очередь имущественных, в центре которых это лицо стояло. Если сразу отмести отдающее упрощенчеством решение: рассматривать такие отношения в качестве лишенных носителя и принадлежащих первому их захватившему, — наиболее разумным ответом на эту проблему является наследственное преемство.

Под наследственным преемством *(mortis causa)* подразумевается то явление, в силу которого по смерти лица, бывшего субъектом прав, один или несколько субъектов (наследники) вступают, с небольшими ограничениями, в обладание всеми теми имущественными правами и обязанностями, носителем которых было умершее лицо.

Наследнику передаются все права и обязанности его предшественника (и *de cuius hereditate agitur,* «того, о наследстве которого'ведется дело», сокращенно — *de cuius),* в том числе и те, которые были бы непереходными на сингулярных основаниях (например, обязательства). Исключением являются некоторые права и отношения, которые именно по этой причине называются «непереходными». Таковы, например, отдельные личные отношения семейного характера, из активных это иски *vindictam spirantes,* а из пассивных — штрафные иски (§ 255), поручение (§ 246), товарищество (§ 245), и некоторые чисто личные права — такие, как узуфрукт и аналогичные права (§ 175).

Связаны с *hereditas,* однако независимы от нее некоторые неимущественные отношения, обычно также переходящие к наследнику, но это было необязательно (в их центре мог оказаться и субъект, наследником не являвшийся). Среди них упоминаются *sacrafamiliaria* (т. е. отправление домашних культов) и *ius sepulchri* (§ 37).

§ 269. Предпосылки *hereditas*

Для наступления наследственного преемства предполагаются в качестве данных:

а) смерть *de cuius («hereditas viventis non datur»,* «наследство здравствующего не передается»);

б) правомочность *de cuius* иметь наследников;

в) существование и правомочность субъекта, призываемого к наследству.

Когда все эти предпосылки налицо, необходимо еще исполнение следующих требований:

1. Чтобы в пользу определенного субъекта имело место открытие наследства, или *«delatio»* (призвание)[1].

2. Чтобы лицо, в пользу которого открылось наследство, выразило волю принять его, или *«aditio»*. Впрочем, это последнее требование не было обязательным, когда речь шла о *heredes sui* и *necessarii* («необходимые», § 273), которые делались преемниками *ipso iure,* т. е. независимо от собственного желания, при самом акте *delatio*.

[1] Вопреки буквальному значению термина *«delatio hereditatis»* (призвание к наследству), в русском юридическом языке утвердилось выражение «открытие наследства». В дальнейшем, независимо от словоупотребления Ч. Санфилиппо, этому термину отдается предпочтение.

Глава III.
Открытие наследства

§ 270. Понятие

Под «открытием» *(«delatio»)* наследства понимают возникновение у определенного лица права принять наследство. Открытие может осуществляться по двум различным основаниям и потому бывает двух типов:

а) «Открытие *ex testamento*» («по завещанию»). Имеет место на основании «назначения наследника», в соответствии с диспозицией имеющего законную силу завещания (§ 306).

б) «Открытие *ab intestato*» («от не составившего завещания»). Имеет место в случае отсутствия наследника по завещанию и совершается в пользу определенных лиц, призываемых быть преемниками по закону. Отсюда другое название этого типа открытия наследства — «законное», первоначально в том более узком смысле, что это «происходит в согласии с определенным *lex*» (в данном случае Законом XII таблиц), впоследствии же — в более широком смысле, т. е. открытия, установленного правопорядоком.

Никакого другого основания открытия наследства помимо этих не допускается. В частности, не допускаются так называемые наследственные пакты (т. е. договоренности, по которым одна сторона желала бы сделать своим наследником другую или обе стороны желали бы взаимно назначить друг друга наследниками), поскольку такие пакты, создавая обязанность, лишили бы того, кто их заключает, неотъемлемого свойства завещания — его отзывности, сохраняющейся до самого последнего мгновения жизни.

Иной раз говорится и о третьем случае открытия наследства, а именно «необходимом» или «вопреки завещанию». Случай этот должен был иметь место всякий раз, когда, невзирая на то, что завещание имеет законную силу, закон призывает к наследству некоторых субъектов, целиком или отчасти не совпадающих с назначенными в завещании, поскольку закон защищает их право на наследство, принимая во внимание их особые отношения родства с *de cuius*. Очевидно, однако, что речь здесь идет об ограничениях, налагаемых на свободу составления завещания в пользу отдельных лиц, которые могут получить право наследовать даже против воли завещателя. Так что это вовсе не третий случай призвания к наследству, и мы все еще остаемся в пределах двух нам уже известных.

§ 271. Соотношение между открытием наследства по завещанию и без него

Проблема хронологического первенства двух форм открытия наследства, *ex testamento* и *ab intestato,* привела к возникновению в науке двух противоположных решений. В течение долгого времени ученые в своем большинстве склонялись к положению, поддерживавшемуся авторитетом Бонфанте[1], в соответствии с которым открытие по завещанию предшествовало во времени открытию по закону, имевшему дополнительную функцию при отсутствии назначения преемника завещателем. Однако в недавнее время стало утверждаться в качестве господствующего противоположное мнение, исходящее из большей древности открытия *ab intestato,* которое было первоначально зарезервировано исключительно за потомками *de cuius.* Лишь впоследствии была допущена возможность вносить изменения (именно посредством завещания) в этот естественный порядок вещей.

Как бы то ни было, несомненно то, что в соответствии с системой *ius civile* два этих основания открытия наследства абсолютно непримиримы друг с другом *(«nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»,* что в свободном переводе означает: в отношении одного лица не может иметь места преемство частью по завещанию, а частью без завещания). Пока было возможно открытие наследства по завещанию, не могло свершиться призвание к преемству *ab intestato.*

Несокрушимая твердость, с которой применялось это правило, приводила к таким крайним следствиям, что, если завещатель распорядился лишь «частью» наследства (например, «Да будет Луций Тиций наследником в одной трети»), молчаливо оставив все прочее наследникам *ab intestato,* наследник по завещанию, приняв свою долю, против воли завещателя автоматически приобретал все.

Впоследствии, однако, римляне уже не рассматривали несовместимость двух способов открытия наследства как неизбежную *(«naturalis pugna»,* «естественная борьба»), так что из этого правила стали постепенно появляться значительные исключения (§ 324 слл.).

[1] *Pietro Bonfante* — выдающийся итальянский романист, один из крупнейших мыслителей рубежа XIX-XX вв., профессор Римского университета. Одним из краеугольных камней в его эволюционистской теории права стала концепция древнейшего наследования как преемства роли («должности») домовладыки, подобного преемству власти в государстве. Бонфанте справедливо предполагал единичность наследника в древнейшую эпоху, однако неудачно реконструировал механизм обеспечения такого преемства как первичность наследования по завещанию.

§ 272. Отчуждение и передача права принять наследство

По причине строго личного характера открытия наследства оно, как правило, не могло быть ни «отчуждено», в том смысле, чтобы ты мог уступить другому право принять наследство, которое открылось в твою пользу, ни «передано», в том смысле, чтобы мы передали нашему наследнику право принять наследство, которое для нас лишь открылось, но которое мы еще не приняли. Другое дело, очевидно, это отчуждение по частям или в совокупности вещей, входящих в наследство, даже если оно еще не принято, отчуждение, которое в этом последнем случае разделяет обычную судьбу отчуждения чужой вещи (§ 243).

В отношении отчуждения права принять наследство допускалось единственное исключение, по правде сказать, достаточно неясное по происхождению и по своему оправданию. Это было *in iure cessio hereditatis,* которое является еще одним случаем применения *in iure cessio* (§ 77), в результате чего, если подходить к делу с формальной стороны, признавалось, что наследство открылось в пользу не лица, осуществляющего цессию, но цессионария, который может таким образом сделаться прямым наследником *de cuius.* Такая *in iure cessio* допускалась вначале, лишь если была совершена наследником *ab intestato* и *voluntarius* («добровольным», § 273) до принятия наследства. Наследник по завещанию не мог этого сделать, потому что наделение его правом принять наследство со стороны завещателя, как основанное на *intuitus personae,* было строго личным. Наследник же *ab intestato* не мог этого сделать после принятия наследства, потому что актом принятия он определенным образом принял звание наследника, утратить которое более невозможно *(«semel heres, semper heres»,* «однажды наследник, навсегда наследник»). Наконец, это не мог сделать наследник *ab intestato,* который являлся *heres necessarius,* потому что, приобретя наследство *ipso iure* при самом акте смерти *de cuius,* он уже автоматически сделался наследником и потому находился в том же положении, что и *heres voluntarius,* который уже принял наследство *(«semel heres...»).* Поэтому если один из них совершил *in iure cessio hereditatis,* оно имело бы лишь следствие отчуждения входящих в наследство вещей, между тем как звание наследника и обязательственные отношения, как пассивные, так и активные, остались бы у осуществившего цессию.

Нет сомнения в том, что *in iure cessio hereditatis* на практике использовалась с целью обойти существовавший в *ius civile* запрет на *successio graduum* («преемство по степеням», § 318), т. е. чтобы обеспечить переход права принять наследство от одного *adgnatus* к другому.

Поводом для возникновения еще большего числа исключений явился принцип непереходности права принять наследство. Вначале пре-

тор, а впоследствии имперские юриспруденция и законодательство допустили, что право принять наследство может перейти к наследникам тех лиц, которые в силу разных причин были вправе не принимать наследство в течение определенного времени[1]. В итоге этой эволюции Юстиниан установил в качестве общего правила возможность до истечения года передать наследникам любое еще не реализованное право принять наследство.

[1] Имеются в виду «добровольные» наследники, которые не только могли отказаться от наследства, например убыточного, но и располагали «временем на размышление» *(spatium deliberandi),* чтобы оценить возможный объем ответственности по долгам наследодателя и размер активов наследственной массы. Если в ходе именно такого раздумывания наступала смерть лица, в пользу которого открылось наследство, то право его принять (а значит, и сами наследственные права) автоматически переходило к его наследникам. Это так называемая трансмиссия наследства.

Глава IV.
Вступление в наследство

§ 273. Вступление в наследство *ipso iure* и *«aditio»*

Что касается принятия наследства, то различаются две категории наследников: *necessarii* (необходимые) — с одной стороны, и *extranei* (посторонние) или *voluntarii* (добровольные) — с другой.

Necessarii — это *filius familias,* который был ш *potestate* в момент смерти *pater (heres suus et necessarius)*, и раб, которого наследником назначил патрон, отпустив его на свободу *(heres necessarius).* Они приобретают наследство *ipso iure* в момент его открытия, причем не только без проявления своей воли на это, но даже против воли, так что они вообще не могут отказаться от преемства.

Это могло привести к ущербу в случае пассивного наследования, учитывая неограниченную ответственность всякого наследника по долгам *de cuius (ultra vires hereditarias,* «за пределами наследственных сил», § 279), причем *этот* ущерб еще усугублялся в архаическую эпоху экзекуциями, производимыми над личностью должника, а впоследствии — *venditio bonorum* (§ 77) с последующей *infamia* должника. Исправил положение претор, введя два следующих средства в соответствии с эдиктом:

а) наследнику из подвластных *(suus)* была дана *facultas abstinendi,* право воздержаться, в силу которого он, хотя и оставался в цивильном смысле наследником, рассматривался как бы посторонним в отношении имущественных следствий, которые влекло за собой наследство. *Venditio bonorum* в таком случае проводилась от имени покойного, и бесчестье постигло бы его память. Однако предоставление такой *facultas* было увязано претором с тем условием, что *heres suus* еще не совершил действий по управлению наследством *(immixtio),* по крайней мере когда речь шла не о лице младше 25 лет (в этом последнем случае, несмотря на происшедшее *immixtio, facultas abstinendi* предоставлялось через *restitutio in integrum);*

б) наследнику из рабов *(necessarius)* претор давал *beneficium separationis,* льготу отделения, в силу которой тот мог сохранить отдельно имущественные приобретения, совершенные им с момента обретения свободы, избежав того, чтобы на них обратилось взыскание по долгам наследодателя. Однако избежать *bonorum venditio* и последующего бесчестья он не мог.

Все прочие наследники *{extranei)* являются *voluntarii* в том смысле, что приобретение наследства зависит от их воли его принять посредством «вступления» *(«aditio»).*

§ 274. Необходимые требования для *aditio*

Для того чтобы *aditio* имела силу, недостаточно объективного существования предпосылок для самого открытия наследства, а требуется, помимо этого, по крайней мере в более зрелую эпоху, субъективное убеждение лица, в пользу которого открылось наследство, в существовании таких предпосылок и в их законной силе, а также в собственной правомочности принять наследство.

Если призванный — *filius familias* или раб, необходимо согласие *pater* или *dominus,* учитывая, что в конечном итоге приобретение будет принадлежать именно им.

Aditio должно быть ясным и простым, без каких-либо сроков и условий.

Кроме случая, когда срок установлен самим завещателем, лицо, в пользу которого открылось наследство, может вступить в него вплоть до своей смерти. Однако в связи с тем, что такая отсрочка наследственных отношений на неопределенное время может нанести тяжкий ущерб третьим лицам (например, наследственным кредиторам), претор по просьбе заинтересованных лиц решает установить срок для размышления, *spatium deliberandi,* в 100 дней, по истечении которых наследник должен принять наследство или отказаться от него.

§ 275. Формы вступления в наследство

Сохранявшими значение и все еще действительными в классическую эпоху формами принятия наследства были:

а) *Cretio.* Это торжественная устная форма *(«adeo cernoque»,* «вступаю и принимаю»). В случае, если это было установлено завещателем, она обязательна и должна быть совершена в пределах назначенного им срока, который обыкновенно равен ста дням. Если дни эти «присутственные» (§ 49), имеет место так называемая *cretio vulgaris* («обычная»), если же они «непрерывные», — так называемая *cretio continua* («сплошная»).

Кроме того, завещатель мог в явной форме грозить лишением наследства на тот случай, если наследник не совершил *cretio,* к которой он его обязал (в таком случае *cretio* называлась *perfecta,* «совершенной»). Однако впоследствии стало допускаться, чтобы наследник, несмотря на то что завещатель настаивал на *cretio,* принимал наследство в иной форме. *Cretio,* которая вышла из употребления в послеклассическую эпоху, была упразднена Юстинианом.

б) *Pro herede gestio* («действие в роли наследника»). Это принятие «по умолчанию» (§ 52) посредством совершения наследником актов, из которых безусловным и необходимым образом выводится воля принять наследство.

