

РИМСКОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник

Под редакцией

профессора И.Б. Новицкого

и профессора И.С. Перетерского

Авторы:

Перетерский И.С., проф. - введение;

Краснокутский В.А., проф. - разделы I, II, V;

Флейшиц Е.А., проф. - разделы III, IV, VI, IX;

Розенталь И.С., доц. - раздел VII;

Новицкий И.Б., проф. - раздел VIII.

Оглавление:

Введение

Раздел I. ИСТОЧНИКИ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 1

ОБЗОР ИСТОЧНИКОВ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 2

КОДИФИКАЦИЯ ЮСТИНИАНА

Глава 3

ИНЫЕ ПАМЯТНИКИ

Раздел II. ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА ПРАВ

Глава 4

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ

Глава 5

ФОРМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ

Глава 6

ИСКИ

Глава 7

ПРОИЗВОДСТВО ДЕЛ ПО ЧАСТНЫМ СПОРАМ

Глава 8

ВЛИЯНИЕ ВРЕМЕНИ НА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТУ ПРАВ

Раздел III. ЛИЦА

Глава 9

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Глава 10

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Раздел IV. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Глава 11

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИМСКОГО СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Глава 12

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

Глава 13

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ РОДИТЕЛЕЙ И ДЕТЕЙ

Раздел V. ПРАВА НА ВЕЩИ

Глава 14

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ВЕЩАХ

Глава 15

ВЛАДЕНИЕ (POSSESSIO)

Глава 16

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

Глава 17

ПРАВА НА ЧУЖИЕ ВЕЩИ

Раздел VI. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

Глава 18

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИМСКОГО НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА

Глава 19

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАВЕЩАНИЮ

Глава 20

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАКОНУ

Глава 21

НЕОБХОДИМОЕ НАСЛЕДОВАНИЕ

Глава 22

ПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА

Глава 23

ЛЕГАТЫ И ФИДЕИКОМИССЫ

Раздел VII. ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ И ДОГОВОРАХ

Глава 24

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО И ЕГО ВИДЫ

Глава 25

МЕСТО И ВРЕМЯ ИСПОЛНЕНИЯ. ПРОСРОЧКА

Глава 26

ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Глава 27

ЦЕССИЯ И ПРИНЯТИЕ НА СЕБЯ ЧУЖОГО ДОЛГА

Глава 28

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ДОГОВОРЕ

Глава 29

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Глава 30

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНИКА ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ. ВИНА И ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ

Раздел VIII. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОГОВОРОВ И КВАЗИКОНТРАКТЫ

Глава 31

КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ

Глава 32

ВЕРБАЛЬНЫЕ (УСТНЫЕ) КОНТРАКТЫ

Глава 33

ПИСЬМЕННЫЕ ДОГОВОРЫ (CONTRACTUS LITTERALIS, LITTERARUM OBLIGATIO)

Глава 34

РЕАЛЬНЫЕ КОНТРАКТЫ

Глава 35

КОНСЕНСУАЛЬНЫЕ КОНТРАКТЫ

Глава 36

БЕЗЫМЕННЫЕ КОНТРАКТЫ (CONTRACTUS INNOMINATI)

Глава 37

РАСТА VESTITA ("ОДЕТЫЕ" РАСТА). НЕФОРМАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ С ИСКОВОЙ СИЛОЙ

Глава 38

OBLIGATIONES QUASI EX CONTRACTU (ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК БЫ ИЗ ДОГОВОРА)

Раздел IX. ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И КВАЗИДЕЛИКТЫ

Глава 39

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ИЗ ДЕЛИКТОВ

Глава 40

ОТДЕЛЬНЫЕ ДЕЛИКТЫ

Глава 41

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК БЫ ИЗ ДЕЛИКТОВ (КВАЗИДЕЛИКТЫ)

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. Понятие и основные черты римского частного права

1. Историческое значение римского права. Настоящий учебник посвящен римскому частному праву периода его наибольшего развития (начиная с I в. н.э.). Среди отраслей римского права на первом месте стоит, как с точки зрения разработанности, так и с точки зрения своего значения для Рима и для последующих веков, именно частное право. Римское частное право оказало могущественное влияние на все дальнейшее развитие законодательства и правовых учений общества, основанного

на частной собственности. Оно представляет собой одно из важнейших исторических явлений права. В силу исторических судеб римского права, сделавших его одним из факторов развития гражданского права, римское право должно быть знакомо каждому образованному юристу.

2. Понятие частного права. Мы говорим о римском частном праве, и потому необходимо выяснить, что понималось в Риме под частным правом.

В Риме еще в древние времена различались две отрасли права - публичное и частное право, *ius publicum* и *ius privatum*. Тит Ливий (I в. н.э.), очевидно, пользуясь уже сложившейся терминологией, говорит, что законы XII таблиц являются источником всего публичного и частного права.

Классическое разграничение публичного и частного права, перешедшее в века, дает Ульпиан:

Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (D. 1. 1. 1. 2).

(Публичное право есть то, которое относится к положению римского государства; частное - которое (относится) к пользе отдельных лиц.)

С точки зрения этого определения, кладущего в основу деления содержание нормы, т.е. различие в охраняемых правом интересах, под публичным правом следует понимать те нормы, которые непосредственно охраняют интересы государства и определяют правовое положение государства и его органов (термин *ius*, наряду со своим основным значением "право", "правомочие" и другими значениями, часто употребляется в смысле "нормы права"). Сюда относятся: строй государственных органов, компетенция учреждений и должностных лиц, акты, выражающие властвование государства (наказание преступников, взимание налогов и т.п.). Ульпиан (в цитированном фрагменте) указывает, что в состав публичного права входят "святыни, жрецы, магистраты" (*in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*). Но этот перечень не является исчерпывающим. В ряде случаев "публичное право" понималось римскими юристами и в смысле вообще норм, имеющих безусловно обязательную силу и не могущих быть измененными путем соглашений частных лиц. Частное же право - это нормы права, защищающие интересы отдельного лица в его взаимоотношениях с другими людьми. В область частного права входят семейные отношения, собственность, наследование, обязательства и т.п.

Частное право противопоставляется публичному праву и является областью, непосредственное вмешательство в которую регулирующей деятельности государства является ограниченным. Оно предоставляет известный простор автономии отдельных лиц, т.е. глав семейств, товаропроизводителей, выступающих на рынке, и подобных им частных собственников, представителей класса рабовладельцев: человек волен защищать или не защищать свою собственность, волен предъявить иск или не предъявлять иска; содержание договора определяется соглашением сторон, - и договор защищается органами государства лишь в случае предъявления иска лицом, потерпевшим от неисполнения договора. Еще законам XII таблиц приписывается выражение: *cum pexum faciet mancipiumque uti lingua pupsupassit ita ius esto* - когда лицо совершает договор займа или приобретает собственность, то его словесные распоряжения да будут правом. Но эта частная автономия имеет свои пределы, определяемые публичным правом. Нормы публичного права должны быть соблюдаемы при всех условиях и не могут быть изменены отдельными лицами. Применительно к соглашениям об этом говорит Папиниан: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* - публичное право не может быть изменено соглашениями частных лиц (D. 2. 14. 38). Вообще характер норм публичного права имели нормы, защищавшие интересы класса рабовладельцев в целом.

В настоящее время термин "частное право" сохранился в ряде буржуазных государств, в особенности там, где имеется различие гражданского и торгового права. В эти государствах (например, Франция, Германия) частное право включает в

себя главным образом: а) гражданское право, б) торговое право.

В область гражданского права входят нормы, регулирующие имущественные правоотношения автономных субъектов оборота, не являющиеся торговыми, а также семейные правоотношения и некоторые личные права (подробности в курсе иностранного гражданского права), а в область торгового права - нормы, регулирующие специальные взаимоотношения купцов и торговые сделки. В государствах, где нет особого торгового права, говорят обычно просто о гражданском праве.

Во избежание недоразумений отметим, что Рим не знал термина "гражданское право" в указанном выше значении. Римский термин *ius civile* имел ряд значений. В особенности он означал: а) древнее право римских граждан (цивильное право), и в этом смысле "цивильное право" противопоставлялось преторскому праву; б) всю совокупность юридических норм, действующих в данном государстве (*civitas*) и выраженных в законах этого государства; в этом смысле *ius civile* противопоставлялось *ius gentium* и *ius naturale*.

Рим был государством рабовладельческим. Классу рабовладельцев противостоял класс рабов. Раб был вещью, находившейся в собственности господина, и никаких прав не имел. Права предоставлялись лишь свободным людям, и одной из основных задач римского частного права являлось закрепление за рабовладельцами неограниченной возможности эксплуатировать рабов. Коренное противоположение свободных и рабов, бесправие рабов являлось важнейшим принципом римского частного права, проходящим через всю его историю.

Но и не все свободные люди являлись, в особенности в древнейший период Рима, субъектами частного права. Первоначально полноправными людьми признавались лишь римские граждане. Все не входившие в римскую общину рассматривались в принципе как бесправные. Они считались "врагами" (*hostes*), которые не пользовались никакой защитой, которые могли быть уничтожены или обращены в рабство. Такое положение характерно для замкнутого хозяйства древней общины. Лишь развитие производства и обмена, расширение торговли с соседними государствами влекли за собой, и притом весьма постепенно, расширение круга лиц, являвшихся субъектами частного права в римском государстве.

Этот процесс шел двумя путями. С одной стороны, по мере роста территории римской державы и завоевания соседних государств происходило включение в римское государство ряда чужеземных общин; тем самым непрерывно увеличивалось количество римских граждан. К началу н.э. Римская империя включала в свой состав самые разнообразные муниципии, колонии, общины, провинции. Римское гражданство потеряло свои прежние, узко национальные, черты. С другой стороны, развитие торговли с другими народами вызвало необходимость признания и за купцами других стран основных частных прав, которые необходимы для торгового оборота: права собственности, права вступать в договоры и требовать исполнения договора путем судебного иска и т.п. Это предоставление прав чужакам достигалось главным образом не путем распространения на не-римлян норм, исконно регламентировавших частные права римских граждан, но путем выработки претором для взаимоотношений римлян и неримлян (перегринов) и неримлян между собой особой системы частного права - "права народов" (*ius gentium*).

Ius gentium являлось неоднородным по своему составу: оно включало в себя как нормы, взятые из исконного римского права, так и нормы, заимствованные из права других народов (в частности - из греческого права) и доказавшие свою жизненность, свою пригодность для регулирования оборота. Можно сказать, что *ius gentium* вмещало в себя все значительное, что выработал античный мир в области правовых институтов, связанных с торговлей. Так создавался дуализм исконного римского права (цивильного права) и права народов, кончившийся победой *ius gentium* над исконным национальным римским правом (это произошло в первые века н.э. - подробности см. п. 12). Создание *ius gentium*, приспособленного для взаимоотношений купцов различных стран, явилось одним из обстоятельств, содействовавших рецепции римского права (п. 6) и обеспечило римскому частному

праву его место в истории.

Изложенные обстоятельства привели к выработке юридического принципа, лежавшего в основе всего римского частного права и являвшегося в свое время огромным шагом вперед: появилось (хотя и с рядом ограничений) начало формального равенства в области частного права всех свободных лиц.

3. Основные черты римского частного права. На всем протяжении истории общества мы не встречаем другой системы частного права, достигшей такой детализации и столь высокого уровня юридической формы и юридической техники, как римское частное право. Следует в особенности отметить два правовых института, которые вызвали в Риме подробную регламентацию, имевшую особое значение для хозяйственного оборота Рима, для закрепления и усиления эксплуатации рабов и малоимущих свободных, производившейся верхушкой рабовладельческого общества.

Во-первых, институт неограниченной индивидуальной частной собственности, выросший из необходимости установить, в возможно широком объеме, права рабовладельцев на землю, обеспечить полную свободу эксплуатации рабов и предоставить купцам действительную возможность распоряжаться товарами.

Во-вторых, институт договора. Торговый оборот, достигший своего наивысшего развития в Риме в первые века н.э., и вообще ведение богачами крупного хозяйства вызвали необходимость подробной разработки разнообразных типов договорных отношений и детальнейшей формулировки прав и обязанностей контрагентов на основе твердости договора и безжалостного отношения к должнику, не выполнившему договора.

Римское частное право является предельным выражением индивидуализма и наибольшей свободы правового самоопределения имущих слоев свободного населения. К началу н.э. уже давно исчезли пережитки первобытно-общинного строя, проявления семейной общности имущества. В центре частного права стоит единоличный субъект собственности, самостоятельно выступающий в обороте и единолично несущий ответственность за свои действия. Индивидуализм в римском частном праве - это индивидуализм домохозяина, рабовладельца, ведущего хозяйство и сталкивающегося на рынке с другими такими же хозяевами.

Последовательное проведение этих начал, имеющих огромную ценность для господствующего класса общества, основанного на эксплуатации, сочеталось в Риме с находящейся на весьма высоком уровне формой выражения юридических норм.

Точность формулировок, ясность построения и аргументации и глубокая жизненность, конкретность и практичность права и вместе с тем полное соответствие всех юридических выводов интересам господствующего класса - все это является отличительными признаками частного римского права. Недаром многие римские юридические выражения и формулы перешли в века.

Достоинства формулировок римского частного права не могут быть, конечно, объяснимы какой-либо особой гениальностью римских юристов [1], но обуславливаются более глубокими причинами.

Римское частное право с точки зрения способа фиксирования и выражения юридических норм в корне отличается от современных систем частного (гражданского) права большинства государств. В этих государствах (кроме англо-американских стран) частноправовые нормы получают главным образом форму закона и записываются в кодексах или в отдельных законах, т.е. представляют собой систему абстрактных, расположенных в строгом порядке подчиненных и соподчиненных общих положений. Наоборот, источники римского частного права представляют собой главным образом совокупность решений конкретных казусов, и в этом большое внешнее сходство римского частного права с англо-американским "общим правом" (common law). Если римский юрист и высказывает общее положение, то он делает это на основе рассмотрения конкретного случая. Конечно, римские юристы оставили нам и сборники общих правил (всякого рода институции,

правила, дигесты), но эти сборники являются лишь дальнейшей обработкой и обобщением выводов конкретных судебных дел.

Римское частное право развивалось на почве осуществления судебной защиты права. Претор (и иные магистраты) определял в порядке осуществления своей высшей административной власти, какие притязания получают защиту со стороны государства, в каких случаях дается иск, не справляясь с тем, имеется ли норма закона или обычая, обосновывающая данное притязание. "Actionem dabo" ("я дам иск") - вот основной метод формулировки претором частноправовых норм. Но преторский эдикт дает лишь краткие и общие указания; эти указания требуют конкретной разработки - при каких именно условиях дается иск и какие случаи под данный иск не подходят, какие обстоятельства обессиливают предъявленный иск, что именно можно требовать и чего требовать нельзя и т.п. И вместе с тем нужна была постоянная разработка вопроса о том, какие отдельные правила эдикта прежнего претора уже устарели или являются нецелесообразными и какие новые правила нужно внести в эдикт, издаваемый вновь избранным претором. Для анализа этих вопросов требовалась огромная работа, и эта работа была выполнена римскими юристами, которые на протяжении столетий являлись и советниками претора, и руководителями сторон в процессе. Римского юриста интересовало данное конкретное дело, но на основании анализа множества конкретных дел выявлялись принципы права.

Non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat (D. 50. 17. 1. Павел).

(Не на основании (общего) правила должно устанавливаться конкретное правомочие, но на основании конкретных правомочий создается (общее) правило.)

Если и в современном государстве правомочие лица, выводимое из общей нормы, непосредственно связано (по общему правилу) с возможностью судебной защиты этого правомочия, то в Риме эта связь представляется особо резко выраженной и идущей, если можно так выразиться, в обратном порядке: не от правомочия к иску, а от иска к правомочию. Если позиция современного права может быть выражена формулой "я имею иск, так как имею право", то для Рима (в особенности в области прав на вещи и обязательств) характерна иная формула: "я имею право, так как мне предоставлен иск". И римское частное право с точки зрения его внешности может быть охарактеризовано как система исков (см. п. 54).

Римские юристы являлись необходимыми и желанными помощниками претора. Они обеспечивали безупречность формулировки решения, продуманность его по существу, соответствие его интересам господствующего класса. Отсюда - их авторитет, оставляющий далеко за собой авторитет частных юристов в других странах.

Два основных - и противоположных - принципа пронизывают процесс разработки римского права претором и юристами.

(1) Консерватизм. Претор и юристы относились с подчеркнутым уважением к постановлениям закона, правилам эдикта, мнениям старых авторитетных юристов. Римский юрист любит показать, что его вывод, даже по второстепенному вопросу, соответствует взглядам его предшественников. Это уважение к старому праву, иногда переходящее в какое-то благоговение, является неслучайным: оно имеет целью подчеркнуть незыблемость права, неизменность существующего социального строя, недопустимость каких-либо новшеств, могущих оказаться вредными для верхушки класса рабовладельцев. Римский юрист нередко предпочитал прибегнуть к натяжкам при толковании сложившейся нормы, лишь бы не отбрасывать прежнего, не выявлять изменчивости права.

(2) Прогрессивность. Но если развивающиеся производственные отношения не вмещались, ни при каком толковании, в прежние нормы, если современные интересы господствующего класса не защищались древними правилами, если обнаруживался пробел в праве, то юрист не боялся сформулировать новое начало. Но не путем отмены старого закона или обычая: на такую отмену римские магистраты и юристы не были уполномочены, и такая ломка могла бы вселить вредное для

господствующего класса мнение об изменчивости права. Римский юрист предпринимал обходное движение. Наряду со старым правом и без отмены последнего вырабатывались новые нормы путем вносимых претором дополнений прежнего эдикта или путем формулировки юристами новых взглядов. И жизнь начинала течь по новому руслу, хотя старое русло не засыпалось - оно просто высыхало. Так, наряду с гражданской собственностью была создана так называемая бонитарная, или преторская, собственность (не носившая названия собственности, но дававшая управомоченному лицу все права собственника) (п. 193), наряду с гражданским наследственным правом была создана преторская система наследования (опять-таки даже не носившая названия наследования, п. 236) и т.п.

Этот труд постепенных и осторожных пристроек к старому зданию приводил к тому, что римское право непрерывно развивалось. Оно непрерывно освобождалось от всего устаревшего, не выдержавшего проверки жизни и ни на минуту не окостеневало, но в каждый данный момент соответствовало потребностям современной жизни. Как полипы создают коралловые острова, так и римские юристы путем бесконечных наслоений создавали перешедшее в века здание римского частного права.

Труд римских юристов - это многовековой и лишь в незначительной степени дошедший до нас [2]; труд, приведший в первые века н.э. к детальной разработке всех юридических вопросов, связанных с относительно сложной хозяйственной жизнью того времени. Римские юристы придали римскому частному праву тот вид, который обеспечил римскому праву его место в истории. Недаром еще в древности говорили, что юристы "создали" римское право.

И когда, начиная в особенности с конца III в. н.э., ослабла, а затем исчезла прежняя творческая работа юристов-практиков и преобладающее значение получила законодательная деятельность императоров, то римское частное право уже начало застывать. Эти факты отражали закат политического могущества римской державы и деградацию хозяйственной жизни.

§ 2. Метод и система изложения

4. Метод изложения. Авторы настоящего учебника ставят своей задачей изложить римское частное право в том виде, как оно сложилось в первые века н.э. и зафиксировано в знаменитой кодификации Юстиниана VI века.