В классическую эпоху в понятие *pro herede gestio* включалось также желание принять высказанное явно, однако неформально (так называемое *nuda voluntate,* «голым намерением»). С упразднением же *cretio* в юстиниановскую эпоху этот вариант принятия оказался противостоящим *pro herede gestio,* поскольку первое было не молчаливое, но явно выраженное принятие.

§ 276. Отказ от наследства

Для отказа от наследства, вступления в которое еще не произошло, не предписывалось никакой торжественной формы, так что его можно было совершить с помощью любого волеизъявления, будь то в явной или в молчаливой форме. Отказ не может быть взят обратно, за исключением льготы в виде *restitutio in integrum,* даваемого лицам моложе 25 лет.

Иным случаем является простое «непринятие» («молчание», § 52), отрицательный эффект которого, за исключением случаев *cretio perfecta* (§ 275) и *spatium deliberandi* (§ 274), всегда может быть упразднен с помощью вступления в наследство.

Глава V.
Лежачее наследство

§ 277. Понятие и юридический характер

В период между открытием наследства и вступлением в него наследство называется «лежачим» *(hereditas iacet)*. Входящие в него вещи в это время являются ничьими *(res nullius),* однако с целью защиты будущего наследника они находятся на особом положении, вследствие чего в его интересах не применяется принцип, по которому *res nullius* открыта для захвата любым желающим (§ 140). Напротив того, в эпоху принципата завладение вещами, составляющими часть «лежачего» наследства, рассматривалось в качестве преступного деяния *(crimen expilatae hereditatis,* «преступное расхищение наследства»).

В этом случае речь идет скорее о комплексной правовой позиции, временно лишенной субъекта, которая, еще до того как кто-либо ее приобрел, может испытывать приращение и убыль (как естественным путем, так и юридическим), которые перейдут на будущего наследника.

Чтобы оправдать приобретение прав и обязанностей «лежачим» наследством, римские юристы прибегали к некоторым фикциям, иной раз приписывая обратную силу принятию наследства наследником, начиная с момента смерти *de cuius,* а иногда усматривая в «лежачем» наследстве как бы продолжение личности покойного вплоть до момента принятия наследником.

§ 278. *Usucapio pro herede*
(приобретение по давности в качестве наследника)

Как было сказано, во время, пока наследство оказывается «лежачим», не допускается «завладение» им. Допускается, однако, его приобретение посредством так называемой *usucapio pro herede*.

Такое архаическое применение к *hereditas* института приобретения по давности (§ 153) достаточно спорно и необычно, поскольку с помощью владения одной-единственной вещью, принадлежащей к «лежачему наследству», если это владение продлится год (ведь *hereditas* — это лишь *cetera res,* пускай даже включающая в себя *fundi,* § 153), кто угодно мог приобрести не только собственность на вещь, которой владел, но и само свойство наследника, а следовательно, и все наследство. Этот порядок был вызван желанием гарантировать наличие наследников в любом случае, с тем чтобы было кому отвечать по долгам, а также принять на себя связанные с наследством тяготы, не имевшие непосредственно имущественного характера *(sacra)*.

В классическую эпоху смысл такого *usucapio* перестал быть понятным, напротив, теперь его считали *«improba et lucrativa»* («недостойной и барышнической»), потому что в нем недостает требований, считающихся ныне необходимыми для нормального приобретения по давности: *iusta causa possidendi* и *bona fides*. Поэтому она подвергается свертыванию, сводясь к простому приобретению по давности единственной вещи, находящейся во владении, с теми лишь особенностями, что в таком случае два названных требования не выполняются и это всегда происходит по истечении года, даже если объектом является недвижимость. Это допускается также и после принятия наследства, лишь бы наследник еще не вступил во владение им.

Такие отклонения уже не допускались в юстиниановскую эпоху, когда институт был введен в нормальные рамки приобретения по давности, режиму которого он теперь всецело подчиняется.

Глава VI.
Следствия приобретения наследства

§ 279. Наследственное слияние и его последствия

Вследствие самого юридического характера *successio in locum defuncti* (§ 11) возникает так называемое наследственное слияние, в силу которого правовое положение *de cuius* совмещается с положением наследника, который и становится носителем единой, неразделенной массы прав и обязанностей.

Во-первых, результатом такого слияния становится прекращение всех ранее существовавших отношений между *de cuius* и наследником, которые необходимым образом предполагают двойственность субъектов (обязательства, § 190; вещные права на чужие вещи, § 170 слл.).

Во-вторых, слияние приводит к тому, что наследник должен отвечать по долгам *de cuius,* сделавшимся теперь его долгами, а если потребуется, то и за пределами наследственного актива *(ultra vires hereditarias),* т. е. **в** том числе и собственным имуществом. Кредиторы покойного и кредиторы наследника, которые все теперь являются кредиторами наследника, набрасываются на единую имущественную массу, возникшую из объединения наследственного имущества с личным имуществом наследника.

Такое «слияние» может нанести ущерб как наследнику убыточного наследства, который должен в неограниченных масштабах отвечать по долгам *de cuius,* так и кредиторам покойного, которым приходится соперничать в исполнении имущественных обязательств с кредиторами наследника, а также, наконец, личным кредиторам наследника, которые должны будут состязаться с кредиторами покойного.

Кредиторам самого наследника никакого защитного средства не предоставляется, поскольку, в сущности говоря, принимая наследство, наследник, их должник, не совершает ничего иного, кроме принятия на себя новых долгов, что позволено всякому должнику.

Наследнику же был постепенно предоставлен ряд защитных средств, дабы избежать неограниченной ответственности, между тем как кредиторам покойного были даны средства избежать последствий наследственного слияния, так чтобы можно было отделить, с целью имущественной расправы, имущество покойного от имущества наследника (§ 281).

§ 280. Средства защиты от неограниченной ответственности

Heredes sui и *necessarii,* хотя они и не в состоянии отказаться от наследства, получают от претора средства (§ 273) для того, чтобы из-

бежать имущественных последствий приобретения убыточного наследства.

Что касается добровольных наследников, то они всегда располагают возможностью отказаться от наследства. Однако кредиторы покойного, не желая подвергаться риску разорительной продажи наследственного имущества с торгов, могут побудить наследника принять наследство, договорившись с ним о том, что его наследственная ответственность будет ограничена некоторыми пределами. Технические средства для достижения такой цели следующие:

а) *pactum ut minus solvatur* (соглашение о выплате в меньшем размере), посредством которого кредиторы *de cuius* обещают лицу, в пользу которого открылось наследство, что они удовлетворятся определенным процентом своих кредитов, если он примет наследство. И в том случае, если после вступления в наследство кредиторы *вызовут* наследника в суд, чтобы потребовать от него, в нарушение договоренности, уплаты 100% их требований, наследник может отвергнуть их бесчестное притязание посредством *exceptio pacti conventi*. Здесь имеет место прекращение наследственных обязательств *ope exceptionis* (§ 215);

б) *aditio mandato creditorum,* заключающееся в обычном поручении принять наследство, которое дается кредиторами *de cuius* тому, в пользу кого открылось наследство, причем с оговоркой, что он, став наследником, выплатит лишь процент их кредитов. Вследствие этого если кредиторы (доверители) станут притязать на 100% своих требований, нанося таким образом ущерб наследнику (поверенному), он в свою очередь мог вчинить им в суде *actio mandati contraria,* по которому всякий поверенный требует с доверителя возмещения ущерба, нанесенного исполнением поручения (§ 246). Поручение оказывается особенно удобно в том случае, когда наследник достиг соглашения не со всеми кредиторами. Действительно, *exceptio* может быть противопоставлена лишь тем кредиторам, которые заключили договоренность, против прочих же она бесполезна.

В юстиниановском праве эти обходные средства заменены *beneficium inventarii* («льгота инвентаризации»), без каких-либо ограничений даваемой всем наследникам, которые того пожелают, и обязательной для всех наследников, находящихся под опекой. Наследник, желающий ограничить свою ответственность по долгам *de cuius* пределами самого наследственного имущества, т. е. так, чтобы туда не оказалось вовлеченным его личное имущество, может добиться этого, начав до истечения 30 дней после получения известия о призвании к наследству составление «описи» наследственных поступлений и завершив ее составление до истечения 60 дней. Естественно, при этом предписывается соблюдение некоторых формальностей, с тем чтобы обеспечить правдивость и точность.

§ 281. Отделение имущества покойного от имущества наследника

Первым средством, которое предоставляет претор кредиторам *de cuius,* с тем чтобы они могли избежать убытков, возникающих от «слияния», является *satisdatio suspecti heredis* («гарантия заподозренного наследника»). *Heres* считается *suspectus* вне зависимости от его недобросовестного поведения, т. е. тогда, когда его финансовое положение *ifacultates)* по объективным основаниям заставляет испытывать опасения относительно его полной состоятельности. Даваемая претором *satisdatio* заключается в гарантии *(cautio,* § 80), которую наследник должен предоставить с участием поручителей.

Однако более эффективным и определенным средством является *separatio Ьопогит,* которое позволяет избежать, пускай хотя бы лишь на практике, слияния двух имущественных масс. Такой практический результат достигается с помощью разделения кредиторов покойного на две группы: тех, которые просят разделения («сепаратисты»), и прочих («несепаратисты»), вследствие чего первые могут получать удовлетворение от имущества, происходящего от *de cuius,* между тем как вторые вместе с кредиторами наследника состязаются, добиваясь удовлетворения из имущества, которое принадлежало ему до слияния.

Юристы-классики обсуждали вопрос о том, не могут ли те кредиторы-«сепаратисты», которые остались частично неудовлетворенными, впоследствии приступить также и к имуществу наследника. Некоторые это отрицали, другие допускали, но лишь в том смысле, что они могут сделать это только после того, как «несепаратисты» и кредиторы самого наследника будут удовлетворены.

Впоследствии «льгота разделения» была дана также и легатариям (§ 327), которые, однако, получили предпочтение перед кредиторами наследника, но не перед кредиторами-«сепаратистами» покойного.

Глава VII.
Защита наследства

§ 282. Специальные иски и *hereditatis petitio*

Вследствие приобретения наследства и связанного с этим «слияния» (§ 279) наследник, став носителем всех прав *de cuius,* делался правоспособным в отношении всех специальных исков, которые давались тому для защиты всякого отдельного своего права.

Однако в том случае, если другое лицо не то что нарушает отдельные права наследника, но покушается на его право как таковое, «в комплексе», в явной или молчаливой форме оспаривая его качество наследника, в защиту наследства применяется единый комплексный иск, *hereditatis petitio,* который, между прочим, освобождает наследника от тягостнейшей необходимости вчинять (причем, возможно, с различным успехом) столько исков, сколько разных прав объединено в преемстве.

Таким образом, иск *hereditatis petitio* нацелен на то, чтобы утвердить и отстоять за истцом звание наследника, с последующим восстановлением всех связанных с таким званием прав, которые были нарушены.

В классическую эпоху это была *actio in rem* (§ 79), скопированная с *rei vindicatiQ,* от которого она взяла также и способ применения (от *legis actio sacramento к/ormula petitoria).*

Первоначально иск давался лишь цивильному наследнику против всякого, кто владеет хотя бы одной наследственной вещью, независимо от того, считает ли тот себя наследником, видится ли таковым сам себе *(possessor pro herede,* «владелец в качестве наследника») или же не пытается прибегать ни к какому оправданию *(possessor pro possessore: «possideo quia possideo»,* «владелец в качестве владельца»: «владею потому, что владею»). В позднейшую эпоху он давался также и против того, кто умышленно избавился от владения ввиду предстоящей тяжбы *(qui dolo rnalo desiit possidere)* или, хотя и вовсе не владеет, умышленно втянулся в тяжбу с тем, чтобы покрыть истинного владельца *(qui litise optulit).*

Важные нововведения в режим *hereditatis petitio* были сделаны знаменитым сенатусконсультом II в. н. э. *(S. C. Iuventianum),* который провел принципиальное различие между добросовестным и недобросовестным владельцами, с важными последствиями в отношении различной ответственности одного и другого в связи с возвратом *согрога, шга* и *fructus.*

В юстиниановском праве *hereditatis petitio* имеет целью не только возврат наследственных вещей, но также и предоставления иного рода

(например, цены проданных наследственных вещей или возмещение тех, которые были утеряны или уничтожены). Кроме того, он преобразуется в иск *bonaefidei.* Вследствие этих новых свойств иск определяется юстиниановскими юристами уже не как *actio in rem,* но *actio mixta* (§ 79), *tam in rem quam in personam,* как вещный, так и личный.

§ 283. *Hereditatis petitio utilis*

Из соображений справедливости претор расширил действие этого иска, как *utilis* (§ 79), распространив его на другие категории истцов и против других категорий ответчиков. Активное право на него получили, помимо цивильного наследника, также и прочие преемники, и среди них «универсальный фидеикомиссарий» (§ 336), а пассивно для него сделались доступны, помимо незаконного владельца, также и те лица, в пользу которых незаконный владелец совершил отчуждение наследства в целом или которым он дал его в приданое, не имея на самом деле права им распоряжаться.

Глава VIII.
Сонаследство

§ 284. Понятие

Тот факт, что несколько наследников приобретают наследство *de cuius,* создает между ними ту же ситуацию «коллегиальности», какую мы наблюдали в случае общей собственности (§ 138). Каждый из наследников потенциально является наследником всего, однако вследствие взаимного противодействия двух или большего числа в равной степени неограниченных прав на весь объект *concursu partesfiunt* («вследствие столкновения они делаются долями») право каждого «практически» ограничено «абстрактной долей», выраженной дробью, в знаменателе которой стоит число сонаследников.

Все наследство *de cuius* образует «наследственный асе» (и делится, как и монета этого номинала, на двенадцатые доли, а в случае необходимости — на части, кратные двенадцати).

В преемстве по завещанию распределение долей, вместо того чтобы сделать их равными, может быть произведено завещателем в неравных долях. Но как бы то ни было, начиная с Законов XII таблиц, долги и требования по обязательствам считались *ipso iure* разделенными пропорционально доле каждого наследника.

§ 285. *Consortium ercto non cito*

Сонаследство распадается вследствие материального разделения асса между сонаследниками в соответствии с их долями. Однако в более архаический период римской истории *(«olim»,* «некогда», как говорит Гай) такого разделения не знали: после того, как *pater familias* умирал, *heredes sui,* наследовавшие ему *ab intestato* или по завещанию, оставались объединенными в *consortium ercto non cito,* т. е. *societas inseparabilis*[1], возникавшее не *consensu,* как контрактное товарищество

[1] *Ercto non cito* означает «не предприняв раздела»: *cieo* — возбуждать, приводить в движение, *ercisco* — производить раздел. Применимость термина *societas,* имевшего во времена Гая строго определенное контрактное значение, к древнейшей общности братьев-наследников — самостоятельная научная проблема, которая во всяком случае не может быть решена исходя из гипотезы о *якобы* существовавшей в римском праве *societas re contracta* (внеконтрактном товариществе). Никакой специальной защиты, которая бы отвечала возникновению обязательственных отношений, между братьями не было; XII таблиц предусматривали лишь иск о прекращении общности *(actio familiaz, erciscundae),* с которым и лингвистически, и логически связано традиционное наименование этой общности.

(§ 245), а *ге,* и значит, по необходимости, вследствие совместного преемства в одном ассе.

Характерно для этого объединения было то, что даже один *(«vel unus»)* из сонаследников мог с полным правом распоряжаться общим имуществом. Долго обсуждался вопрос, был ли этим *unus* любой из сонаследников или же лишь один из них и кто это был. Предпочтительнее, однако, мнение о том, что *unus,* о котором пишет Гай, мог быть любым из сонаследников в силу уже упоминавшегося принципа, что каждый из сонаследников имеет потенциально абсолютное право на весь асе и потому, кроме случая вето *(prohibitio, § 138) своего* коллеги, может распоряжаться им по полному праву.

Помимо того, этому же самому режиму могли по доброй воле подчиниться также и посторонние между собой наследники, что происходило через применение неизвестной *legis actio, о* которой кроме имеющегося у Гая упоминания мы более ничего не знаем '.

§ 286. Добровольный раздел наследства

В историческую эпоху состояние сонаследства разрешается посредством раздела, в результате которого возникает столько отдельных наследников, каждый в одной части асса, сколько было сонаследников.

Такого результата можно было добиться по соглашению *(pactum),* которое, однако, само по себе могло иметь лишь «обязательственный» эффект и только в порядке *exceptio* (§ 248). А потому следует принимать во внимание, что сонаследники, дабы добиться вещно-правовых следствий (§ 133), должны были учесть в совместном соглашении сложную систему взаимных частичных передач наследственного асса.

§ 287. Судебный раздел

Происходил посредством специального *actio familiae erciscundae,* введенного во времена уложения децемвиров и приводившегося в действие по инициативе любого из сонаследников. В классическую эпоху соответствующий *iudicium* назывался *duplex,* сдвоенным, в том смысле, что всякий сонаследник был в одно и то же время истцом и ответчиком и образовывалось столько же пар тяжущихся сторон, сколько имелось пар сонаследников, взятых по двое. Соответствующая формула содержала и *adiudicatio,* поэтому после того, как были установлены доли и ликвидированы взаимные отношения сонаследников в вопросе плодов, затрат и обязательств, судья переходил к присуждению долей и там, где это было необходимо, — к установлению новых прав (сер-

[1]В другом месте курса (§ 75, пункт 2) справедливо указывается, что это была одна из разновидностей *legis actio per iudicis arbitrive postulationem.*

витут, узуфрукт и т. д.) между тяжущимися сторонами. В юстиниановскую эпоху иск несомненно имел характер *bonaefidei* и *tam in rem quam in personam* (§ 79).

Из судебного раздела исключаются наследственные долги и кредиты, уже разделенные *ipso iure* (§ 284). Неделимые объекты могут быть проданы, чтобы разделить их цену, или присуждены одному наследнику, за вычетом компенсации.

Глава IX.
Право приращения

§ 288. Понятие

Из коллегиального характера сонаследства (§ 284) происходит «право приращения» *(ius adcrescendi),* в силу которого, если один из сонаследников не может или не желает принимать свою наследственную долю, она пропорционально «прирастает» к долям других. Хотя, в сущности речь здесь идет скорее о праве «неубывания». И в самом деле, каждый из сонаследников имеет право, которое потенциально распространяется на все наследство и которое затем на практике оказывается ужатым вследствие существования равных прав других. А потому, когда это взаимное соперничество делается меньшим по причине непроисшедшего приобретения наследства другим сонаследником, данное право стремится автоматически расшириться.

Таким образом, предпосылкой для применения *ius adcrescendi* является неприобретение доли, а не отказ от нее (как в случае общей собственности, § 138), поскольку в сонаследстве отказ недопустим по причине необратимости наделения званием наследника *(semel heres, semper heres,* § 272).

§ 289. Приращение в преемстве по завещанию

Обычное применение *ius adcrescendi,* которое было только что описано, может претерпеть изменения в случае преемства по завещанию, по воле завещателя.

Прежде всего он мог бы вообще предотвратить его применение, предвидев возможность непринятия наследства одним из сонаследников и заранее назначив на этот случай «подназначение» («обычное подназначение», § 309). Кроме того, завещатель может сгруппировать сонаследников различным образом, посредством «совместного призвания», *coniunctio,* так что каждой группе будет соответствовать одна доля, в результате чего непринятая доля наследства одним наследником прирастает лишь тем, кто был с ним соединен в той же самой доле, с исключением отсюда всех других. В наиболее простом случае сонаследников А, Б и В, из которых Б и В *coniuncti,* освободившаяся доля Б прирастает лишь к В и наоборот, между тем как А постоянно исключается.

Интерпретаторы подразделяли *coniunctio* на три подвида: *re et verbis,* если *coniuncti* были призваны к одной и той же доле и сделано это в одной фразе завещания; *re tantum,* если доля одна, однако завещательные распоряжения разные; и, наконец, *verbis tantum,* если это сделано

в одной фразе, но они назначены в разных долях. Очевидно, этот последний тип связывания чисто формальный и не приводит к тем последствиям, что другие.

Lex lulia et Papia Poppaea, который регламентировал неправомочность лиц в отношении принятия наследства *(caduca,* § 298), привел в расстройство порядок приращения, однако юстиниановское право, упразднив *caduca,* вновь ввело его. Впрочем, из *lex Iulia* Юстиниан сохранил правило о том, что тот, кто приобретает чужую долю вследствие приращения, берет на себя не только общие наследственные тяготы пропорционально приращению новой доли, но также и те тяготы, которые были *nominatim,* персонально, наложены завещателем на того наследника, доля которого приобретается теперь по приращению.

Глава X.
Складчина *(collatio)*

§ 290. Понятие

Под складчиной понималось внесение собственного имущества одним из сонаследников в пользу других сонаследников («в общий котел»), с тем чтобы приобрести право на получение своей части при разделе наследства.

С ходом исторического развития этот институт подвергся значительным изменениям: неизвестная *ius civile, collatio* была введена претором (в двух формах — *collatio bonorum* и *collatio dotis),* чтобы затем, начиная с послеклассической эпохи, влиться в более общий институт *collatio descendentium* (потомков).

§ 291. Историческое развитие складчины

Как сказано, институт складчины возник из преторского эдикта, который, призывая к преемству по отношению к *paterfamilias* также и эманципированных детей *(contra tabulas,* «вопреки завещанию», или *sine tabulis,* «без завещания», § 293), обязывал их, если они желали участвовать в дележе отцовского наследства, передать *sui heredes,* т. е. братьям, оставшимся *in potestate,* те приобретения, которые были ими сделаны после эманципации *(collatio bonorum).* Справедливость этого института была связана с тем, что неэманципированные сонаследники *(sui)* продолжали обращать все то, что приобретали, в пользу *pater familias* вплоть до его смерти, так что в наследственный асе входили приобретения, совершенные *sui.* Эманципированные участвовали бы в наследственном преемстве этого имущества, куда не были включены приобретения самих эманципированных, а значит, их приобретения остались бы вне дележа.

Наряду с *collatio bonorum* впоследствии была введена еще и *collatio dotis,* которую должна была сделать дочь, получившая ранее приданое, в пользу своих сонаследников. Такая обязанность дочери по поводу приданого была потом расширена императором Гордианом также и в пользу эманципированных братьев.

Тем самым *collatio dotis* сделалась резко отграниченной от *collatio bonorum,* поскольку основывалась на том представлении, что *dos profecticia,* приданое, полученное от отца (§ 113), должно быть распределено между всеми сонаследниками по нисходящей (неважно, *sui* или эманципированными) в силу того, что оно происходило от общего предка.

Так в послеклассическую эпоху возник более общий институт *collatio descendentium,* который был окончательным образом упорядочен в системе юстиниановского права. Согласно этому порядку (являющемуся, впрочем, прообразом современного), между нисходящими сонаследниками до раздела возникает юридическая обязанность внести в наследственную массу все приобретения (пожалование, приданое и т. д.), полученные от *de cuius* при его жизни. Делается это с целью избежать неравенства, которое происходило бы оттого, что кто-то из сонаследников пользовался, помимо полученных от предка пожалований, еще и наследственной долей, равной долям других, которые таких пожалований не имели.

Складчина могла совершаться или «натурой», т. е. внесением в наследственную массу полученных денежных сумм и имущества, или «по зачету», т. е. вычетом из своей доли стоимости полученных пожалований.

Глава XI.
Bonorum possessio (преторское наследование)

§ 292. Понятие и сущность

Bonorum possessio, которое, как полагает наука, сформировалось во всем своем многосложном строении в классическую эпоху, представляет собой институт *ius honorarium,* в силу которого претор присваивает тому, кто об этом попросил и обладает качествами, определенными в эдикте, не только «владение» (§ 164) отдельными наследственными вещами, но прямо-таки «фактическое обладание» положением наследника, независимо от того права на наследство, какое может иметься у просителя в соответствии с *ius civile.*

Поскольку, однако, претор не дает звания наследника, да и не мог бы это сделать *(«praetor heredes facere non potest»),* во всех случаях при этом возникает одновременное сосуществование (в одном и том же лице или в двух разных лицах) двух независимых качеств: *heres* и *Ьопотт possessor* (преторский наследник).

Это явление становится нагляднее, когда два указанных качества не совпадают в одном лице. Итак, в этом случае мы имеем, с одной стороны, *heres,* ставшего таковым на цивильном основании, однако в действительности лишенного всех имущественных атрибутов, которые должны были бы принадлежать этому его званию *(nitdum nomen heredis,* «одно лишь звание наследника»), и, с другой стороны, *Ьопотт possessor,* который не имеет звания *heres,* однако его пользование всеми этими атрибутами защищено претором от третьих лиц и от самого *heres.* Можно поэтому сказать, что *Ьопотт possessio* образует самостоятельную систему (назовем ее «преторское преемство»), параллельную рассмотренной нами до сих пор системе *hereditas* в соответствии с *ius civile.* Для пояснения этого явления советуем читателю обратиться к тому, что было сказано в общей форме относительно двойственности *ius civile* и *ius honorarium* (§6 Б): исследуемый теперь институт, пускай чрезвычайно обширный и важный, представлет собой всего лишь выражение этой двойственности.

§ 293. Виды *Ьопотт possessio*

С точки зрения научной теории мы будем различать *Ьопотт possessio edictalis,* предоставляемое на основании субъективных качеств и объективных предпосылок, определенных в эдикте, и *Ьопотт possessio decretalis,* которое дается посредством *decretum* (§ 80) на основании возможностей, тщательно прослеживаемых случай за случаем, *causa cognita* («по изучении дела»), при разных обстоятельствах.

Кроме того, будем различать, с точки зрения действенности преторской защиты по отношению к *heres, Ьопогит possessio sine re,* которое не противостоит *hereditatis petitio* (§ 282) цивильного наследника, и *Ьопогит possessio cum ге,* которое имеет средства ему противодействовать.

Что же касается общих случаев, в которых *Ьопогит possessio* может даваться претором, то здесь следует различать:

а) *Ьопогит possessio secundum tabulas* («по завещанию»), присваиваемое тому, кто был назначен наследником в *tabulae testamenti* (таблички завещания), которые соответствуют требованиям, установленным претором, независимо от того, отвечают ли такие *tabulae* требованиям к завещанию, имеющему силу согласно *ius civile* (§ 319). Такое *Ьопогит possessio* имеет преимущество перед *hereditas ex testamento;*

б) *Ьопогит possessio sine tabulis* («без завещания»), или *ab intestato,* даваемое (в отсутствие лица, имеющего право на *Ьопогит possessio secundum tabulas,* или когда такое лицо об этом не просит) лицу, которое принадлежит к одной из категорий, заранее установленных в эдикте (§ 319). Такое *Ьопогит possessio* имеет преимущество перед *hereditas ab intestato;*

в) *Ьопогит possessio contra tabulas* («вопреки завещанию»), даваемое лицу, которое было обойдено или лишено наследства в цивильном завещании, однако в соответствии с эдиктом достойно того, чтобы прийти к преемству завещателя даже против его воли (§ 324). Такое *Ьопогит possessio* осуществляет так называемое необходимое преемство, или преемство «вопреки завещанию».

§ 294. Историческое развитие института

Bonorum possessio возникает *adiuvandi iuris civilis gratia* («с целью содействия *ius civile»)* в связи с осуществлением *hereditatis petitio* (§ 282). В тех случаях, когда было неясно, какова в данном случае роль каждого из двух претендентов на наследство (поскольку, например, каждый из них владел частью наследственного имущества), претор давал владение одному из них, позволяя ему тем самым сделаться ответчиком. Впрочем, такая уступка была «временной», потому что в случае проигрыша имущество следовало возвратить противной стороне, так что *Ьопогит possessio* по необходимости было *sine re.*

Впоследствии этот институт утратил эту чисто процессуальную функцию и приобрел самостоятельное значение, подкрепляя позиции цивильного наследника, которому он предоставлял другие, более удобные средства защиты *(adiuvandi iuris civilis gratia),* или защищая позиции того, кто в соответствии с новыми общественными представлениями считался предпочтительным в сравнении с *heres (corrigendi iuris*

civilis gratia, «с целью исправления *ius civile»),* В этой последней функции *bonorum possessio* поначалу всегда бывало *sine re,* однако постепенно, шаг за шагом институт распространялся и укреплялся, появлялось все большее число случаев, в которых *bonorum possessio* становилось *cum re,* пока наконец, начиная с эпохи Антонинов, *bonorum possessio sine re* не сделалось чем-то исключительным.