Эта книга не является учебником истории римского права. Изучение истории римского государства и права входит в состав "Истории государства и права", которая проходится на первом курсе юридических институтов. Материал этого предмета должен быть уже известен читателю, приступающему к чтению настоящей книги. Поэтому мы не даем подробной истории отдельных институтов, не излагаем вопросов, относящихся к государственному устройству Рима. Например, ссылаясь на преторский эдикт, мы не освещаем положения и полномочий претора, говоря о сенате, мы не указываем роли и функций этого учреждения на различных этапах истории Рима и т.д.

Но вместе с тем авторы ни на минуту не упускают из вида, что право есть исторически изменяющаяся надстройка, что право неразрывно связано с государством. Поэтому мы указываем основные черты исторического развития институтов, сохранивших свое значение к изучаемому нами периоду, и стремимся показать обусловленность норм права существом рабовладельческого общества, организованного в государство, стремимся выявить зависимость изменения юридических норм от изменения производственных отношений. Но историческое исследование не является основной задачей данной работы.

5. Содержание учебника. Настоящая книга посвящена частному праву античного Рима. Мы ставим своей целью изложение римского частного права, возможно ближе придерживаясь источников. Поэтому авторы считают необходимым приводить многочисленные выписки из сочинений римских юристов. Они стремятся показать не только конечные выводы римской юриспруденции, но и тот материал, на основе которого были сделаны эти конечные выводы, т.е. конкретные казусы и те пути,

которыми шли в своих рассуждениях римские юристы. Хотелось дать наглядное представление о римском частном праве в том виде, как оно действительно существовало, а не извлекать из римских памятников некоторую сумму абстрактных правил, располагая их в неведомой римскому праву системе. Эта совершенно ясная, казалось бы, задача требует, применительно именно к римскому частному праву, особого пояснения, так как в истории под римским правом нередко понималась не та правовая система, которая в действительности существовала в античном Риме.

6. Рецепция римского права. Как известно, начиная с XII в. происходит и захватывает большинство государств Западной Европы один из важнейших исторических процессов всей эпохи феодализма - рецепция римского права. Развивающаяся промышленность и торговля требовали развитой правовой надстройки, не тормозящей, но стимулирующей прогресс производительных сил и производственных отношений, и притом надстройки, выходящей за границы отдельных феодальных государств. Хозяйственные отношения выходили за пределы мелких феодальных территорий, и их правовое регулирование должно было быть адекватно им - и территориально, и по существу. Применение косных и дробных феодальных кутюмов (обычно-правовых норм) являлось бы существенным тормозом для развития производительных сил. И выход был найден в признании силы закона за римским частным правом. По своему содержанию римское частное право удовлетворяло потребностям Средневековья в регламентации частной собственности и договорных отношений и было овеяно величием славного прошлого. Немалую роль сыграли при этом отмеченная выше "абстрактность" римского частного права, утрата им в первые века н.э. черт узко национального, местного права, его приспособленность к регулированию хозяйственного оборота различных народов.

Римское частное право стало, таким образом, "общим правом" ряда государств и фундаментом дальнейшего развития и феодального и буржуазного права. Оно приобрело уже через ряд столетий после падения Рима значение действующего права в ряде государств Центральной и Южной Европы.

Но следует подчеркнуть, что предметом рецепции явилось преимущественно римское частное право. Наоборот, римское публичное право по общему правилу умерло вместе с падением Рима. И если германская империя присвоила себе гордое название "священной римской империи", если во многих государствах были учреждаемы сенаты, если титул императора получил значительное распространение, если и Наполеон до того, как стать императором, измыслил должность первого "консула", то все это явилось лишь заимствованием некогда знаменитого титула, но отнюдь не воскрешением римских государственных учреждений.

Однако и римское частное право как право рабовладельческого государства не могло в своем неприкосновенном виде стать законом общества, в недрах которого уже начали развиваться буржуазные отношения. Римское право в период его рецепции подвергалось многочисленным приспособлениям, далеко идущим толкованиям и переработке, и этим путем создавалось, преимущественно в Германии XVI - XVII вв., то "искаженное" римское право, которое получило название пандектного права или же странное и нелогичное название "современное римское право" (heutiges romisches Recht). Наряду с этим, тексты римских источников подвергались формально-логической обработке: из них извлекались общие принципы, которые располагались во внешне стройном порядке. Эта переработка не являлась, однако, результатом сознательного стремления исказить римское частное право; она являлась исторически необходимым процессом приспособления римского права к новым производственным отношениям. Но чем дальше, тем больше пандектное право отходило от "чистого" римского права. Значению последнего содействовало и то, что тексты римского права явились той основой, на которой развилась, в особенности в XVIII и XIX вв., общая теория буржуазного гражданского права. Многочисленные теории сделки и волеизъявления, договора и договорной ответственности, вины, понятия и защиты владения и т.п. базируются на текстах римского права. Но самих этих теорий в Риме, конечно, не было.

Излагая частное право античного Рима, мы считаем излишним излагать результаты

разработки и применения римского права после падения Рима, т.е. касаться учений пандектного права. Нас интересует то и только то, что было в Риме, а не то, что сделали с правовым наследием Рима впоследствии. Эти последние вопросы должны освещаться в истории феодального права и в истории буржуазного права. Лишь в отдельных случаях, когда последующая разработка облегчает понимание римских источников, мы ссылаемся на соответствующие труды.

7. Система изложения. Гай говорит:

Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones (1.2).

(Все то право, которым мы пользуемся, относится или к лицам, или к вещам, или к правовым действиям (искам).)

Эта систематизация не является особенностью Институций Гая; достаточно сказать, что ей следуют и Институции Юстиниана. Поэтому и в настоящем учебнике мы придерживаемся в основном указанного порядка.

Таким образом, должны быть изложены: а) правовое положение лиц, включая сюда и семейное право (разделы III - IV); б) права, относящиеся к вещам, - собственность и права на чужие вещи. Сюда же относится и наследование, являющееся прежде всего способом посмертного перехода собственности и неразрывно связанное с частной собственностью (разделы V - VI); в) правовые действия, т.е. обязательства, разделяющиеся, в свою очередь, на контракты, квазиконтракты, деликты и квазиделикты (разделы VII - IX).

Но этим разделам явилось необходимым предпослать еще два раздела.

(1) Источники римского частного права. Не ставя своей задачей дать историю всех источников частного права Рима начиная с древнейших времен, эта глава должна в первую очередь показать источники познания нами римского частного права. Соответствующие знания (и в более обширном объеме, чем они могут быть получены при прохождении курса истории государства и права) необходимы для сознательного усвоения всего последующего изложения.

(2) Учение о защите прав, главным образом об иске. Как уже было указано выше, римское частное право является в своей основе правом судебным, и это право нередко характеризовалось как система исков. Поэтому в целях наиболее компактного и систематического изложения явилось необходимым предпослать исследованию отдельных институтов изложение общего учения об иске.

Таким образом, настоящая работа распадается на следующие разделы: 1) Источники римского частного права; 2) Осуществление и защита права; 3) Лица; 4) Семейное право; 5) Права на вещи; 6) Наследственное право; 7) Общее учение об обязательствах и договорах; 8) Отдельные виды договоров и квазиконтракты; 9) Деликтные обязательства и квазиделикты.

Однако не все вопросы излагаются с одинаковой подробностью. Более детального изложения заслуживают те институты, которые были наиболее подробно разработаны в Риме и которые вместе с тем определили дальнейшее развитие частного права в феодальном и капиталистическом обществе. Сюда относятся: учение об иске (но не формы процесса), собственность и договоры. Наоборот, семейное право, наследственное право, деликты и т.п. излагаются более сокращенно - здесь внимания заслуживают основные положения, но не детали.

§ 3. Литература

8. Специальная литература по римскому частному праву. Русская литература и иностранная литература в этой области - необъятны. Разработка римского частного права в Западной Европе велась начиная с XII - XIII вв. и шла по двум основным направлениям: а) исследование истории римского частного права, б) приспособление его, в связи с рецепцией, к современным потребностям (выработка пандектного права). Конечно, в ряде случаев эти два направления не могут быть резко отграничены одно от другого. Второе направление, представляющее наименьшую ценность для познания права античного Рима, имело особое

распространение в тех странах и в те периоды, где и когда римское право, в силу рецепции, являлось правом действующим. Сюда относится прежде всего Германия до 1900 г. (с 1900 г. было введено в действие Германское гражданское уложение); Франция до начала XIX в. (в 1804 г. во Франции был издан Гражданский кодекс [3]). Наоборот, в странах, не затронутых рецепцией, и в странах рецепции после прекращения действия рецептированного римского права преобладало историческое изучение римского права, представляющее большее научное значение. В частности, в России, никогда не подпадавшей под влияние римского права и сохранившей на всех этапах своего развития самобытность своей правовой системы, с конца XVIII в. началась историческая разработка римского права, и труды русских ученых внесли значительный вклад в это дело.

Многовековая разработка римского частного права имеет ряд серьезных достижений. Тщательно и критически проанализированы дошедшие до нас рукописи источников, выявлены и исследованы имеющиеся разночтения, установлено множество интерполяций. Прекрасно изданы все сохранившиеся памятники. Собраны и систематизированы все имеющиеся высказывания по отдельным вопросам, сохранившиеся не только в юридических сборниках, но и в найденных юридических документах, надписях, в сочинениях историков, философов, поэтов. В ряде спорных вопросов созданы, на основе обширного материала, интересные теории и высказаны остроумные гипотезы. Вообще все огромное правовое наследство Рима приведено в ясность, проверено и систематизировано трудом ряда поколений ученых.

Для целей настоящего учебника достаточно указать основные учебники, притом не являющиеся явно устарелыми с точки зрения современного состояния изучения источников и вообще материалов.

(1) По истории римского частного права укажем учебники И.А. Покровского (1917 г.), В.М. Хвостова (1919 г.), Ефимова, Колотинского.