Такую действенность сообщал институту претор, от которого *bonorum possessor* получал *exceptio doli generalis* (§ 67) против *heres,* прибегавшего к *hereditatis petitio.* Это означало, что претор видел злой умысел в поведении *heres,* который, возможно, в силу одного своего цивильного звания хотел отобрать наследственное имущество у *bonorum possessor,* а этого последнего претор, выражая новое общественное сознание, считал более достойным преемства.

И верно, ныне *bonorum possessio* как в общественном мнении, так и в повседневной практике явно превосходит *hereditas,* наиболее архаические принципы которой стали теперь изменяться. Движение в направлении сближения двух систем преемства началось еще в классическую эпоху, однако осуществилось в форме постепенного настоящего их слияния в трудах послеклассической эпохи в связи с более общим объединением *ius civile* и *ius honorarium* (§ 6 Б).

В юстиниановском праве две эти системы предстают определенным и решительным образом слившимися воедино, с естественным превосходством на стороне принципов, разработанных классическими юристами для *bonorum possessio.*

Раздел II.
Отдельные случаи открытия наследства

Глава XII.
Открытие наследства по завещанию

§ 295. Понятие завещания

Начиная с наидревнейшей эпохи, римское право признало за субъектом возможность определять посредством специального акта, называемого *testamentum,* какая судьба должна постигнуть его *patrimonium* (§ 34) в случае смерти.

Завещание, хотя в разные времена на него распространялись различные правила как по содержанию, так и по форме, всегда имело характер односторонней юридической сделки, формальной, *mortis causa* (§ 51), имеющей ту существенную особенность, что она может быть отозвана завещателем вплоть до самого момента смерти.

В своем завещании завещатель вправе как назначить субъекта *(heres),* который сделается его преемником в том комплексе отношений, носителем которых он был (римляне говорили о *successio in ius),* так и установить специальные распоряжения: легаты (§ 327), манумиссии (§ 89), назначение опекунов (§ 126), фидеикомиссы (§ 334) и т. д. Впрочем, долгое время все эти распоряжения рассматривались как зависящие от назначения наследника и подчиненные этому акту, так что они считались состоятельными только в том случае, если завещание содержало назначение наследника, имеющее законную силу.

§296. *Testamenti factio* (активная)

Как право делать завещательные распоряжения, так и способность быть назначенным наследником обозначаются в источниках выражением *«testamenti factio».* Однако чтобы избежать путаницы, правоведы говорили, обозначая ту и другую способность, о «пассивной» и «активной» *testamenti factio.*

Итак, активная *testamenti factio* представляет собой способность составлять завещание, что рассматривалось в качестве одной из наиболее значительных прерогатив *cives.* Когда обычная форма завещания сделалась видоизмененной манципацией *(mancipatio,* § 301), право это стали молчаливо признавать за *latini prisci* и *coloniarii* (§ 100), потому что манципация входит в *ius commercii,* которым пользовались латины.

Естественно, что требование наличия гражданства предполагает уже имеющийся свободный статус лица, однако этого недостаточно, поскольку нужен еще и надлежащий *status familiae:* лица *alieni iuris* не обладают *testamenti factio,* а в древности ее не признавали и за женщи-

нами либо в связи с отсутствием у них права принимать участие в *comitia,* перед которыми вначале совершалось завещание (§ 300), либо вследствие озабоченности *adgnati* защитой своих наследственных правовых ожиданий.

И все же, несмотря на наличие всех трех *status,* субъект *sui iuris* мог быть лишен *testamenti factio* или в силу того, что был *intestabilis* (§ 18), или по одному из тех оснований, которые мы, следуя современной классификации, поместили среди ограничений дееспособности (§ 26 слл.), но которые здесь приравниваются (учитывая персональный по самой своей сути характер акта) к основаниям ограничения правоспособности. Так, *testamenti factio* лишены: подопечный, даже если ему помогает опекун; *furiosus;* расточитель; глухонемой. Последняя недееспособность, возникавшая в связи с устной формой завещания в классическую эпоху, была упразднена в юстиниановском праве, поскольку имелась и письменная форма. Тогда же добавились некоторые ограничения правоспособности, установленные по религиозным мотивам (§ 24).

Что касается женщины *sui iuris,* то с выходом архаических форм из употребления юриспруденция предложила обходные способы, делавшие ее способной составлять завещание. Для этого требовалось, чтобы она освободилась от изначальных агнатских уз посредством *coemptio fiduciaria* (фидуциарное поступление во власть мужа, § 131), которая совершалась с согласия ее опекуна. В результате *coemptio* женщина подвергалась *capitis deminutio* и тем самым выходила из-под агнатских уз и теперешней опеки. После того как *coemptionator* ее манципировал и отпускал по манумиссии (§ 96), женщина становилась *sui iuris,* будучи подчинена теперь уже не изначальному своему опекуну, а лицу, которое совершило манумиссию и делалось ее *tutor fiduciarius,* и с его помощью она могла теперь совершить завещание в «весовой» форме (§301). Это правило было упразднено Адрианом, который уполномочил женщину составлять завещание с *auctoritas* опекуна, хотя она и оставалась в агнатской семье и под первоначальной опекой.

Для действительности завещания недостаточно того, чтобы *testamenti factio* существовала в тот момент, когда совершается акт, — требуется, чтобы завещатель непрерывно ее сохранял вплоть до смерти. Исключением являются льготы, предоставляемые *ius postliminii* и *fictio legis Corneliae* для военнопленных (§ 87). Правда, в целях *bonorum possessio secundum tabulas* (§ 293) претор довольствовался наличием *testamenti factio* лишь в момент смерти завещателя.

§ 297. *Testamenti factio* (пассивная)

Изначально это способность быть в завещании назначенным наследником, однако с расширением содержания данного понятия она

сделалась правом быть упомянутой в завещании на каком угодно основании (легатарий, опекун и т. д.).

Для того чтобы быть назначенным наследником, не требуется *status libertatis:* если завещатель назначит наследником чужого раба, тот может принять завещанное, однако только при наличии *iussus,* повеления, своего хозяина, который через раба и приобретет наследство. Если завещатель назначит наследником собственного раба, он должен в том же самом акте и отпустить его, в противном случае назначение будет ничтожным. Правда, Юстиниан *favore libertatis,* из покровительства свободе, повелел, чтобы отпуск на свободу рассматривался как уже содержащийся во всяком назначении наследником собственного раба. Раб, назначенный наследником *cum libertate,* делается *heres necessarius* (§ 273).

Что же касается *status civitatis,* то вплоть до знаменитого постановления Каракаллы (§ 99) неправоспособны были *peregrini.*

Далее, некоторые виды недееспособности устанавливались в разные эпохи с целью наказания, а в юстиниановскую эпоху — по вышеуказанным религиозным основаниям (§ 24).

К этим основаниям отсутствия завещательной правоспособности, связанным с ограничениями правоспособности общего характера, добавлялись еще другие, особые. Не обладали пассивной *testamenti factio:*

а) *personae incertae,* т. е. те, относительно личности которых завещатель не дал точных указаний («первый, кто придет на мои похороны»);

б) *postumi,* т. е. лица, родившиеся после смерти завещателя. Впрочем, принцип их общей неправоспособности стал впоследствии допускать все более значительные исключения в пользу разных категорий потомков завещателя *(postumi sui).*

Что же касается «чужого» *postumus, ius civile* сохранил твердость в том, что продолжал отрицать за ним пассивную *testamenti factio,* явно включив его в категорию *personae incertae.* Однако претор давал им, как, впрочем, и всем *postumi sui, bonorum possessio secundum tabulas.*

Относительно пассивной *testamentifactio* «юридических лиц» (§31) следует сказать следующее:

а) что ею не обладает государство *(populus Romanus),* которое также и в области отказов *mortis causa* находится в сфере действия публичного права, а не наследственных норм права частного;

б) что ее не имеют также и *municipia,* причем в силу двух причин — неприемлемости назначения наследником *corpus incertum* и невозможности его принять сразу всеми членами *{universi municipes,* всеми членами муниципия). Правда, в отношении *municipia* допускалось общее отступление от правила в области фидеикомиссов (§ 334) и

специальное — для случая принятия наследства *ab intestato* от муниципальных вольноотпущенников. Допускалось еще *bonorum possessio;*

в) к *collegia* применяются те же правила, что и к *municipia,* с той разницей, что имеется данное Марком Аврелием в явной форме разрешение получать легаты (§ 327);

г) относительно фондов *(piae causae)* юстиниановским законодательством был продиктован ряд благоприятствующих нововведений, которые имели целью обойти «неопределенность» адресатов (бедные, заключенные и т. д.), принимая во внимание благочестие цели. Аналогичные благоприятные распоряжения были даны Юстинианом в отношении наследования отказов, сделанных в пользу Божества, Святых и Церкви или отдельных церквей и монастырей.

Пассивная *testamenti factio* была необходима во всех трех ситуациях (как можно предполагать несмотря на двусмысленность указания D. 28.5.50.1): составления завещания, смерти завещателя и принятия наследства.

§ 298. *Capacitas* (правомочность)

Некоторые категории лиц хотя и наделены пассивной *testamenti factio,* а значит, упоминание их в завещании имеет действенную силу, на деле не в состоянии принять наследство или отказ, сделанный в их пользу, потому что они поражены особыми запретами со стороны специальных законов. В этом случае говорят об отсутствии *capacitas {capere non possunt,* «не могут получать *mortis causa»).*

Данное понятие стало разрабатываться римской юриспруденцией на основании законов *Iulia de maritandis ordinibus* и *Papia Poppaea,* которые были проведены Августом в связи с осуществлением им активной демографической политики. Эти законы запрещали *capere:*

а) холостякам, незамужним, вдовам, разведенным — при условии, что они не вступят в брак в течение 100 дней (в течение двух лет для вдов и полутора лет для разведенных);

б) *orbi,* т. е. бездетным (фактически — не имевшим трех детей) супругам — в половинном размере той доли, что им передавалась;

в) *pater solitarius* (вдовцу с детьми) — в неизвестном нам отношении.

Доли наследства или завещательные отказы, оставшиеся таким образом свободными, назывались *caduca,* выморочными, и причитались сонаследникам, которые были родственниками завещателя по восходящей и нисходящей линии вплоть до третьей степени, в отсутствие же таковых — прочим лицам, указанным в завещании, которые отвечали требованиям данных законов *{caducorum vindicatio).* Впоследствии на основании одного постановления Антонина Каракаллы все

caduca переходили в фиск, кроме случая, когда имелись упоминавшиеся родственники в пределах третьей степени.

Тот, кто приобретает *caducum,* возлагает на себя обязанности, которыми завещатель обременил неправомочного *(caduca cum suo onere fiunt).*

Весь режим *caduca* был упразднен Юстинианом в соответствии с покровительством безбрачия и неприятием повторных браков, которыми вдохновляется христианское законодательство.

§ 299. Недостойность

Недостойность образует третью форму неправоспособности получать по завещанию. Недостойный обладает пассивной *testamentifactio,* а значит, может быть предусмотрен в завещании; у него имеется *capacitas,* а значит, он может приобретать наследство или завещательный отказ; однако он не в состоянии «удержать» сделанное приобретение, которое поэтому оказывается *ereptum,* выхваченным *(eripere, auferre,* «уносить») фиском. Вследствие этого приобретение называется *ereptorium.* Недостойность имеет последствия также и для преемства *ab intestato,* хотя она не оказывает влияния на само качество наследника, как и на результаты наследственного слияния (§ 279).

Список случаев недостойности настолько же обширен, насколько неясен. Более того, отдельные входящие в эту категорию случаи подвергаются значительным изменениям в разные исторические эпохи и не избавлены от воздействия фискальных мотивов.

Упомянем наиболее важные.

Некоторые источники упоминают о тягчайших проступках, совершенных недостойным в отношении *de cuius,* — таких, как убийство (или покушение на жизнь) оставляющего наследство, невозбуждение юридического преследования лиц, повинных в его смерти, создание препятствий применению пыток к рабам, которое предписывалось с целью обнаружить среди них убийцу *(S. C. Silanianum),* тяжкие обвинения, выдвинутые против *de cuius* или с целью опорочить его память, применение к нему принуждения, нарушившего его завещательную свободу, и т. д.

Другие случаи недостойности определяются санкциями за определенные незаконные действия, в особенности за недозволенные половые связи и совершение актов в обход законов.

§ 300. Формы завещания

А) Наидревнейшие формы

В наиболее архаическую эпоху были известны две формы завещания, и обе они требовали участия всего народа *civitas.* И действитель-

но, первое завещание *(testamentum calatis comitiis)* заключалось в торжественном назначении наследника, совершавшемся перед «куриатными комициями», которые с этой целью два раза в год собирались на форуме. Второе *{testamentum inprocinctu)* состояло в аналогичном заявлении, совершавшемся не в те установленные дни, а перед лицом войска, выстроившегося с оружием в руках: ведь войско, собственно говоря, было не чем иным, как тем же самым народным собранием, только в военизированном его аспекте. Неясно, должны ли были комиции лишь принять к сведению акт назначения или также и одобрить его. Впрочем, первое мнение более предпочтительно.

Поводом для оживленных научных дискуссий является вопрос о том, чем оправдываются эти наидревнейшие формы завещания. В соответствии с гипотезой, которую можно считать преобладающей, аналогия в строении *testamentum calatis comitiis* и процедуры *adrogatio* (§121) наводит на мысль о том, что к ней (а значит, и к *testamentum inprocinctu)* мог прибегнуть *pater familias,* у которого не имелось природных наследников (законных потомков по нисходящей линии, которые назывались *heredes sui,* § 318), но который желал обеспечить себе преемника в условиях архаического режима, при котором было еще невозможно передавать имущество за пределы семейного круга. Впрочем, разные названия двух этих актов (а также некоторые, возможно, имевшие место формальные различия) наводят также и на предположение, что *testamentum* и *adrogatio* — это неизменно разные институты и поэтому первое изначально использовалось для назначения *heres,* в том числе и при наличии *sui.*

§301. Б) Предклассические и классические формы

Тот, кого события захватывали врасплох и ему необходимо было сделать завещание, когда комиции не собирались и не устраивалось войсковой сходки, прибегал, как рассказывает Гай *(Inst.* 2.103), к особому предложенному юриспруденцией акту, называемому *«mancipatio familiae».* Он заключался в особенном применении *mancipatio* (§ 148): *pater familias* манципировал *familia* (в архаическом значении «имущества») своему доверенному лицу *(familiae emptor),* который считался *heredis loco,* и *inter vivos* приобретал особые полномочия, позволявшие ему, когда придет время, передать отдельные составляющие *familia* объекты лицам, назначенным тем, кто совершил акт. Впоследствии юриспруденция, чтобы сделать возможной прямую передачу *familia* в руки *heres,* предложила использовать *mancipatio* лишь в качестве обходного формального средства для того, чтобы оправдать произнесенную завещателем *nuncupatio* (т. е. торжественное заявление, дополняющее *mancipatio;* стала допускаться *ab antiquo,* чтобы уточнить последствия

манципации или ввести их в определенные рамки). Это повлекло за собой изменение в строении акта, вызвавшее к жизни обычную форму завещания согласно *ius civile,* которое называлось *«testamentum per aes er libram»* и полностью заменило две изначальные публичные формы. В результате *familiae emptor* и *libripens* сделались, в сущности говоря, свидетелями, что *довело их количество вместе с пятью, требовавшимися* по *mancipatio,* до знаменитого числа семь. В их присутствии завещатель, выполнив формальную *mancipatio,* произносил *nuncupatio,* в которой устно и торжественно назначал наследника.