Из переводных работ Институции (т.е. учебники для первоначального изучения римского права) Зона, Сальковского, Чиларжа. Из работ на иностранных языках: Girard. Manuel elementaire de droit romain. Изд. 8-е (пересмотренное Sepp). 1929 (лучшая из всех работ по истории римского права, появившихся за границей); Cuq. Manuel des institutions juridiques des Romains. Изд. 2-е. 1928; Monier. Manuel elementaire de droit romain: 2 тома. 1944 и 1945; Buckland. Text-book of Roman Law from Augustus to Iustinian. Изд. 2-е. 1932; Mitteis. Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians: T. 1. 1908; Wlassak. Romische Prozessgesetze. 1888 - 1894.

(2) Из работ по пандектному праву следует отметить учебники системы (или догмы) римского права Хвостова, Гримма, Ефимова.

Из переводных работ: Дербург. Пандекты (3 тома); Барон. Система римского гражданского права (4 вып.).

Из непереведенных иностранных работ: Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrecht (3 тома).

8-а. Сокращения, принятые в тексте

D. - Дигесты. Например: "50. 17. 141. 1." означает: Дигесты, книга 50, титул 17, фрагмент 141, § 1; "pr." означает начало фрагмента; "i.f." - конец фрагмента.

I. - Институции Юстиниана. Например, "I. 1. 2. 1." означает: Институции, книга 1, титул 2, § 1.

C. - Кодекс Юстиниана. Например, "C. 8. 44. 19." означает: Кодекс, книга 8, титул 44, конституция 19.

C. Th. - Кодекс Феодосия.

Гай - Институции Гая.

Coll. - Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.

Sent. Rec. (S. R.) - Sententiae receptae (Сентенции Павла).

Раздел I

ИСТОЧНИКИ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 1

ОБЗОР ИСТОЧНИКОВ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

§ 4. Исторические системы римского частного права

9. Цивильное право. Сообразно с задачами настоящего учебника (п. 4) изучению подлежат источники права периода принципата и домината (I - VI вв. н.э.). Для понимания их необходимо предварительно охарактеризовать в основных чертах состояние источников римского частного права к концу республики.

В силу особенностей исторического развития к этому времени в составе римского права можно различать отдельные системы, которые возникли не одновременно, а складывались последовательно одна за другой.

Древнейшее римское право называлось квинритским по имени древнейшего племени квинритов (*ius Quiritium*). Это название оставило свой след в древнейших сделках, в формальных оборотах языка, особенно там, где дело шло о праве собственника на вещи (*dominium ex iure Quiritium* - собственность по квинритскому праву). Эта система права позднее получила название гражданского права (*ius civile*), подчеркивающее строго национальный характер права римских граждан, права государства-города (*civitas*). Законодательство XII таблиц и последующие законы определяли подробно порядки охраны, а также прижизненных и посмертных распоряжений важнейшими объектами квинритской собственности.

Гражданским правом в тесном смысле считалась закрепленная законами узко национальная система частного права. В более широком смысле гражданское право обнимало также и все разъяснения и комментарии к гражданским законам, дававшиеся римскими юристами применительно к системе изложения в XII таблицах. К концу республики существовало несколько таких комментариев. Для юристов эпохи принципата и домината *ius civile* было одновременно и совокупностью норм действующего права и наукой права; большая часть старых законов была даже заслонена учениями и толкованиями юристов. В законодательство империи *ius civile* вошло в качестве древнейшей части римского права.

10. Преторское право. Наряду с этой системой гражданского права постепенно сложилась другая система права - право преторское (*ius praetorium* или *honoraryum*, от слова "honores" - почетная должность).

Эта система права была вызвана к жизни развитием экономики, ростом рабовладения, сосредоточением в руках господствующей верхушки рабовладельческого класса торгового и ростовщического капитала и крупной земельной собственности. Рост групп рабовладельцев-ростовщиков и землевладельцев сопровождался обострением классовых противоречий. Все эти новые социально-экономические условия делали старые постановления гражданского права недостаточными и с количественной, и с качественной стороны. Эти постановления нужно было пополнять и даже исправлять. Эта работа легла на судебных магистратов, главным образом - преторов. Она совершалась постепенно. В результате получился ряд институтов, разработанных преторами преимущественно путем эдиктов и снабженных созданными ими новыми средствами защиты. Параллельно гражданскому праву создавалась система преторского права (см. также пп. 20 - 22).

11. Право народов (*ius gentium*). Гражданское право противопоставлялось не только преторскому праву, но также еще одной системе - праву народов. Эта система

представляет самое оригинальное явление в римском праве.

Гражданское право применялось только к римским гражданам. Не входившие в римскую общину считались, как указано выше (п. 2), врагами и не пользовались защитой. С развитием производства и обмена, с расширением торгового оборота стало необходимым признать основные частные права (право собственности, право заключения договоров и т.д.) и за неримлянами. На этой почве и сложилась система права, получившая название *ius gentium*.

В итоге исторического развития эта система включила в себя разные элементы. К понятию права народов относилось древнее право, регулировавшее договоры римлян с иностранными общинами по установлению взаимного права вступления в брак (*copulium*) и права торговли (*commercium*). Затем к нему относилось обычное право, применявшееся в практике торговых отношений и имевшее общий характер благодаря племенному родству и тесным экономическим связям членов латинского союза, например свободные от формализма сделки обмена. Наконец, с распространением римского господства на провинции право народов заимствовало торговые институты различных частей империи.

Ius gentium становится синонимом универсального права, противопоставляемого, с одной стороны, *ius civile*, а с другой - национальным правам народов, участвующих в римском товарообороте. Поскольку нормы *ius gentium* применялись римским претором в Риме, оно остается римским правом. Претор перегринов фиксировал нормы *ius gentium* и работал в постоянном соприкосновении с городским претором. Последний в некоторых случаях применяет нормы *ius gentium* к спорам между гражданами, если они возникли из коммерческих отношений. Когда претор признавал данное притязание подлежащим защите, но это притязание не могло быть основано нормами гражданского права, преторы давали формулы исков, основанные на фактах (*in factum conceptae*), в которых основные моменты заимствовались из обычаев международной торговли и оборота. Так образовалось право, всецело приуроченное к жизни; оно разрабатывалось практикой судебных магистратов и нередко выражалось в торговых обычаях. *Ius gentium* соответствовало сложной стадии организации обмена товаров в самых разнообразных отношениях. В противоположность гражданскому праву, строго формальному и малоподвижному, право народов лучше и быстрее приспосабливается к развивающимся потребностям. Свободное от традиций глубокой старины, выросшее на базе экономических, в частности торговых, отношений, в которых участвовали и римляне, и представители других народностей, *ius gentium* является правом универсальным в том смысле, что оно применяется ко всем участникам торгового оборота, независимо от их гражданства.

12. Сближение систем. Дуализм противоположных укладов - гражданского права и права народов - не мог не привести к их взаимному слиянию. Этому процессу способствовал, прежде всего, собственный интерес господствующего класса в развитии гражданского и торгового оборота и укреплении торговых сношений во всех областях покоренного мира. Унификация права содействовала этому развитию. Предоставление перегринам прав римского гражданства оказывало не меньшее влияние на это развитие. Наконец, преторское право, судебный обычай, неиссякаемая активность юриспруденции привели к тому, что *ius civile* и *ius gentium* стали постепенно сливаться. Преторское право, поддерживая и развивая *ius civile*, реально проводило принципы *ius gentium*. В этом же направлении двигалось новое обычное право, слагавшееся в недрах торгового оборота. Особенно сильно содействовало развитию *ius gentium* новое толкование права - *pova interpretatio iuris*. За 50 лет до н.э. оно выдвинуло значение воли как существеннейшего элемента юридических сделок. Другим, столь же могущественным фактором развития *ius gentium* являлось введение так называемой экстраординарной когниции, как более свободной формы разбирательства споров (пп. 90 - 91).

Строгость и формализм гражданского права особенно долго держались в области семейных и наследственных отношений, на которых почти не отражалось действие *ius gentium*. Наоборот, обширная область оборота движимостей, едва намеченная в

цивильном праве, развивалась под влиянием *ius gentium*. Подчеркивая распространенность права народов, римские юристы относили к его области такие исконные институты, как рабство (Гай. 1. 82; D. 1. 5. 4. 1) и даже связанное с завоевательной политикой Рима право военной добычи (D. 41. 1. 5. 7). С особенной силой и быстротой сказалось влияние *ius gentium* на область договорных отношений. Под этим влиянием создались новые типы договоров, которые, в отличие от гражданского права, строились на основе простого соглашения сторон, независимо от каких-либо торжественных обрядов и вообще формальностей. Описанное влияние права народов на *ius civile* было взаимным, так как институты права народов быстро поглощались гражданским правом, и одновременно шел процесс включения (и усовершенствования) старых гражданских норм в право народов. Так, старые гражданские сделки стипуляции (Гай. 3. 93) (см. п. 433), письменного обязательства (Гай. 3. 133) (см. п. 449) и погашение обязательств - *acceptilatio* (D. 46. 4. 8. 4) (см. п. 348) стали распространяться и на peregrinos, и на провинции. Этот процесс все усиливался с развитием римской экономики, так что сами римляне приравнивали *ius gentium* к *ius civile*.

Quod autem gentium, idem civile esse debet (Цицерон, *De off.*, 3.17).

(Что же относится к праву народов, то должно быть признаваемо и гражданским.)

На теоретическую выработку представлений об *ius gentium* оказали большое влияние доктрины греческой философии, перенесенные и усвоенные римскими юристами. Для них *ius gentium*, конечно, всегда оставалось правом чисто римским, а отнюдь не правом иностранным. Теоретически право разделялось юристами на две области права: гражданского и права народов. Тут обнаруживалось влияние Аристотеля, разделявшего право на естественное и законное (*ius naturale* и *ius legitimum*). Это раздвоение повторяет Цицерон (*De origine iuris*, 1. 130). В него вносит новую основу Гай (II в. н.э.), противопоставляющий гражданскому праву как продукту законодательства *ius gentium* как порождение естественного разума (*ratio naturalis*).

На смену описанному представлению пришла новая теория, различавшая три порядка. Она противопоставляла право народов не праву гражданскому, а праву естественному (п. 14) в смысле стоической философии, согласно которой *iure naturae omnes homines aequales sunt* - по праву природы все люди являются равными.

13. *Aequitas* (справедливость). Изложенное противоположение права народов гражданскому праву дополнялось в эпоху principatus противоположением *ius aequum* (справедливое право, или *aequitas*) строгому праву, *ius strictum*. Практикой юристов был введен в обиход принцип справедливости. Закрывая глаза на такое вопиющее неравенство, как рабство, на жестокую эксплуатацию богатыми рабовладельцами свободных бедняков, римские юристы говорят о справедливости как начале равенства всех в области права и перед законом, умеряющем остроту и тяжесть требований гражданского права. В области частного права принцип справедливости долго понимался юристами чисто эмпирически и практически, как стремление идти навстречу нарождавшимся требованиям морали и справедливости. В конце республики и право собственности возводили к естественной справедливости.

Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini... ratam haberi (D. 40. 1. 9. 3).

(Ведь ничто не соответствует так естественной справедливости, как подтверждать в праве... волю собственника.)

Ульпиан (III в. н.э.) при изменившихся условиях эксплуатации земельной собственности временное безвозмездное предоставление ее в пользование (прекарий) считал актом справедливости.

Quod genus liberalitatis (precarium) ex iure gentium descendit... et naturalem habet in se aequitatem (D. 43. 26. 1. 2; 2. 2).

(Этот род щедрости - прекарий происходит от права народов и включает в себе естественную справедливость.)

Считалось несовместимым с принципом справедливости, чтобы кто-нибудь путем обмана (*dolus*) извлекал какую-либо выгоду. Противоположность обману составляла добрая совесть - *bona fides*. Когда претор во многих формулах предписывал судье вынести решение, принимая во внимание соображения доброй совести, то это было лишь применением на практике принципов *aequitas*. Этот принцип находил особо широкое применение в преторском эдикте, и, таким образом, *ius aequum* проникало во многие положения эдикта и преторского права.

Комментаторы эдикта очень часто объясняли постановления преторского права принципом справедливости.

14. Естественное право (*ius naturale*). Указанное выше понимание права народов было римлянами еще расширено и сблизилось с возникшим в конце республики представлением о *ius naturae*, *ius naturale*. Цицерон первый определил его как требования морали и утверждал, что право покоится на неизменном нравственном сознании и законе, который природа вложила в сердца всем людям (*De republica*, 3, 22).

Ульпиан считал в некоторых отношениях и право собственности основанным на естественном праве.

Quarundam rerum dominium pauciscimus iure gentium quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur (D. 41. 1. 1. pr.).

(Право собственности над некоторыми вещами мы приобретаем по праву народов, которое в силу естественного разума одинаково соблюдается между всеми людьми.)

В этом определении как право народов, так и естественный разум в качестве его естественного источника совершенно освобождаются от принадлежности к правовой системе какого-либо государства и возводятся до степени порядка, соблюдаемого всем человечеством.

Представление Ульпиана о естественном праве является вообще чрезвычайно широким. Он признал, что естественное право распространяется даже на животных, тогда как право народов ограничивает свое действие только людьми.

Ius gentium est quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit (D. 1. 1. 1. 4).

(Правом народов является то, которым пользуются народы человечества. Можно легко понять, что последнее отличается от естественного права, так как оно свойственно всем животным, тогда как первое является общим только для людей между собой.)

§ 5. Виды источников права

15. Институции Гая (1. 2) дают такое перечисление отдельных видов источников права: законы (*plebiscita*), сенатусконсульты, конституции императоров, эдикты магистратов, ответы юристов (*responsa prudentium*). Этот перечень должен быть дополнен еще одним источником, а именно обычным правом.

§ 6. Обычное право

16. Институции Юстиниана разделяли все право по признаку письменной и устной формы источников.

В последнюю категорию источников входил древнейший источник права - обычай, осуществлявшийся *sine lege certa, sine iure certo*, т.е. когда не было ни определенного закона, ни определенного права. Существовали только обычаи и религиозные предписания - *populus, sed mos ac fas*. Терминология для обозначения обычая исторически изменялась. Древнейшие названия - *mores maiorum* и *usus* - сменились в начале нашей эры более отчетливым *consuetudo*. Помпоний (D. 1. 2. 2. 3) противопоставляет *mores maiorum* законам, и в особенности кодификации XII таблиц (V в. до н.э.). Необходимость последней римская традиция объясняла неизвестностью права, которое до тех пор оставалось неформулированным в

определенном акте, а сами законы XII таблиц в большей части были закреплением обычаев. Сюда относились нормы, укрепившие полноту отцовской власти, регулировавшие отношения между супругами, порядки опеки и наследования. Опубликование XII таблиц государственной властью превратили этот сборник обычаев и новых распоряжений в свод законов гражданского права, который стал исходным пунктом дальнейшего развития римского права.

С усилением законодательной деятельности государства обычай (*ius non scriptum*) в значительной мере потерял свое значение. Но все-таки и в эпоху распространения римского государства на весь бассейн Средиземного моря обычай не перестал быть источником права. Цицерон (*Topica*, 28, 31) поместил *more* рядом с *leges*, видя в них отдельный вид действующего права.

С установлением римского мирового господства в новых условиях правовой жизни обычай стал выполнять новые задачи - именно функцию отмены и преодоления явно устаревших норм гражданского, квинтского права. Такая отмена называлась *desuetudo*, и в ней обычай осуществлял задачи расчистки места для новых норм и в этом смысле имел большое значение для обновления права. Так, например, этим путем после Пунических войн стали выходить из применения формальные сделки и обряды квинтского права.

Наряду с прежним обычаем появляется новый - судебный, и судебная практика.

В эпоху принципата значение обычая как живого источника права с большой силой разобрано и отмечено Юлианом. Он признавал за ним такую же силу и такое же основание, как и за законом.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est ius quod dicitur moribus esse constitutum, nam cum ipsae legis nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et facis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur (D. 1. 3. 32. 1).

(Установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается, как закон, и это есть право, о котором говорится, что оно установлено нравами. Ведь самые законы связывают нас не по какой-либо другой причине, как по той, что они приняты по решению народа. Заслуженно соблюдается и то, что народ без всякой записи выражает свою волю на самом деле и фактами. Поэтому совершенно правильно принято даже такое правило, что законы отменяются не только по решению законодателя, но также и в силу молчаливого согласия всех, путем неприменения.)

В этом тексте Юлиан намечает и образующие обычай признаки - давнее применение и молчаливое согласие общества.

Теория Юлиана находилась во внутреннем противоречии с условиями времени ее появления (II в. н.э.). Римская традиция о народном суверенитете и законодательной власти народа давно была уже опровергнута диктатурой цезарей и продолжала жить лишь в теории. Власть, однако, не препятствовала изложению римским юристом теории обычая в его архаическом аспекте: в ряде случаев императоры поддерживали видимость сохранения прежних форм государственной власти.

В начале домината в практике законодательства оформилась тенденция, противоположная теории Юлиана, и было запрещено действие обычаев, которые отменяют законы. В 319 г. н.э. последовало новое распоряжение:

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem (C. 8. 52. 2).

(Авторитет обычая и долговременного применения представляется немалым, однако его не следует доводить до такого значения, чтобы он преодолевал разум или закон.)

При издании этой конституции имелось в виду ограничить местные обычаи (Египта, Сирии, Аравии и других провинций). С другой стороны, конституция выдвигает на вид общие смысл и цели закона - *ratio iuris*. Его не могут изменять местные пережитки и состояние права, иногда в его первобытной форме.

§ 7. Закон

17. Понятие закона в республиканском Риме. В Древнем Риме законом являлось решение комиций - народного собрания (*populus*) того или иного вида (по куриям, центуриям, трибам). Для полной силы закона требовалось содействие трех органов римского государства. Такими являлись:

(1) Магистрат, имевший *ius cum populo agendi* - право созывать народное собрание (консул, диктатор, претор), должен был сначала выработать письменный проект закона (*rogatio legis*), испрошение закона.

(2) Народ, собранный магистратом в комиции, мог принять или отвергнуть проект целиком, но не обсуждал его, так что весь процесс прохождения закона сводился к вопросу магистрата, предлагающего закон, и положительного или отрицательного ответа со стороны народа ("как просишь" - *uti rogas* или "стою на старом законе" - *antiquo legem*).

(3) Наконец, закон, предложенный магистратом и принятый народом, нуждался в ратификации или одобрении со стороны сената (*auctoritas patrum*). Принятые таким образом законы носили название *leges rogatae*. Испрошенным законам противопоставлялись к концу республики законы, устанавливавшиеся по делегации законодателя полководцами в завоеванных провинциях (*leges datae*).

18. Виды законов по санкции их. Формулировка принятых законов распадалась на три части: а) надпись (*praescriptio*), указывавшая имена инициаторов закона, вид народного собрания и обстоятельства, вызвавшие издание закона; б) *rogatio* - содержание самого закона и в) санкция (*sanctio*). Последняя содержала гарантии соблюдения закона. Со стороны этих гарантий различались: *leges perfectae*, *minus quam perfectae* и *leges imperfectae*. Первыми считались законы, воспрещавшие какой-либо юридический акт и объявлявшие его ничтожным, вторая категория боролась с нежелательными актами угрозой невыгодных последствий, не объявляя ничтожными самих актов.

Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit (Ulp. 1. 1. 2).