Со временем усложненность процедуры, но прежде всего требование секретности содержания завещания заставили появиться на свет, наряду с этой всецело устной формой, другую, смешанную, при которой завещатель, после того как он проявил свою волю, прибегнув к табличкам *(tabulae testamenti),* завязав их *linum,* нитью, и дав скрепить их своими печатями семи свидетелям *(tabulae septem signis signatae),* прибавлял к этому устную форму *mancipatio* и *nuncupatio testamenti,* в которой он, однако, уже не разглашал свою волю, а лишь торжественно подтверждал содержание *tabulae.* Следует, однако, не упускать из виду, что действительность завещания неизменно происходила из устной *nuncupatio,* в то время как *tabulae* имели значение лишь доказательства содержания, но сами по себе завещания не составляли.

Впрочем, в тех случаях, когда *tabulae* отвечали предъявлявшимся претором требованиям несомненной подлинности и полноты, он принимал решение о том, чтобы предоставить *bonorum possessio* (которое называлось поэтому *secundum tabulas,* § 293) вне зависимости от того, имело ли место устное произнесение *nuncupatio* и по правилам ли оно было произведено.

Поэтому в общественном сознании *tabulae septem signis signatae* стали рассматриваться как самостоятельная форма завещания, защищаемая претором, и потому названная в науке «преторское завещание». Так впервые произошло признание письменной формы завещания, со всеми принципами подлинности, вскрытия, отзыва и т. д., которые связаны с письменностью.

§ 302. В) Послеклассические формы

Естественно, что цивильная и преторская формы завещания продолжали существовать одна рядом с другой на всем протяжении классической эпохи, и принципы, разработанные в связи с *bonorum possessio secundum tabulas,* как обычно, оказывали влияние на цивильное завещание.

В послеклассическую эпоху, в соответствии с характерным для этого времени общим ходом правовой эволюции (§ 6 В), имели место, с

одной стороны, упадок торжественной цивильной формы, а с другой — слияние двойственных последствий (цивильно-преторских), повлекших за собой *tabulae,* в едином понятии «завещания», которое можно совершать как угодно, хоть устно, хоть письменно, причем это будет иметь одинаковую силу.

Наряду с этими двумя формами частного характера вводятся еще и публичные, т. е. совершаемые при участии должностных лиц или самого императора.

§ 303. Г) Юстиниановские формы

В силу исторического развития, которое было описано до сих пор, сфера завещательных форм была подвергнута в юстиниановском праве следующей систематизации.

Прежде всего здесь введено различие частных и публичных форм. Частные завещания бывают устные и письменные. Устная форма совершается посредством заявления, сделанного завещателем в присутствии семи свидетелей. Среди письменных форм выделяют «холограф», т. е. завещание, полностью написанное рукой завещателя и подписанное им, и «аллограф», т. е. завещание, продиктованное завещателем и им только подписанное. В том и другом случае неизменно принимают участие все те же семь свидетелей.

Письменная форма носит у Юстиниана название *testamentum tripertitum* (трехчастное), поскольку она заимствует регулирующие ее принципы из трех разных режимов *(ius civile,* преторское право и постановления императоров).

Публичные формы заключаются в занесении завещания в официальные книги записей, которые ведут провинциальные или городские власти *{apud acta),* или в сдаче завещания в императорскую канцелярию *(principi oblatum).*

§ 304. Д) Особые формы

Заключаются в добавлении восьмого свидетеля для слепого и неграмотного; в снижении числа свидетелей до пяти, когда завещание составляется в сельской местности *(mun conditum);* в отказе, в случае эпидемии *{pestis tempore),* от требования одновременного присутствия всех свидетелей в одном месте.

§ 305. *Testamentum militis* (воинское завещание)

В серии императорских *mandata,* повторявшихся одним принцепсом за другим, начиная с Тита (однако в источниках говорится о наличии прецедента, который приписывается Юлию Цезарю) и до Траяна, подтвердившего это окончательным образом, «наидостойнейшим

и наивернейшим братьям по оружию» *(«optimifidelissimique commilitones»)* предоставлялось *«ius singulare»* (§ 10), которое освобождало их от соблюдения завещательных форм, установленных для гражданских лиц *(pagani)*. Таким образом, военнослужащие могли завещать *«quomodo vellent, quomodo possent»,* «как захотят и как смогут», т. е. в самых разнообразных формах, которые, как правило, принимали во внимание формы, принятые в странах, откуда они происходили, поскольку войско было в значительной степени составлено из иностранцев.

Исключения же из правил, касающихся формы, в очень скором времени, как это обыкновенно случается, распространились и на правила, касающиеся сути завещания, так что военнослужащий оказался освобожденным от соблюдения всех принципов, даже основополагающих, в отношении общего завещательного права (допускалось, к примеру, сосуществование преемства по завещанию и без завещания, § 272; в завещании могло не соблюдаться *heredis institutio,* § 306; недействителен был принцип *semel heres semper heres,* § 272; неупоминание *sui* не делало завещание ничтожным, § 323, и т. д.).

В юстиниановском праве основания для таких поблажек изменились, поскольку ими могли пользоваться, с одной стороны, уже не военнослужащие как таковые, а лишь находившиеся в районе военных действий, с другой же — ими могли пользоваться и гражданские лица, когда они следовали за действующей армией.

Таким образом, *testamentum militis* представляет собой нечто большее, чем просто необычная форма завещания, это есть особое завещательное право.

§ 306. Содержание завещания
A) *Institutio heredis*

Назначение наследника представляет собой, как было сказано (§ 295), «необходимое и достаточное» содержание всякого завещания. Кроме того, это есть *«caput et fundamentum totius testamenti»* («начало и основание всего завещания») в том смысле, что оно должно быть сделано в начале завещания и действительность всех прочих распоряжений, которые могут там содержаться, зависит от этого распоряжения. Назначение наследника должно совершаться в торжественной и повелительной форме *(«Titius heres esto»,* «да будет Тиций наследником», или же *«Titium heredem esse iubeo»,* «повелеваю, чтобы Тиций был наследником»).

Однако в ходе шедшего вперед истолкования юриспруденция ослабила несокрушимую твердость этих древних принципов — непосредственно или через обходные пути преторского эдикта либо императорской канцелярии. Что касается формы, то постепенно стали допускать

использование других равнозначных слов, а также эллиптических выражений, вплоть до крайнего случая одного-единственного слова («Луций»). Что же до сути, то стала признаваться практическая действенность иных завещательных распоряжений (легаты, манумиссии), содержащихся в завещании, даже в том случае, когда *heredis institutio* оказывалась недействительной и безрезультатной. Так что архаическое правило, по традиции дожившее вплоть до Дигест, оказалось теперь, в сущности, упразднено.

Кроме того, юриспруденцией в порядке толкования права допускается, чтобы личность наследника была указана с помощью описательного выражения или с добавлением личных характеристик. Неточность таких указаний *(demonstrationes)* не делала назначение наследника недействительным *(«falsa demonstratio non nocet»),* лишь бы они не создавали сомнений относительно того, кто эта личность.

Наконец, стало допускаться, чтобы завещатель в явной форме оставил за собой указание имени наследника в особом документе («кодицилл», § 317).

Диспозиция, обратная назначению, — это «лишение наследства» *(exheredatio),* которое требовалось иногда под страхом ничтожности завещания в случае отсутствия соответствующего распоряжения. И действительно, когда завещатель желал назначить лишь одного или некоторых из *sui heredes* (т. е. из своих потомков, находящихся *in potestate),* он должен был в явной форме лишить наследства всех прочих (§ 323).

§ 307. Б) Назначение сонаследников

Завещатель может назначить более одного наследника, по отдельности или «совместно» (§ 289), порождая тем самым сонаследование по завещанию (§ 284). С этой целью, как сказано, наследственное имущество *(«асе»)* оказывается разделенным на доли, обычно выражаемые в двенадцатых *(unciae).* Если завещатель не определил доли каждого наследника, предполагается, что назначение произошло в равных долях; если при назначении долей величина асса оказалась превышенной, доли уменьшаются с сохранением пропорционального отношения между ними.

§ 308. В) *Institutio «excepta re»* и *«ex certa re»*

Если завещатель распорядился, чтобы из преемства наследника была исключена определенная вещь *(res excepta) или,* напротив, чтобы преемство имело место именно в отношении определенной вещи *(certa res),* такое назначение с точки зрения *ius civile* ничтожно, потому что приходит в противоречие с универсальным характером наследственного преемства. Но поскольку такая ничтожность привела бы к утрате

силы всего завещания (§ 306), юриспруденция (Сабин) из благожелательности к завещанию допустила, что назначение следует считать действительным, а все ограничения в отношении *res certa* не надо принимать во внимание *(detracta rei certae mentione),* как если бы наследник полагал себя преемником из целого асса. Тем самым завещание оказывалось спасенным, пускай даже воля завещателя не была полностью уважена. Это неудобство попыталась обойти, в пределах возможного, юриспруденция времени Северов, предложив судье по *actio familiae erciscundae* (§ 287) в случаях раздела общего наследства, где было предусмотрено назначение *ex certa ге,* принять во внимание при формировании долей указания завещателя, внеся в долю того, кто был назначен *ex certa re,* эту самую вещь.

Юстиниан разрешил данную проблему еще более решительным образом, поскольку расценил назначение *ex certa re* как «прелегат» (§ 328).

§ 309. Г) Обычное подназначение *{substitutio vulgaris)*

На тот случай, если назначенный наследник не захочет или не сможет принять наследство, завещатель мог заменить его вторым наследником *(substitutus),* который будет призван только в том случае, если окажется выполненным условие отсутствия назначенного наследника. Поэтому, кроме исключительных ситуаций, назначенный и подназначенный наследники не могут участвовать в преемстве одновременно. Допускается также замена второй и третьей степени, т. е. назначение второго подназначенного наследника на тот случай, если наследство не примет первый, и т. д.

Подназначенный наследник рассматривается в качестве прямого наследника завещателя, поэтому вначале он не должен был принимать на себя те тяготы, которыми завещатель в явной форме обременил первого назначенного наследника. Однако впоследствии в одной *oratio Severi* было установлено, что подназначенный должен также предоставить легаты, которые были возложены на назначенного наследника, если только не имеется явных доказательств того, что воля завещателя была обратной.

Подназначение, о котором мы рассказали, как более распространенное, было названо интерпретаторами *«vulgaris»,* «обычным», дабы отличить его от так называемого подназначения малолетнему, о котором речь ниже.

§ 310. Д) «Подназначение малолетнему» *(substitutio pupillaris)*

Завещатель, который назначил наследником собственного несовершеннолетнего сына *in potestate,* на случай, если тот умрет прежде,

чем достигнет совершеннолетия (т. е. прежде, чем сможет в свою очередь составить завещание, § 296), мог назначить его наследником другое лицо, которое в науке называют «наследником малолетнего».

В отличие от обычного подназначения (при котором назначенный наследник и подназначенный исключают друг друга) здесь имеют место два наследственных перехода: первый от *pater* к несовершеннолетнему *filius* и второй — от сына к подназначенному наследнику. Так что этот последний вступает в юридическую ситуацию несовершеннолетнего, которая в свою очередь вследствие имевшего место «слияния» (§ 279) охватывает также и ситуацию завещателя.

В юриспруденции происходили пространные обсуждения усложненного догматического строения этого института, в первую очередь с тем, чтобы попытаться прояснить, имели ли здесь место единство или двойственность завещания и наследования и следовало ли подназначенного наследника считать наследником *pater* или *filius.*

«Подназначение малолетнему» (которое называют еще *secundae tabulae,* «второе завещание») базируется на *patria potestas,* которая продолжается и за пределами жизни *pater familias* и потому обусловлена существованием таковой власти. Цель института заключается в том, чтобы избежать передачи преемства наследникам по закону в том случае, если сын умрет, не будучи в состоянии завещать.

Тот же институт, примененный к случаю немого или *furiosus* сына, называется в науке «*substitutio quasi pupillaris*».

§ 311. Е) Подназначение по фидеикомиссу

С утверждением института «фидеикомисса» (§ 334) юриспруденция стала допускать, чтобы *pater familias* при назначении наследника прибавил сюда просьбу *(rogatio)* о том, чтобы тот по его смерти передал наследство указанному им лицу.

Бесконечная последовательность подназначений по фидеикомиссу, которые устраивались завещателем, главным образом для того, чтобы навсегда закрепить имущество в руках своих потомков по нисходящей линии вплоть до бесконечности, порождала так называемый семейный фидеикомисс, который имел такое большое значение в средневековом праве и запрещен современным законодательством, поскольку противоречит свободе завещательного распоряжения.

§ 312. Ж) Легаты и фидеикомиссы

Среди прочих завещательных распоряжений особенно выдающееся место занимают «легаты» и «фидеикомиссы», которые заключаются в распределении отдельных прав в связи с наследством. Отсылаем читателя к подробному рассмотрению этих институтов (§ 327, 334).

§ 313. 3) Прочие распоряжения (отсылка)

Кроме того, завещание могло содержать другие различные распоряжения — такие, как *tutoris datio* (§ 126), *manumissio* (§ 89), просьба о *legitimatio per rescriptum principis* (§ 120), в отношении которых следует обратиться к соответствующим *sedes materiae,* т. е. разделам.