(Менее, чем законченным, является закон, запрещающий какое-либо действие, но, если оно совершится, не отменяющий его, а налагающий штраф на того, кто поступил вопреки закону.)

Третья категория законов содержала только воспрещение актов, без угрозы невыгодными последствиями. Республиканскому законодательству было свойственно избегать издания *leges perfectae*. Последующее время, особенно при императорах, изменило в обратную сторону законодательную политику, и с V в. при сомнении всякий воспрещающий закон считался *lex perfecta* (C. 1. 14. 5).

19. Отмирание республиканского законодательства в эпоху принципата. Август, стремясь поддержать иллюзию народного суверенитета, пытался возобновить законодательную деятельность комиций для своих реформ, желая подкрепить их мнимой волей народа. Но к концу I в. н.э. народные собрания перестали проводить законы, хотя их законодательная власть не была упразднена. Последнее упоминание о народных собраниях находится в аграрном законе конца I в. н.э. (D. 47. 21. 3. 1).

§ 8. Эдикты магистратов и преторское право

20. Эдикты магистратов. Третий чисто римский источник права, перешедший от республиканского Рима, представляли эдикты магистратов (претора, курульного эдила, правителя провинции).

При вступлении в должность магистрат издавал эдикт, в котором объявлял программу своей деятельности, обязательную для него на время его службы. Особенно большое значение получили эдикты преторов (содержавшие указания, при каких обстоятельствах будет даваться судебная защита).

Эдикты преторов послужили источником образования особой системы преторского (или гонорарного, от *honores*, почетные должности) права. В эпоху принципата за преторами сохранялось прежнее право издавать эдикты. По-прежнему эдикт ставится наравне с гражданским правом. Однако независимое положение преторов и самостоятельное осуществление ими своей власти не согласовались больше с новыми формами государственного устройства. Издание преторами своих эдиктов (*ius edicendi*) формально не прекратилось, но они не могли вступать в конфликт с императорской властью. Подчиненные сенату преторы потеряли всякую инициативу. Сенат обычно предписывал преторам проводить свои постановления (выносившиеся под сильным влиянием императоров), и те послушно предоставляли специальные иски. Вводилось уже мало нового в эдикты предшественников, а новые статьи добавлялись только по предложениям сената или особо влиятельных юристов. Конечно, в начале принципата таково же было влияние и императора, но усиление императорской юрисдикции пока было направлено на содействие преторскому формулярному процессу, который номинально остался неприкосновенным.

21. Кодификация преторского права. Дальнейшее развитие преторской деятельности формально потеряло свое основание, когда при Адриане, в целях закрепления отдельных постановлений преторского права, юристу Сальвию Юлиану было поручено собрать, пересмотреть и привести в порядок накопившиеся к тому времени материалы постоянного эдикта - *edictum perpetuum* (125 - 138 гг. н.э.). Содержание прежних эдиктов в совокупности было окончательно зафиксировано. Другими словами, была произведена кодификация преторского права. Правда, *edictum perpetuum* не был признан законом, но, по предложению императора, особый сенатусконсульт объявил его неизменяемым; право делать прибавления и дополнения было оставлено лишь за императором. Последний с момента редактирования эдикта заменил *viva vox iuris civilis* - живой голос гражданского права. Преторы продолжали выставлять эдикт в Риме и в провинциях, но только в окончательной редакции Юлиана. Юлиановская редакция эдикта не сохранилась, однако благодаря вызванному кодификацией эдикта и в основном дошедшим до нас обширным комментариям Гая, Ульпиана и Павла стало возможным восстановить и текст и расположение содержавшихся в эдикте постановлений и формул. Существование комментария Гая также к провинциальному эдикту - *edictum provinciale* - заставляет предполагать, что Юлиан кодифицировал не только эдикт городских преторов, но и эдикт провинциальных правителей. Эдикт же преторов peregrinorum остался, по-видимому, вне кодификации. Если источники совершенно определенно говорят об одном эдикте, то это происходит в силу уравнивания в 212 г. н.э. юридического положения свободных обитателей Римской империи, для которых другие эдикты потеряли всякое значение. Эдикт распадался на определенное число титулов небольшого объема с заглавиями (*de iudiciis*, *de rebus creditis* и т.д.) и охватывал две части. В главной части были опубликованы отдельные моменты и пункты исков, *clausulae edictales*, в дополнительной - приведены типовые формуляры исков. В эдикте не соблюдалась особая система, так как содержание его складывалось исторически, в течение веков, и обуславливалось практическими соображениями и историческими случайностями. Содержание эдикта вытекало при республике из компетенции (*officium*) судебных магистратов и устанавливалось ими по соображениям современной политики правящего класса.

22. Отношение между гражданским и преторским правом. Между гражданским и преторским правом имело место живое взаимодействие; некоторые правила *ius civile* воспроизводились в эдикте, и обратно, достижения преторского права переходили в область *ius civile*. Императорские конституции и рескрипты, развивая гражданское право, шли иногда путем заимствований из эдикта. Процесс такого взаимодействия захватывал различные институты права. В некоторых областях права на почве преторского эдикта сложились целые новые институты. Так, рядом с *dominium ex*

iure Quiritium (квиритской собственностью) возникла так называемая бонитарная (in bonis esse - см. п. 193), наряду с гражданским наследником (heres) стал преторский владелец наследства (bonorum possessor - см. п. 236). В других институтах благодаря преторскому эдикту преобразовывалось содержание институтов гражданского права.

Уже было указано, как две области права - области гражданского и преторского права - в процессе отмеченного выше взаимодействия медленно сближались между собой. После кодификации эдикта Сальвием Юлианом, при Адриане, это сближение стало еще более тесным. Правда, формальное противоположение двух систем в силу римского консерватизма сохранялось до Юстиниана, как историческое переживание. Но еще с эпохи классических юристов началось слияние гражданского и преторского права в один юридический порядок. С особой быстротой оно пошло в IV и V вв. н.э. и оказало огромное влияние на структуру всех институтов и их систематическую разработку. Нормы и институты, которые кажутся часто новыми в кодификации Юстиниана, в сущности представляют результат начавшегося за три столетия слияния этих двух систем права. Об этом свидетельствует автор первых двух книг Институций Юстиниана - Дорифей:

Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi constitutum est... (I. 2. 10. 3).

(Но так как постепенно, из обычая людей, с одной стороны, и нововведений конституций, с другой, гражданское право начало приходить к единообразию с преторским, то было установлено...)

Этот текст, включенный в элементарное руководство VI в. н.э., передает чрезвычайно важный факт в истории источников римского права как вполне естественный. Текст указывает, что постепенно путем практики, очевидно судебной и деловой, а также под воздействием императорских конституций, исправлявших действующий закон, возникло новое право.

§ 9. Сенатусконсульты

23. В начале принципата превратились в законодательные акты постановления сената (редкие при республике). С I до середины III вв. н.э. сенатусконсульты являлись основной формой законодательства, хотя и прикрываемой старой формулой, что сенат только полагает, советует и рекомендует (censet, videtur, placet). В сенатусконсультах нередко давались лишь общие принципиальные положения, а затем предоставлялось преторам указать в эдикте средства их практического осуществления, так что некоторые сенатусконсульты можно назвать неоформленными законами. Сенатские законы назывались так же, как и законы в юридическом обиходе, по имени или прозвищу тех лиц, кто их предложил (исключение S. C. Macedonianum - см. п. 466). Сенат не имел законодательной инициативы. Его постановления чаще всего являлись лишь оформлением предложений императора, которые тот в силу своей власти мог вносить в сенат письменно или устно, так называемая oratio principis in senatu habita - речь императора, произнесенная в сенате.

§ 10. Юриспруденция

24. Деятельность старых республиканских юристов. Римская юриспруденция ведет свое начало от практической деятельности юристов республиканского периода. Развивавшаяся экономика и усложнение форм оборота предъявляли новые разнообразные запросы, требовавшие точной формулировки прав рабовладельцев. Рядом с этим противоречия интересов крупных землевладельцев и богатей-ростовщиков на почве различия применявшихся теми и другими методов эксплуатации крестьян и других малоимущих слоев населения, в частности - провинциалов, в свою очередь, делало необходимой помощь юристов в целях наилучшего урегулирования возникавших вопросов.

Юристы, являвшиеся представителями класса рабовладельцев, с успехом разрешали ставившиеся им жизнью задачи: закрепление прав собственника, выработку форм

договоров и т.п.

В республиканский период их деятельность имела практический характер и выражалась в редактировании формальных актов (*cavere*), в руководстве ведением судебных дел (*agere*), в даче советов (*respondere*). По дошедшим до нас отрывкам сочинений республиканских юристов и ссылкам на них позднейших юристов следует признать, что уже тогда юридическая техника достигла довольно высокого уровня.

Деятельность старых республиканских юристов выражалась, прежде всего, в толковании права.

Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit (D. 1. 2. 2. 12. Pomponius).

(Так и в нашем государстве (правосудие) строится или на основании права, т.е. писаного закона, или действует собственное гражданское право, которое устанавливается без записи, одним толкованием знатоков права.)

В этих словах Помпония подчеркнута творческая роль римского толкования законов и его значение как источника права. Так, путем толкования XII таблиц были выработаны институты эманципации (освобождения) детей от отцовской власти, наследования по закону и др. Путем толкования развилась большая часть институтов гражданского права. Древнее толкование III - II вв. до н.э. строго держалось словесной формы, в которую облакались законы или сделки. Цицерон рисует это состояние и метод словами - *veteres verba tenuerunt* - древние держались за слова (*pro Murena*, 11), подчеркивая консерватизм методов старого толкования.