§ 314. Открытие завещания

Применительно к частным, составленным с соблюдением тайны завещаниям императорское законодательство, начиная с Августа, установило целый ряд менявшихся со временем положений, которые регламентировали режим их открытия. Эти положения, достаточно подробные, касавшиеся сроков и способа открытия завещания, а также свидетелей, имели двойную функцию — гарантировать подлинность завещания и его содержания и обеспечить фиску поступление налога на наследство. Надо полагать, что эти нормы не применялись к завещаниям, сделанным в устной форме, к частным, но открытым, и к публичным завещаниям (§ 300—303).

§ 315. Недействительность и безрезультатность завещания

Случаи, когда завещание не достигает своей цели, так что возникает «законное» преемство, имеют, с точки зрения юридической, различный характер и приводят к разным техническим следствиям.

Первый случай — когда завещание ничтожно *{nullius momenti, inutile)* изначально, *ab initio,* в соответствии с тем же *ius civile* — либо вследствие изначального отсутствия активной *testamenti factio* (§ 296), либо в связи с дефектом формы *{testamentum iniustum, irritum, non rite factum,* § 300 слл.), либо из-за нарушения существенных норм, относящихся к его содержанию (например, § 308).

Второй случай — когда завещание было вполне действительно в момент своего составления, однако сделалось недействительным потом *(testamentum ruptum,* «разрушенное завещание») по основаниям, наступившим впоследствии. В число таких оснований входит последующая утрата активной *testamentifactio* (§ 296) или последовавшая *adgnatio* (прирождение), поскольку в семье появился *postumus* (§ 297), который не предусматривался в завещании (§ 323). В исключительных случаях допускалась «конвалидация» наступившей впоследствии недействительности.

Третий случай — это завещание, которое хотя и действительно с точки зрения *ius civile,* но может быть оспорено так, что это будет иметь цивильные следствия *(querella inofficiosi testamenti,* «жалоба на недолжное завещание», § 325). Такое оспаривание может исходить и со стороны преторского права, как это имело место, в частности, когда

воля завещателя подверглась искажению по злому умыслу, в связи с насилием или, в более редких случаях, из-за ошибки *(falsa causa)* — в этих случаях имеет место «отменимость» (§ 59) завещания. Но тот же самый результат имел место на практике и тогда, когда, хотя формально завещание оставалось в силе, претор давал *possessio contra tabulas* (§ 293), с тем чтобы защитить положение когнатских родственников.

Можно, наконец, говорить о простой безрезультатности в том случае, когда завещание, хотя оно совершенно действительно, не влечет никаких практических следствий, потому что назначенный в нем наследник не принимает наследство *(testamentum destitutum,* или *desertum,* «покинутое», или «брошенное завещание»).

Недействительность может затронуть все завещание или отдельные содержащиеся в нем диспозиции («частичная недействительность»). Следует, однако, вспомнить, что недействительность, которая поражала одно только назначение наследника, влекла за собой недействительность всего завещания (§ 306 и там же — об упадке этого архаического правила).

§ 316. Отзыв завещания

Поскольку завещание — документ, по самой своей сути подлежащий отзыву, завещатель может вплоть до последнего своего дыхания *{«usque ad supremum vitae exitum»)* изменить свою волю. В соответствии с од *civile,* руководствовавшимся формальным правилом *contrarius actus* (обратного действия), отзыв может осуществиться лишь посредством последующего действительного завещания, а отсюда следует, что следующее завещание отменяет предыдущее *in toto,* целиком, даже если получилось так, что в нем не содержится распоряжений, не совместимых с теми, что были в первом.

Впрочем, также и в отношении этих принципов усилиями юридической науки, преторов и императоров были впоследствии мало-помалу установлены очень серьезные исключения. С одной стороны, в довольно многочисленных конкретных случаях было признано отменительное действие актов, сознательно совершенных завещателем, чтобы отозвать предыдущие распоряжения, однако отличных от составления нового завещания — таких, например, как уничтожение завещания, отмена всех или некоторых содержавшихся в нем распоряжений, отчуждение вещи, оставленной по легату (§ 332). С другой стороны, было допущено, что последующее завещание не обязательно отзывает все распоряжения предыдущего, а лишь те, что не совместимы с новыми, так что разные распоряжения, продиктованные завещателем в двух последующих завещаниях, которые возможно было совместить, складывались и дополняли друг друга.

В юстиниановском собрании, хотя в силу исторической традиции и сохраняется упоминание архаического правила в отношении отзыва, все же можно усмотреть как фактически имеющий силу противоположный принцип — отзывности завещания посредством ряда актов, ясно свидетельствующих о *contraria voluntas,* противоположных намерениях.

§ 317. Кодициллы

Данный институт ведет свое происхождение от обычая, получившего распространение начиная с последних лет существования республики, составлять в дополнение к собственно завещанию отдельный документ, где как бы в приложении фиксировались распоряжения, которые своевременно не смогли войти в завещание. Эти документы *(codicilli,* т. е. маленькие *codices)* впервые получили признание у Августа, в одно время с «фидеикомиссом», который чаще всего в них содержался и был здесь самым важным элементом (§ 334).

Впоследствии на практике признание стало распространяться на все кодициллы, хотя бы они и не были «заверены» в завещании и даже вне зависимости от существования самого завещания.

Судебная защита их осуществлялась, в соответствии с характером императорского признания, путем *cognitio extra ordinem* (§ 81).

Таким образом, в классическую эпоху различали *«codicilli testamentarii»* и кодициллы *«ab intestato»,* в отсутствие завещания. Первые в свою очередь могли быть *testamento confirmati* (т. е. упомянутые в завещании) или *non confirmati.* Различие между этими категориями имеет большое значение с точки зрения возможного содержания кодициллов. В самом деле, кодициллы *testamento confirmati,* которые рассматривались в качестве неотъемлемой части завещания, могли содержать все те распоряжения, которые допускались и в самом завещании (легаты, манумиссии и т. д.), за исключением наиболее важного — назначения наследника. Впрочем, допускалось, чтобы в кодицилле было названо имя наследника, который был назначен в завещании. Прочие же кодициллы *{non confirmati* или *ab intestato)* могли содержать одни лишь фидеикомиссы.

Что касается предъявляемых требований, то и для кодициллов необходимо обладание активной *testamenti factio* (§ 296), но не требуется соблюдение предписанной формы: это одна из главных особенностей, отличающих кодицилл от завещания. Так что достаточной оказывается одна только воля, в какой бы форме она ни была проявлена. Это привело к утверждению на практике так называемой кодицилльной оговорки, т. е. внесенной в завещание оговорки, где было сказано, что если завещание это не будет иметь силы в качестве такового, оно по

крайней мере будет действительно в качестве кодицилла. Оговорка эта была настолько распространена, что в конце концов стали считать, что она подразумевается во всяком завещании.

Однако в послеклассическую эпоху эти два института стали сближаться, пока, наконец, не слились. И в самом деле, с одной стороны, формализм завещаний стал ослабевать, и в то же время на кодициллы, чтобы обеспечить их подлинность, стали распространяться некоторые требования в отношении формы, главным образом относительно присутствия свидетелей. С другой стороны, исчезло важное различие в процессуальной защите, поскольку все суды сделались теперь *extra ordinem*. Так что становится понятно, почему Феодосии мог полагать, что один и тот же акт можно считать действительным, на выбор заинтересованного лица, либо как кодицилл, либо как завещание.

Глава XIII.
Открытие наследства «по закону»

§ 318. Система преемства *ab intestato* в Законах XII таблиц

Когда из-за отсутствия или недействительности завещания преемство по завещанию не может иметь места, открывается призвание к наследству *ab intestato* в пользу ближайших родственников *de cuius*. Естественно, что в архаическом римском праве тип родства, принимаемый во внимание с такой целью, — это родство агнатское (§ 122) вследствие юридической безотносительности кровного родства.

Законы **XII** таблиц устанавливают в этой связи три очереди, *ordines,* призываемых: *sui, adgnati* и *gentiles* («сородичи»). Таким образом, *suus heres* (§ 273) исключает *adgnatus proximus,* а тот в свою очередь исключает *gentiles*.

Sui — это потомки, находящиеся *in potestate,* и женщины *conventae in manum* (§ 109). Как поясняет Гай *(Inst.* 2.157), они зовутся *sui heredes* потому, что являются как бы наследниками самих себя, поскольку еще при жизни *pater* были в некотором смысле как бы собственниками домашнего имущества, в создание которого они внесли вклад своими приобретениями [1].

Все *sui* наследуют в равных долях, независимо от степени родства с *de cuius,* однако вступают в преемство *per stirpes* («по корням», по линиям родства), а не *per capita,* не «по головам». Это означает, что в

[1] Эта достаточно вольная интерпретация Гая отражает распространенное понимание квалификации наследников из подвластных в качестве *«quodammodo domini»* («в некотором роде собственников») еще при жизни домовладыки как результат их соучастия в создании семейного имущества. Такая трактовка, не в последнюю очередь обязанная трудовой теории собственности, противоречит универсальному характеру этой квалификации (приложимой и к малолетним, и к калекам и т. д.), а также игнорирует значение слова *«dominus»,* в котором персонифицируется *domus* как особая социальная единица. Слова Гая призваны объяснить распространенное среди римских юристов понимание «домашнего преемства» *(«domestici heredes»)* как *«continuatio dominii»* (продолжение собственности-господства, главенства в доме) и выражают, видимо, единство и юридическую тождественность субъекта, сохраняющуюся при наследственном преемстве и воплощающуюся в нем. Такое понимание, утверждающееся в последнее время в романистике, согласуется с единством *potestas* в семействе и единством нормативного основания правосубъектности *(ius)* всех членов *familia.* Их *personae* в системе гражданских связей воплощают единое *ius,* признанное за домовладыкой: если он — *persona sui* /ига, то домочадцы — *personae alieni iuris.*

наследстве образуется столько долей, сколько имеется побочных линий, исходящих от *de cuius* (§ 123).

Напротив того, преемство *adgnati* происходит *per capita:* ближайший из них исключает всех принадлежащих к следующей степени '.

Преемство *gentiles* реализуется в пользу *Всехpatresfamilias,* принадлежащих к тому же *gens,* что и *de cuius.*

Во всех трех случаях применяется принцип *«in legitimis hereditatibus successio non est»* («при законном наследовании трансмиссия не применяется»), в соответствии с которым в случае, если призванный к наследству не приобретает его, призвание к наследству не переходит на следующее по степени родства лицо, как не переходит оно и на родственников следующей очереди, *ordo,* а наследство остается незанятым.

При преемстве имущества вольноотпущенника после *sui* правом на призвание к наследству взамен *adgnati* (которых у вольноотпущенника быть не может) располагает патрон *(Ьона,* § 94).

§ 319. Система эдикта в отношении *Ьоногит possessio sine tabulis*

По мере признания важности *cognatio* (§ 122) несправедливыми стали казаться исключение эманципированных детей (§ 103) из числа призываемых и полное непризнание наследственных ожиданий прочих когнатских родственников (т. е. по женской линии) и пережившего супруга. Поэтому претор установил порядок, в соответствии с которым при отсутствии завещания он предоставлял *Ьоногит possessio {sine tabulis,* § 293). Среди тех, кого призывают к наследству в этой связи, выделяется четыре очереди:

1) *Unde liberi* (т. е. призвание происходит *«ex eaparte edicti unde liberi vocantur»,* «на основании той части эдикта, в которой призываются дети»). Охватывает всех детей, как *in potestate,* так и эманципированных. В случае наличия двух групп детей применяется «складчина» (§ 290).

2) *Unde legitimi* («законные»). Охватывает наследников, прежде призывавшихся по Закону XII таблиц. Но поскольку *sui* входят в первую категорию, а от *gentiles* уже давно нет и помина, данная категория фактически ограничивается одними *adgnati.*

'*«Per capita»,* собственно, выражает тот порядок, что наследственная масса делится равно по числу агнатов одной степени, призванных к наследству, тогда как при «поколенном» преемстве *(per stirpes)* наследников из подвластных она делится на равные доли между линиями, независимо от числа наследников в каждой из них. Например, сын и внуки от другого сына, погибшего или эманципированного до открытия наследства, поделят наследство пополам, так что внукам наследодателя достанется доля, следовавшая их отцу. Это так называемое наследование по праву представления, изложенное подробнее в § 321.

3) *Unde cognati* («родственники»). Охватывает всех кровных родственников, которые не являются в то же время *adgnati,* по степени близости.

4) *Unde vir et uxor* («муж и жена»). В отсутствие *cognati* к *bonorum possessio* призывается переживший супруг, вступавший в брак *sirte manu* (§ Ю9).

В том случае, когда право на *bonorum possessio* давалось не тем же лицам, которые обладали правом на *hereditas* в соответствии с *ius civile, bonorum possessio* было вначале *sine re,* впоследствии — *cum re* (§ 293).

В отличие от цивильной системы (§318) претор допускал последовательный переход (трансмиссию) права принять наследство от одной очереди к другой и от одной степени к другой *(successio ordinum et graduum).*

Преторский порядок претерпевал изменения, причем достаточно замысловатые, также и в случае смерти вольноотпущенника, в связи с возможным *bonorum possessio* патрона и его потомков.

§ 320. Реформы императорского времени

Реформы эти были направлены на то, чтобы с большей действенностью защищать правовое ожидание наследства кровными (когнате - ками) родственниками. Главным случаем, который следовало пересмотреть, было преемство между матерью и сыном. Вовсе исключенное в рамках цивильной системы, если сын рождался в браке *sine manu* и потому не являлся агнатом собственной матери, оно было допущено в преторской системе, но лишь в категории *unde cognati,* т. е. после разряда *adgnati.*

Относящийся к эпохе Адриана *S. C. Tertullianum* наделял мать правами на *hereditas* сына сразу вслед за *sui,* отцом и братьями, однако с предпочтением перед прочими *adgnati.* Обратное преемство сына матери (преимущественно перед кем бы то ни было) было установлено *S. C. Orphitianum,* принятым в конце II в. н. э.

Последующие императорские реформы облегчили преемство матери, освободив ее от требования *ius trium liberorum* («право трех детей»), установленного законами *Iulia et Papia* (§ 298 и 131), и допустили преемство между *cognati* также и по боковой линии (§ 123).

§ 321. Юстиниановская система

Преемство *ab intestato* было объектом неустанной опеки Юстиниана, который провел его окончательную органичную систематизацию в своих знаменитых Новеллах — *Nov.* 118 и 127. Порядок призвания к наследству, основанный, естественно, на кровном родстве, следующий:

1) Потомки (по мужской и женской линии).

Если все потомки принадлежат к одной и той же линии (сын, внук, правнук и т. д.), ближайший потомок исключает последующих. Если же потомки принадлежат к нескольким линиям (например, двое сыновей, каждый со своими потомками), то образуется столько наследственных долей, сколько линий, и в каждой линии ближайший потомок *de cuius* исключает последующих (преемство *perstirpes)*. Доли, причитающиеся разным *stirpes,* не подлежат передаче между ними, так что если в момент открытия преемства главы одной линии уже нет в живых, доля, причитающаяся его линии, не прирастает к долям родственников той же степени прочих линий, а передается потомкам уже умершего главы линии, которые призываются к преемству как его «представители».

Если, например, умирает А, а его потомки делятся на две линии — одну во главе с ныне здравствующим сыном Б и другую во главе с уже умершим сыном В, который в свою очередь оставил двух сыновей Г и Д, наследственный асе А будет разделен на две доли, из которых одна (1/2) причитается сыну Б, а другая будет разделена на равные части (по 1/4 каждому) между Г и Д, которые являются преемниками по праву представления своего покойного отца В.

2) Предки (по отцовской и материнской линии) в порядке степеней родства. Они конкурируют с родными братьями и сестрами *de cuius*. Если родственников, находящихся в одной степени родства, несколько, наследство делится по линиям (отцовской и материнской), а внутри них — поголовно.

3) Братья и сестры, даже если родство неполное (т. е. имеют лишь одного общего родителя), призываются к наследству поголовно; их потомки — по линиям.

4) Прочие побочные — поголовно, в порядке степеней.

Одна степень исключает последующую. Однако *successio ordinum et graduum* допускается.

Несмотря на молчание на этот счет упомянутых Новелл, следует иметь в виду, что продолжает существовать, при отсутствии других родственников, преемство здравствующего супруга. Специальное внимание Юстиниан уделил бедной вдове, которой была пожалована в качестве обязательной доли четверть имущества мужа либо, при наличии детей, доля узуфрукта.

§ 322. Так называемое преемство вопреки завещанию, или необходимое преемство

В современном праве понятие «преемство вопреки завещанию», или «необходимое преемство», состоит в том, что некоторые родичи *de cuius,* ввиду связывающих их тесных родственных уз, должны преемствовать ему по необходимости, даже против его воли. Поэтому,

составляя завещание, *de cuius* обязан «выделить» им долю в наследстве *(«законная доля»)*. Если же он этого не исполнит, вмешается закон, который уменьшит завещательные распоряжения так, чтобы доля «законных» наследников оказалась неприкосновенной.

Римское право подошло к такому *порядку лишь постепенно,* в ходе исторического развития, к характеристике которого мы теперь и приступаем.

§ 323. Формальное «необходимое преемство»

Ius civile не признает никакого необходимого преемства родичей как такового (за исключением, быть может, изначального запрета оставлять завещание, когда имеются *sui,* § 300), поскольку в преемстве без завещания оно не признает никаких родственных уз кроме тех, которые совпадают с *adgnatio* (§ 122), в преемстве же по завещанию установление каких-либо ограничений *для* свободной и суверенной воли завещателя немыслимо. Единственная гарантия, которую ***ius*** *civile* давало *sui* как таковым (а не как родичам), заключалась в обязанности завещателя не «обойти» их, т. е. не упустить упоминания о них, либо назначив их наследниками, либо лишив наследства *(«sui aut instituendi sunt aut exheredandi», «sui* должны быть назначены наследниками либо лишены наследства»). Однако сыновья находились на особом положении среди *sui:* при лишении их наследства они должны быть перечислены поименно, под страхом ничтожности завещания, с последующим открытием преемства *ab intestato*. Для прочих же лиц *in potestate достаточно было лишения* наследства скопом *(inter ceteros,* «среди прочих»); кроме того, их неупоминание не делало завещание ничтожным, но давало обойденным право на часть наследственного имущества.

Поэтому такая данная *sui* прерогатива *порождает чисто* «формальное» необходимое преемство, ведь *suus* правом на преемство не обладает, но имеет лишь право быть упомянутым в завещании, пусть даже в роли лишенного наследства. Тем же правом не быть «обойденными» располагают *«postumi sui»* (§ 297): если они обойдены, завещание становится ничтожным с их появлением на свет *(testamentum ruptum,* § 315).

§ 324. Вмешательство *претора*. *Bonorum possessio contra tabulas*

Естественно, что неупоминание эманципированного сына не делает завещание ничтожным с точки зрения *ius civile*. Однако чтобы защитить основанное на родстве наследственное ожидание, *претор* предоставляет обойденному эманципированному сыну *bonorum possessio,* которое оказывается *contra tabulas* (§ 293). Завещание остается действительным согласно *ius civile,* однако становится безрезультатным в рамках *iuspraetorium — или* полностью, если назначенные наследники были посторонними, или час-

тично, если назначенные наследники — также когнаты той же степени, что и обойденный. В *последнем случае завещание* уязвимо лишь в той части, которая необходима для того, чтобы обеспечить обойденного наравне с назначенным *cognatus*.

Bonorum possessio contra tabulas, которое довольно скоро сделалось *cum ге* (§ 293), использовалось также и для того, чтобы вопреки завещанию обеспечить преемство между вольноотпущенником и патроном (§ 94), с прибавлением в пользу патрона двух исков *{Fabiana* и *Calvisiana),* имеющих целью аннулировать отчуждения, совершенные вольноотпущенником при жизни для того, чтобы злонамеренно обмануть патрона в его правовом ожидании причитающегося наследства.

§ 325. Материальное «необходимое преемство»

Suus, если его надлежащим образом лишили наследства, в соответствии с системой *ius civile* должен был (§ 323) удовлетвориться упоминанием, сделанным о себе в завещании. Но поскольку время не стояло на месте и вопрос стал подвергаться рассмотрению в большей степени по существу, нежели по форме, формальное необходимое преемство по *Ш civile стало представляться в* большей степени издевательством, чем гарантией.

Вследствие этого завещание, в котором близкий родич был в отсутствие справедливых мотивов обойден или лишен наследства, стало рассматриваться как *inofficiosum,* т. е. противоречащим тому *officium pietatis,* «долгу благочестия», которым должен руководствоваться завещатель по отношению к ближайшим родственникам. В таком случае они могли обратиться с просьбой о его отмене посредством *querella inofficiosi testamenti,* «жалобы на недолжное завещание», которая подлежала рассмотрению специальной судебной коллегии *centumviri.*

Многочисленные тексты *юстиннановского собрания ссылаются на color insaniae,* «безрассудную запальчивость», как на основание для подачи *querella,* все равно как если бы завещатель, охваченный несправедливым гневом, не полностью владел своими умственными способностями. Несомненно, это чисто риторическое оправдание, в обоснованности которого сомневалась еще классическая юриспруденция.

Правом на возбуждение *querella* (по отношению к наследникам по завещанию) располагают прежде всего дети завещателя, как *sui,* так и эманципированные. Когда их нет, оно дается родителям, а также братьям и сестрам. Необходимое условие этого для всех них — неполучение по завещанию по крайней мере четверти того, что причиталось бы им *ab intestato.*

После того как *querella* была с успехом применена, центумвиры выносили решение об отмене завещания, которая происходила в соответствии с *ius civile* и могла быть полной или частичной, в зависимости от

тех же самых критериев, что уже были рассмотрены для *bonorum possessio contra tabulas* (§ 324). Кроме того, необходимо отметить, что в случае частичной отмены имело место состязание между правом наследника, назначенного в завещании, и «законным» правом одержавшего верх жалобщика, а это *нарушает принцип* несовместимости двух оснований открытия наследства (§ 271).

В институте *querella* мы уже практически пришли к вышеописанному понятию «законной доли» в том смысле, что тем, кто имеет право на *querella,* завещатель в любом случае обязан выделить четверть доли *ab intestato,* если он желает сделать завещание неуязвимым для опротестования.

Право на такую долю еще ужесточается, начиная с поздней классической эпохи, посредством введения *querella inofficiosae donationis,* «недолжного дарения», а затем и *querella inojficiosae dotis,* «недолжного приданого», с помощью которых могли быть опротестованы имущественные изъятия, произведенные при жизни завещателя с целью обойти «законную долю». Завещатель может уклониться от обязанности выделить такую законную часть лишь на основании *справедливых мотивов.*

§ 326. Необходимое преемство в Новеллах

Юстиниан регламентировал данную область права в двух важных Новеллах, 18 и 115. Прежде всего он в принудительном порядке установил основания, которые оправдывали лишение наследства и таким образом снимали вопрос о «законной доле» с рассмотрения. Прежде решение об их обоснованности оставлялось на усмотрение судьи. За исключением случаев справедливого лишения наследства, «законная доля» причитается всем *потомкам и предкам и должна* быть выделена именно как доля в наследстве, а не по иному основанию. Ее общий размер разнится в зависимости от числа тех, кто имеет на нее право, но не может превосходить половины наследственного асса. В случае нарушения *portio debita,* «должной части» (при исчислении которой необходимо учитывать также дарения и выделения приданого, если они совершались), законный наследник может прибегнуть к иску, имеющему целью восстановление доли *(ad supplendam legitimam).*

Законная доля патрона была значительно урезана.

Раздел III.
Легаты и фидеикомиссы

Глава XIY.
Легаты

§ 327. Понятие

Легат (завещательный отказ) представляет собой содержащееся в завещании или в заверенном кодицилле (§ 317) распоряжение по поводу последней воли, которым завещатель присваивает субъекту, обычно отличному от наследника, отдельные вещи, или отдельные права, или комплекс вещей и прав, обременяющих наследство.

Разница между «легатом» и «долей наследства» заключается в следующем. Доля наследства, даже если она конкретно выражается в какой-то одной вещи, всегда влечет за собой «универсальное преемство», а *потому в связи с ней наследник неизменно* вступает в ту юридическую ситуацию, в которой находился *de cuius,* с тем важнейшим следствием, что происходит «наследственное слияние», а значит, неограниченная ответственность за пассивы по наследству (§ 279). В то же время легат, даже если он охватывает значительную часть наследственного имущества или охватывает его целиком, неизменно влечет за собой «сингулярное преемство» (§ 11) в объеме отдельных прав, которые и образуют его содержание.

Кроме того, легат зависит от преемства по завещанию и образует наложенное на него бремя, поскольку он должен быть изъят из наследственного асса.

Это отношение порождается тремя субъектами: «распорядитель» (завещатель), «обремененный наследник» *{a quo legatum est)* и «легатарий», или «выгодоприобретатель».

Объектом легата может быть собственность на вещь, выбор между двумя или большим числом вещей завещателя *(legatum optionis),* иное вещное право, обязательство, прощение долга *(legatum liberationis),* доля наследства *(legatum partitionis),* выделение алиментов.

Другая важная черта легата — повелительная форма, в которой он совершается.

Такое научное и единообразное представление об институте сформировалось лишь в юстиниановском праве вследствие происшедшего слияния разных классических типов легата друг с другом, а потом еще и с фидеикомиссом (§ 333). Следует поэтому хотя бы кратко обрисовать, как проходил этот процесс развития.

§ 328. *Quattuor genera legatorum* (четыре рода легатов)

Как и в случаях сервитутов и обязательств (§ 171, 190), *ius civile* неизвестен такой единый институт, как «легат», известны лишь четыре раздельных и типических вида легатов, которые четко различаются по форме, следствиям и предъявляемым к ним требованиям:

а) *legatum per vindicationem* («посредством истребования»). Требует формы: *«do, lego»* («даю, отказываю») или, позже, иных принудительно уподобленных форм *(«sumito», «capito»,* «да будет взято», «да будет принято»). Результатом его является непосредственная передача отказанного объекта (или права) от завещателя легатарию, который получает его *ipso iure* и в силу этого может вчинить наследнику вещный иск *(vindicatio)*. Вследствие этого объектом должно быть право, которое завещатель в состоянии предоставить, или вещь, которая принадлежит ему *ex iure Quiritium* — как в момент, когда он ею распоряжается, так и в момент смерти, поскольку никто не может передавать право, которым не располагает;

б) *legatum per damnationem* («посредством обязывания»). Требует формы: *«heres meus damnas esto dare»* («мой наследник обязан дать»), в результате легата возникает обязательство, должником по которому является наследник, а кредитором — легатарий. Поэтому приобретение отказа зависит от исполнения обязательства наследником, против которого у легатария имеется *actio ex testamento,* т. е. *actio in personam*. Отсюда следует, что объект может находиться в распоряжении завещателя, или самого же наследника, или третьего лица. В этом последнем случае наследник обязан приобрести его, чтобы передать легатарию, если же этого не произойдет — выплатить ему *aestimatio;*

в) *legatum sinendi modo* («посредством дозволения»). Требует формы: *«heres meus damnas esto sinere»* («мой наследник должен будет позволить»), также порождает обязательство, отличающееся от предыдущего, поскольку предоставление по нему заключается не в *dare* или *facere,* но в простом *pati,* т. е. позволить, чтобы сам легатарий овладел объектом, который в силу этого может находиться в распоряжении завещателя или самого наследника;

г) *legatum per praeceptionem* («посредством предпочтения»). Имеет вещное действие, аналогичное характерному для *legatum per vindicationem,* отличаясь от него тем, что установлен в пользу одного из сонаследников, который приобретает отказ до дележа наследства, происходящего впоследствии в отношении остатка *(prae-capito)*. Требуемая форма: *«praecipito»* («пусть предварительно получит»). Однако поскольку два эти качества, наследника и легатария, в одном лице несовместимы, так как Тиций, будучи легатарием, должен был бы иметь притязание к самому себе как наследнику, юриспруденция постаралась это надлежащим образом обойти чисто техническим приемом, выст-

роив понятие «прелегат». Решение состояло в том, что прелегат рассматривался ничтожным в отношении части, которой была обременена наследственная доля самого прелегатария: эта часть рассматривалась как полученная удостоенным не на основании легата, а на основании наследственной доли. Что же касается части, которой были обременены доли других сонаследников, прелегат оставался действительным, в качестве какового и приобретался.

§ 329. *S. C. Neronianum* и слияние типов легатов

Юриспруденция первого века существования империи приступила посредством интерпретации к объединению четырех форм легата, сблизив их попарно между собой: *legatum per praeceptionem* и *legatum per vindicationem, legatum sinendi modo* и *legatumper damnationem*. В результате было признано, что форм легата, по сути, всего две: «вещный легат» *(per vindicationem)* и «обязательственный легат» *(per damnationem)*.