25. Литературные произведения старых юристов. В соответствии с практическим характером деятельности старых республиканских юристов их литературная деятельность выражалась в комментариях к законам XII таблиц (таков комментарий Элия Пета Ката, II в. до н.э., в трех частях: объяснения текста, толкования юристов и исковые формулы). Более поздние произведения дают обобщение практики, ряд юридических правил - *regulae* (Марк Порций Катон - отец и сын, II до н.э.). Наконец, появились систематические комментарии по отдельным системам гражданского и преторского права. Кв. М. Сцевола (I в. до н.э.) был составителем первого подробного изложения гражданского права в 18 книгах. Сервий Сульпиций Руф (I в. до н.э.) дал первый комментарий преторского эдикта. Его ученик Алфен Вар комментировал обе системы (гражданского и преторского) права в 40 книгах *дигест*.

Из других республиканских юристов нужно назвать Марка Манилия, Марка Юния Брута и Публия Муция Сцеволу (II в. до н.э.), о которых позднейшие юристы говорили, что они "основали гражданское право" (D. 1. 2. 2. 39). Выдающимся юристом был также Цицерон (I в. до н.э.).

26. Деятельность классических юристов. Особого расцвета римская юриспруденция достигла в период принципата (I - III вв. н.э.), признаваемый за классический. В именно эту эпоху право частной собственности, частное право, достигло своего высшего развития. Это обуславливало широкое развитие деятельности юристов.

Задачи, стоявшие перед юристами классической эпохи, отличались большой сложностью. Классовые противоречия все больше углублялись и обострялись, восстания рабов приняли такие формы и размеры, что весь рабовладельческий строй оказывался в опасности, и требовались чрезвычайные меры для обеспечения господства верхушки рабовладельческого класса. Беспрерывно росли и противоречия между различными группировками свободного населения. С другой стороны, рост государственной территории, расширение торгового оборота, развитие и усложнение всех хозяйственных отношений вызывали необходимость соответствующих изменений правовой надстройки. Необходимо было проявить гибкость и разрешать вновь возникающие вопросы в интересах господствующего класса, в первую очередь - в целях закрепления неограниченного права собственности рабовладельцев на рабов и права собственности на землю.

Классические юристы успешно справились со стоявшими перед ними задачами.

Верные своему практическому направлению, они в своих кратких и весьма четких решениях отдельных казусов удовлетворяли новые запросы жизни в соответствии с интересами господствующего класса. При этом нередко наблюдалось, что, устанавливая по существу новые принципы, римские юристы приурочивали их к старым понятиям и подкрепляли ссылкой на авторитет старых юристов: в этом сказывался присущий римским юристам консерватизм. Но, наряду с этим, в их деятельности, и прежде всего в толковании закона, определенно сказывалось и прогрессивное начало. На место прежнего словесно-грамматического толкования законов и сделок является толкование *ex voluntate*, основанное на отыскании воли закона или сторон. Как говорит Цельз,

scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (D. 1. 3. 17).

(знать законы - это не значит держаться за их слова, но (понимать) их силу и значение (мощь).)

Классические юристы не отходили, однако, без нужды от грамматически-словесного толкования. При отсутствии в словах закона или сделки какой-либо двусмысленности недопустимо особо ставить вопрос о воле - *quaestio voluntatis*.

Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio (D. 32. 25. 1).

(Когда слова не возбуждают никаких разногласий, не следует допускать (постановки) вопроса о воле.)

Отходя от старого, строго гражданского права (*strictum ius*), новое толкование направилось в сторону искания *aequum et bonum* - справедливого и доброго.

Это новое толкование опиралось на зачатки тогдашней науки. Риторическая теория толкования права к концу республики вошла в систему обучения, достигла зрелости и оказала глубокое влияние на римскую юриспруденцию. Она примыкала к аристотелевской науке и ставила себе целью научить своих учеников возможно логичному толкованию. Риторическая теория энергично протестовала против старого формализма и буквального толкования, из которого проистекало, что высочайшее право - *summum ius* - становилось глубочайшей несправедливостью - *summa iniuria*. В спорных случаях теория внушала искать настоящей воли законодателя, выявлять те цели, которые преследовал законодатель (*ratio legis*), в юридических же сделках цели, которые ставили себе договаривающиеся стороны (*lex contractus*).

27. *Ius respondendi*. В республиканскую эпоху не существовало юрисконсультов и заинтересованные лица обычно обращались к тем, к кому имели доверие. Август и его преемники, в целях привлечения на свою сторону авторитетного сословия юристов, предоставили некоторым наиболее выдающимся юристам *ius publice respondendi* - право давать официальные консультации по поручению императора, *ex auctoritate principis* (D. 1. 2. 2. 48 - 50; Гай. 1. 7) в ответ на запросы, обращавшиеся к императору. *Responsa* (ответы) таких привилегированных юристов имели такую же силу, как и собственные императорские толкования, и были обязательны для судей.

28. Классические юристы. В период от I до середины III вв. работали многие выдающиеся юристы, совмещавшие глубину теоретических знаний, практические дарования, педагогически-воспитательное влияние и, наконец, оставившие литературное наследие. Целую эпоху в этом отношении составил юрист начала принципата М.А. Лабеон, приверженец республиканских идей, новатор в области права (*plurima innovare instituit*). Лабеон оказал продолжительное влияние на дальнейшее развитие юриспруденции и считается основателем юридической школы прокулианцев (названной по имени его ближайшего ученика Прокула). Его политический противник Капитон, имевший меньшее значение, был основателем другой юридической школы - Сабиньянской, названной по имени его знаменитого ученика Мазурия Сабина (незнатного происхождения, достигшего только к 50 г. всаднического звания). Сабин был величайшим юристом I в. н.э., комментировавшим гражданское право. Из школы прокулианцев вышли Ювенций Цельз - отец и сын. Из сабинианцев во II в. надо отметить Сальвия Юлиана, получившего при Адриане

поручение кодифицировать преторское право и успешно выполнившего это поручение (см. п. 21). Ученик Сабина - Африкан много сохранил от своего учителя, следуя ему иногда дословно, но отличается трудностью для понимания. Трудно сказать, к какой школе относился Помпоний, которому история римского права обязана сведениями о развитии юриспруденции и отдельных ее представителях (D. 1. 2. 2. 47 - 53). Последним сабинианцем считается Гай, не отличавшийся глубиной, но оставивший учебное руководство - Институции, написанные с большой ясностью. К III в. н.э. относится стоящий вне школ Эмилий Папиниан, острейший среди римских казуистов, блестящий по сжатости стилист, ставший для позднейших поколений "первым из всех" (*primus omnium*). Папиниан занимал выдающееся место по совершенству формы и точности приемов подведения отдельных случаев под соответствующие правила и нормы права.

Менее яркими, но также крупными юристами III в. н.э. были Павел и Ульпиан. Павел являлся представителем того направления юристов, которые видели основную задачу в собирании, обработке и комментировании работ предшественников. Он был все же более смел и оригинален, чем действовавший несколько позднее в том же направлении многоречивый Ульпиан.

29. Упадок юриспруденции. С середины III в. н.э. начинается упадок юриспруденции. Если в эпоху принципата юристы были нужны императору в качестве одного из каналов для проведения и поддержки императорской политики, то при доминате эта их роль оказалась уже законченной. Императорская власть стала абсолютной, и воля императора оказалась единственным источником права. *Ius respondendi* больше не дается; юристы работают главным образом в качестве чиновников императорской канцелярии. Однако *responsa* классических юристов сохранили значение источника права: в 426 г. был издан Закон "О цитировании юристов", признававший обязательное значение за сочинениями Папиниана, Павла, Ульпиана, Гая, Модестина (и тех юристов, сочинения которых приводятся этими авторами). При различии мнений этих юристов предписывалось придерживаться мнения, за которое высказалось большинство, а при равенстве голосов отдавалось предпочтение мнению Папиниана.

Из юристов эпохи домината сколько-нибудь выдающимся можно признать Гермогениана (приблизительно IV в.).

30. Юридическая литература. Юридическая литература классической эпохи была чрезвычайно разнообразна и различно освещала проблемы права. Для начинающих назначались элементарные руководства - институции (*institutiones*, *enchiridia*), определения (*definitiones*), правила (*regulae*). Практическим целям служили сборники консультаций и казусов - ответы, письма, проблемы и диспутации (*responsa*, *epistolae*, *quaestiones*, *disputationes*). Более обширные работы представляли комментарии к эдикту, книги по гражданскому праву, комментарии к Кв. Муцию и М. Сабину, где излагалась прежняя система *ius civile* (*libri iuris civilis*). Настоящие своды давали дигесты, в которых рассматривалось одновременно и преторское, и гражданское право. Сюда же относились комментарии к отдельным законам, сенатусконсультам, монографии по отдельным отраслям права, специальные монографии по законодательству - своду XII таблиц, императорскому законодательству.

Наибольшей популярностью пользовались краткие элементарные руководства - *institutiones*. Обучение юристов в республиканском Риме выражалось в допущении молодых юристов к слушанию даваемых консультаций и к обсуждению с ними отдельных казусов (*instruere*). В конце республики стали вести систематическое чтение лекций (*instituere*). В качестве пособия к этим занятиям и появились *institutiones*. Наибольшей популярностью пользовались Институции Гая. В конце классического периода появились Институции Марциана, Каллистрата, Павла и Ульпиана. Но они не могли затмить старых Институций Гая (II в. н.э.), послуживших в дальнейшем образцом институционной системы. Их своеобразную систему можно назвать доктринальной; при отсутствии или лишь кратком рассмотрении исторического материала все сосредоточено на догматическом изложении

действующего права. Институционная система излагает право и его применение не разрозненно, в случайном смешении казуистики, как это делали упоминавшиеся выше "Вопросы" и "Ответы", "Правила" и "Споры", а стремится весь материал расчленить с точки зрения общих правовых категорий, какими прежде всего являются лица, вещи и иски.