Впоследствии все меньшее сочувствие жесткому формализму *ius civile* привело к тому, что стало, к примеру, казаться абсурдным то, что легат на чужую вещь оказывался ничтожным, если распоряжение об этом было сделано *per vindicationem,* но был бы вполне действительным, если бы завещатель использовал форму *per damnationem*. Эта абсурдность была снята относящимся к I в. н. э. Нероновым сенатусконсультом *(S. C. Neronianum),* который установил, что легат *per vindicationem,* который не мог быть действительным в качестве такового, сохранял силу как если бы он был совершен в другой форме, для которой у него имелись необходимые требования.

Результатом этого сенатусконсульта было, очевидно, то, что перестала иметь значение использованная форма, поскольку теперь легат мог иметь силу уже заранее, независимо от применения той или иной определенной формы, лишь бы были выполнены требования по существу. После того как в послеклассическую эпоху торжественные формы полностью вышли из употребления (§ 6 B), в юстиниановском праве был получен единый тип легата, который в одно и то же время порождал как вещные, так и обязательственные следствия, так что выбор между *actio in rem* и *actio in personam* против наследника оставлялся на усмотрение легатария.

Более важными были, пожалуй, следствия, которые наступили для строения легата и порядка его применения в результате его слияния с «фидеикомиссом», в связи с чем мы отсылаем читателя к тем указаниям, которые будут даны в скором времени (§ 334).

§ 330. Приобретение легата

Приобретение легата проходит в два темпа. В первый момент *(dies cedens,* «день уходящий»), совпадающий со смертью завещателя либо,

в последующую эпоху, с открытием завещания, *dies legati cedit* («настает срок легата»), что означает закрепление легата за личностью легатария, который с этого момента и впредь располагает правом приобрести легат и, возможно, передать его своим наследникам. Во второй момент *(dies veniens,* «день наступающий»), совпадающий с принятием наследства наследником или с истечением начального срока, *dies legati venit* («настает совершение легата»), что означает возможность для легатария осуществить право, присвоенное ему легатом. В легатах, зависящих от отлагательного условия, *dies veniens,* естественно, не наступает до тех пор, пока условие не будет выполнено (§ 55).

Если легат был обставлен сроком либо условием, претор велел наследнику предоставить легатарию в обеспечение его права *cautio legatorum servandorum causa* («гарантия исполнения легата»). В случае отказа претор допускал легатария к владению наследственным имуществом, с тем чтобы его сохранить. На случай неисполнения император Антонин Каракалла предоставил легатарию еще один тип *missio in bona {Antoniniana),* имевший исполнительную функцию. Для обеспечения прав легатария Юстиниан ввел законную ипотеку на наследственное имущество.

Между двумя легатариями, если только они оба легатарии с вещными правами (§ 328) и выступают как *coniuncti* (§ 289), имеет место право «приращения», которое по своим основаниям и порядку применения аналогично тому, что имеет место среди наследников по завещанию.

Для приобретения требуется воля легатария, однако в отсутствие особой формы принятия юриспруденция не пришла к единому мнению относительно способа, которым такая воля должна проявиться.

§ 331. Ничтожность легата

Ничтожность легата может зависеть от ничтожности завещания, в котором он содержится, а также от ничтожности одной только *heredis institutio.* Следует, однако, помнить то, что было сказано (§ 306) относительно благоприятного истолкования, которое сохраняло легаты несмотря на то, что назначение наследника оказывалось недействительным. В таком случае легат обременял подменного наследника, или *bonorum possessor,* или, наконец, наследника *ab intestato.*

Однако легат может быть недействительным и по особым связанным именно с ним причинам, независимо от действительности завещания. Среди таких причин выделяются: дефект в форме, неправоспособность легатария, непригодность объекта и т. д.

Ничтожность легата может быть изначальной или приобретенной. Именно в связи с изначальной ничтожностью было разработано зна-

менитое Катоново правило — *regula Catoniam* (сформулированное Марком Порцием Катоном, юристом II в. до н. э.), в соответствии с которым легат, бывший ничтожным в момент составления завещания, оставался недействительным, даже если причина ничтожности отпала еще до смерти завещателя.

§ 332. Отзыв легата *(ademptio legati)*

В отношении отзыва легата также необходимо отличать отзыв, возникающий вследствие отзыва всего завещания либо вследствие отзыва одной только *heredis institutio* (с исключениями, аналогичными тем, которые были рассмотрены для случая ничтожности), от того отзыва, который относится к самому легату *(ademptio legati)*.

Согласно *ius civile, ademptio* должна была быть формальной и совершаться посредством *verba contraria* по отношению к тем, которые были применены, чтобы установить легат (например, *«neque do, nedue lego»)*. Однако в ходе постепенной эволюции, всецело аналогичной той, которую мы уже проследили в отношении назначения наследника (§ 316), с помощью специальных средств (в особенности *exceptio doli generalis,* § 78) было признано отменяющее действие неформальной *ademptio,* как бы она ни была выражена, вплоть до «молчаливого» отзыва, о котором заключали по последующему не совместимому с легатом поведению завещателя (например, намеренное отчуждение отказанной вещи).

Решающее влияние оказал на это пример, заимствованный из отзыва фидеикомисса (§ 334).

Форма молчаливого отзыва легата может иметь место в *translatio legati* («перевод легата»), состоящем в отзыве легата, о котором было сделано распоряжение, с заменой его другим.

Также и применительно к легату в юстиниановскую эпоху утвердился противоположный принцип возможности отзыва *nuda voluntate,* «голым намерением».

§ 333. Ограничения на легаты

Законами XII таблиц не предполагалось никакого предела в отношении свободы расточать собственное имущество легатами.

Впоследствии абсолютная свобода в отношении легатов стала наталкиваться на все большее противодействие, поскольку свобода эта влекла за собой неудобства двоякого рода. С одной стороны, наследник, если он относился к памяти завещателя с почтением, принимал наследство, обремененное легатами, взваливая таким образом лично на себя всю ответственность за наследственные долги. С другой же стороны, если он наследство не принимал, это было ударом по существо-

ванию легатов как таковых; а еще одним в высшей степени неприятным следствием было здесь то, что все наследство доставалось, вопреки воле завещателя, «законным» наследникам.

Поэтому был принят ряд законов, налагавших на легаты ограничения:

а) закон Фурия о завещаниях *(lex Furia testamentaria),* от II в. до н. э., который установил, что никто не может получить легат стоимостью свыше 1000 ассов, за исключением *cognati* до шестой степени. Закон не достиг своей цели, потому что завещатель с таким же успехом мог расточить свое имущество в ряде легатов, каждый из которых не превышал 1000 ассов;

б) закон Вокония *(lex Voconia),* последовавший вскоре, установил, что ни один легатарий не может получить больше, чем наследник. Закон также не достиг цели, поскольку наследнику могла быть выделена смехотворная часть наследства, и тем не менее она превосходила бы каждый из бесчисленных легатов, которыми оно было обременено;

в) *lex Falcidia,* от I в. до н. э. Этот знаменитейший закон разрешил проблему решительным образом, установив, что наследнику в любом случае должна достаться по крайней мере одна четверть наследственного асса в чистом выражении *{quarta Falcidia).*

Если легаты в сумме превышали три четверти асса, они подвергались пропорциональному уменьшению на необходимую величину. Исчисление четверти, иной раз в высшей степени усложненное, было детально разработано юридической наукой.

Норма *lex Falcidia* считалась неотменимой *(iuris publici,* § 10) даже в случае явного распоряжения завещателя в противоположном смысле.

Глава XV.
Фидеикомиссы

§ 334. Понятие

Фидеикомисс заключается в просьбе или рекомендации, с которой *de cuius* обращается к наследнику или легатарию, с тем чтобы они что-то дали, исполнили или позволили чему-то свершиться в отношении «выгодоприобретателя», или «фидеикомиссария». Чаще всего речь здесь шла о том, чтобы передать *{restituere)* целиком или частью наследственную долю либо легат, так что происходила двойная передача: от наследодателя к обремененному поручением наследнику и от него к выгодополучателю.

В классическую эпоху институт резко отличался от легата — по форме, по результатам и по предъявлявшимся к нему требованиям. Лучше даже сказать, что он существовал в своеобычной и ни на что не похожей юридической нише.

Что касается формы, то вместо того, чтобы прибегать к повелительному наклонению, фидеикомисс совершался в форме просьбы *(«rogo», «mando», «cupio ut...»* — «прошу»; «поручаю»; «желаю, чтобы...») без всякого предустановленного технического термина. Фидеикомисс мог содержаться в завещании, в кодицилле (обычное место для фидеикомисса), однако мог быть также совершен в виде письма или в устной форме.

Из фидеикомисса для обремененного не возникало никакого юридического обязательства: исполнение воли покойного всецело предоставлялось его добросовестности *(fidei commissum)*. Поэтому у фидеикомиссария нет никакого цивильного иска, и защита его осуществлялась лишь начиная с эпохи Августа, *extra ordinem* (§ 81).

Что до объекта, то содержание его могло быть достаточно разнообразным и объект мог находиться в распоряжении завещателя, обремененного или третьего лица. Определение содержания могло быть предоставлено *arbitrium* третьего лица и даже *arbitrium boni viri* (добросовестному суждению) самого обремененного. Наконец, фидеикомисс мог также обременять наследников *ab intestato*.

Совершенный без торжественной формы, фидеикомисс мог быть также и отозван без какой-либо формы, посредством любого акта, который способен указать на *mutata voluntas* («изменившаяся воля»).

§ 335. Историческое развитие

Институт был достаточно распространен на практике уже с конца республики, однако без каких-либо юридических последствий. Прежде

всего им пользовались, чтобы передать некоторые выгоды лицам, которые были бы не в состоянии получить их непосредственно через наследство или легат (особенно *peregrini,* § 101).

Источники сообщают нам, что впервые юридическая защита института фидеикомисса была введена Августом, который повелел консулам использовать свой авторитет, чтобы добиться исполнения в некоторых случаях. И распоряжение Августа пришлось настолько кстати, что довольно скоро была учреждена специальная магистратура, имевшая юрисдикцию *extra ordinem — praetores fideicommissarii.*

Получив таким образом гражданство в юридическом мире, фидеикомисс расцвел пышным цветом, прежде всего по причине огромных преимуществ, предоставлявшихся им в сравнении с легатом, учитывая полную свободу от всех тех формалистических пут, которые накладывало на легаты *ius civile.*

В первую очередь в области фидеикомиссов классическая юриспруденция смогла свободно развивать и оттачивать, доводя до совершенства, свой метод истолкования воли покойного, нацеленный на установление его подлинного намерения. Так что объект, условия исполнения, отзыв фидеикомисса подвергались непрестанному скрупулезному рассмотрению в свете *тем* («намерений») завещателя, исследовавшихся с помощью всех средств, с привлечением всех указаний, которые могли пригодиться для того, чтобы удостоверить эти намерения.

Уже довольно скоро полученные таким образом результаты были перенесены юриспруденцией на область истолкования легатов и нашли практическое применение в высшей степени действенном средстве *excepйo doli generalis* (§ 78), которое воздвигалось на пути любого притязания, исходящего от легатария вопреки действительной воле завещателя. Так что все принципы, разработанные в связи с фидеикомиссом, были через практическую деятельность претора восприняты сферой права, занимающегося легатами.

На пути слияния этих двух институтов, цели которых были практически тождественными, все еще стояли вышеизложенные технические различия (§ 334). Однако в послеклассическую эпоху они были полностью устранены (§ 6 B). И действительно, когда с упадком торжественных форм не стало формализма легатов, когда исчез дуализм между формульным процессом и *cognitio extra ordinem,* а потому стало возможно напрямую добиться всех тех результатов, которые достигались в формульном процессе через *excepйo,* никакой разницы между легатами и фидеикомиссами больше не осталось.

Вот почему два эти института пришли к своему слиянию в юстиниановском праве, так что Юстиниан вкладывает в уста Ульпиана,

меняя подлинный текст, слова о том, что легаты со всех точек зрения приравнены к фидеикомиссам *(«per omnia exaequata sunt legata fideicommissis»)*.

§ 336. Универсальный фидеикомисс

Это особая форма фидеикомисса, с помощью которого завещатель, назначив наследника в обычном порядке, просит его передать все наследство другому лицу. В соответствии с *ius civile* наследником остается тот, кто был назначен *(heres fiduciarius,* фидуциарный наследник), и он либо по своей воле, либо будучи принужден к тому *extra ordinem* передаст фидеикомиссарию собственность на наследственное имущество и отчуждаемые имущественные права, хотя и останется носителем непередаваемых прав, предоставив фидеикомиссарию простое пользование ими. Поэтому для защиты этих последних фидеикомиссарий будет всегда вынужден обращаться к наследнику, поскольку лишь тот обладает активной и пассивной уполномоченностью на наследственные иски в отношении третьих лиц.

С целью упростить эту сложную ситуацию принятый в I в. н. э. Требеллиев сенатусконсульт *(S. C. Trebellianum)* распространил на фидеикомиссария активные и пассивные полномочия по применению исков (сделав их *utiles)* как против наследника, так и за него.

Немногими годами после этого Пегасов сенатусконсульт *(S. C. Pegasianum),* чтобы избежать ситуации, когда наследник, не приняв наследство, сделает фидеикомисс недействительным, уполномочил претора принуждать *heres fiduciarius* принять наследство, чтобы передать его фидеикомиссарию, однако для справедливости дал наследнику право удержать за собой одну четверть наследства в чистом выражении *{quarta Pegasiana),* в подражание *quarta Falcidia* (§ 333).

Начиная с этого момента вполне можно утверждать, что в общественном сознании того времени наследником, по сути, является универсальный фидеикомиссарий, между тем как доверенное лицо — не более чем передаточное средство. Так что теперь даже не наступало прекращения отношений, существовавших прежде между ним и *de cuius,* что должно было бы происходить в результате наследственного слияния.

С формальной же точки зрения даже еще в юстиниановском праве наследником считалось доверенное лицо, и потому неизменно требовалось, чтобы оно приняло наследство, пусть даже вынужденно. А универсальный фидеикомиссарий так навсегда и остался легатарием по форме, в связи с чем к приобретению им того, что ему положено, применялись правила, характерные для легата (§ 330).