Институции Гая дополняются еще его сочинением "*Res quotidianae*" ("Повседневные дела"). В совокупности они дают краткий обзор всего действующего права, привлекая к изложению две системы - гражданского и преторского права, с преобладанием догматического изложения над историческим. Институции Гая получили широкое распространение у юристов и грамматиков последующей эпохи, а в VI в. н.э. они, правда, в искаженном и переработанном виде, были внесены в кодификацию Юстиниана (см. п. 38). Еще в V в. н.э. они распространялись в Италии в списках, в своем подлинном виде. Один из таких списков, с ошибками и искажениями, был найден в библиотеке в Вероне ученым Нибуrom (1816 г.). Текст Институций был стерт и покрыт сверху посланиями Иеронима (VIII или IX в.). Восстановленная рукопись - палимпсест (т.е. пергамент, текст которого был ранее соскоблен и по нему было написано что-нибудь заново) известен под названием Веронской. В 1933 г. в Александрии были куплены у антиквара пергаментные листы с отрывками Гая, дополняющие Веронский палимпсест. Они называются то "новыми отрывками Гая", то - Александрийский, Египетский и Флорентийский Гай (по месту находки и хранения). Существуют русские переводы Институций Гая - Расснера (1888 г.), Дыдынского (1890 - 1892 гг.), М. Бобина - III и IV книг (Харьков, 1892 г.).

Из обширной литературы юристов-классиков до нас в полном виде дошло очень немного и часто в искаженном виде. Помимо упомянутых выше Институций Гая следует отметить:

(1) Так называемые *fragmenta Ulpiani*. Дошедшая до нас рукопись была написана в Галлии в X в. и найдена в библиотеке Ватикана. В ней содержатся извлечения из сочинения Ульпиана - *liber singularis regularum*. Написано это сочинение по системе Институций Гая.

(2) *Sententiarum libri quinque ad filium* - называемые *sententiae receptae* Павла. Принадлежность их Павлу сомнительна. Это руководство по гражданскому и уголовному праву и процессу благодаря полноте и относительной краткости было широко распространено и особо отмечено в Законе о цитировании (см. п. 29). В послеклассическую эпоху было издано в сокращенном и переработанном виде. Извлечения вошли в Вестготский свод законов.

31. Позднейшие литературные памятники. Из более поздних памятников IV и V вв. эпохи домината дошли:

(1) Так называемые *Fragmenta Vaticana* - рукопись, найденная в 1821 г. в Ватиканской библиотеке; она представляет собой сборник *ius* и *leges* и содержит семь глав: о купле-продаже, узуфрукте, приданом, опеке, дарении и прокураторах. *Ius* представлено в извлечениях из сочинений Папиниана, Ульпиана и Павла (Гай не представлен). *Leges* - почти исключительно конституции до 318 г., а также три многоречивых закона Константина и один Валентиниана I от 372 г. О происхождении сборника ничего не известно. Труд, по-видимому, составлен до 438 г., так как Кодекс Феодосия (см. п. 35) в нем не упоминается.

(2) *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (неизвестного автора) в трех рукописях VIII - XI вв., содержит сопоставление законов Моисея и римского права в 16 главах, относящихся преимущественно к уголовному праву.

(3) *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*. Это сборник мнений юриста (имя которого неизвестно), жившего, по-видимому, в Галлии, в конце V или начале VI в. Автор дает советы (главным образом из области договорного права) своим доверителям.

(4) *Leges saeculares* - сирийско-римский законник, который пользовался большим влиянием на Востоке и не был вытеснен законодательством Юстиниана. Книга

излагает римское право весьма неполно, часто не понимая и искажая смысл путем добавлений, по-видимому, из местного права. В основание положены изречения классических юристов, но в результате усиленной и часто непонятной переработки они почти неузнаваемы. Работа была написана первоначально по-гречески, затем переведена на сирийский язык, и этот перевод подвергся переработке на арабском и армянском языках.

§ 11. Императорские конституции

32. Виды конституций. В эпоху принципата издавались конституции в четырех основных формах: а) эдикты - общие распоряжения (по названию продолжавшие практику республиканских магистратов, но существенно отличавшиеся от эдиктов магистратов, поскольку императорские эдикты содержали не программу деятельности, а постановления, обязательные для всех должностных лиц и населения); б) декреты - решения по судебным делам; в) рескрипты - ответы на поступающие к императорам вопросы; г) мандаты - инструкции чиновникам по административным и судебным вопросам.

Из этих четырех форм в период домината мандаты выходят из употребления; декреты и рескрипты имеют силу только по конкретным делам, в связи с которыми они даны, и, таким образом, основной формой закона является императорский эдикт.

Многочисленность и разбросанность императорских конституций вызвали потребность их объединения. Последовавшее в конце III в. разделение империи на две половины придало задаче такого собрания и политическое значение. Оно назначено было служить символом единства права, при политическом разделении государственного аппарата. Инициатива по кодификации конституций, однако не была взята на себя правительством. Кодификация была произведена частными лицами.

33. *Codex Gregorianus*. В конце III в. (295 г.) был выпущен *Codex Gregorianus*, названный так по имени автора, Грегориана. Он собрал конституции, начиная с Адриана и кончая современными ему. В подлинном виде этот Кодекс не сохранился, но в значительной части вошел в ряд других памятников (*Fragmenta Vaticana*, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, *lex romana Visigothorum*, *lex romana Burgundiorum*).

Оригинальной системы составитель не выработал и из 19 книг, на которые распадается этот Кодекс, в 13 книгах следовал системе преторского эдикта последней редакции. Книги делились на титулы с предметными рубриками; но материал размещался неравномерно и пестро. В пределах титулов конституции приведены в хронологическом порядке с указанием адресатов и времени издания (*inscriptio* и *subscriptio*). В 14-й и следующих книгах трактовались уголовное право и процесс. Принятое к практическому применению собрание Грегориана пользовалось официальным признанием и авторитетом в последующие два века, пока его не отменил Кодекс Юстиниана.

34. *Codex Hermogenianus*. Дополнением к первому собранию явился после 295 г. второй *Codex*, названный *Hermogenianus* по имени составителя Гермогениана. Он трижды пересматривался составителем, который подверг большинство конституций тщательной редакции. Всего было собрано 120 конституций, разделенных по содержанию на 69 титулов, без объединения в книги. Система и расположение титулов этого Кодекса не могут быть восстановлены.

35. *Codex Theodosianus*. Первым официальным собранием конституций был *Codex Theodosianus*. Восточно-римский император Феодосий II (402 - 450 гг.) или, вернее, его правительство имело широкие кодификационные планы - опубликовать сборник императорских конституций со включением *ius*, т.е. произведений классиков. Обширность программы затормозила это предприятие, и в конце концов были собраны только императорские конституции. Кодекс был переслан в Рим и принят соправителем Феодосия II Валентинианом III. Несмотря на то что Кодекс был составлен на Востоке, он имел на Западе, в Галлии, более продолжительное влияние и применялся там даже тогда, когда был отменен на Востоке Кодексом

Юстиниана. Кодекс Феодосия сохранился в многочисленных рукописях и переиздавался как в Средние века, так и в Новое время.

Кодекс распадается на 16 книг, разделенных по предметным титулам.

В Кодексе Феодосия получили отражение изменения, которые произошли в государственной и частноправовой сфере рабовладельческого государства. Открытый абсолютизм монархии восточного типа был ярко отражен в общественной и служебной иерархии. Потрясения, вызванные революцией III в. в экономике и праве, заставили пересмотреть ряд вопросов частного права, связанных с землевладением, и т.п. В частности, следует отметить процесс закрепощения, начиная со свободного прежде колона и кончая высшими сословиями.

Глава 2

КОДИФИКАЦИЯ ЮСТИНИАНА

§ 12. Задачи и процесс кодификационных работ при Юстиниане

36. Задачи кодификации. Устремления юстиниановского периода (первая половина VI в.) были направлены на осуществление грандиозной и непосильной задачи восстановления единства Римской империи. К этой цели сводилась политика и в области законодательства.

Законодательная политика ставила задачей из двух потоков памятников прошлого - императорских законов (*leges*) и работ классических юристов (*ius*) - создать свод законов, пригодных для применения в новых политических и экономических условиях. Для того чтобы старые источники права превратить в живые источники нового права, нужно было создать из хаоса текстов, законов, конституций одно стройное целое. Перед юристами была поставлена еще задача использовать все, что дало развитие права за три столетия, прошедшие между классическим периодом и этой эпохой, т.е. отразить изменения, которые претерпело римское право при пересадке его с Запада на Восток, под греческими, восточными и христианскими влияниями, а также и тех изменений, которые происходили на Востоке под влиянием западной послеклассической литературы. Таким образом, свод законов Юстиниана является в основном компиляцией из существовавших до того источников, но многократно преобразованных, переделанных и обобщенных. Кодификация Юстиниана отличается от предыдущих кодификаций несравненно большим размахом и более высокой творческой силой. В ней обнаруживается не только более широкая основа источников и более обильное их использование, но и гораздо более тщательная обработка избранных текстов.

37. Объем кодификации. Предыдущие своды были сборниками только *leges*; вопрос о собирании материалов *ius*, поставленный при Феодосии II, не был реализован. Предварительные сборники и хрестоматии по *ius* были плодом работ и знаний беритской и константинопольской правовых школ, где еще в V в. н.э. укрепилось изучение римского права. Преподаватели стремились приспособить классические труды к новому порядку вещей, установленному абсолютной монархией. Эти-то труды и были использованы в кодификации Юстиниана. Кодификация имеет много недостатков, особенно в самой технике законодательства, но имеются и положительные стороны, в частности в области некоторых нововведений.

Характерно было стремление соединить разнообразные ветви римского права (например, гражданское и преторское право, гражданское и право народов Италии и провинций) и удалить отжившие институты (*mancipatio*, *in iure cessio*, *fiducia*) (см. пп. 196, 197, 407 и др.). В иных случаях ясно видны попытки придать новое содержание перешедшим от прошлого правовым понятиям и институтам и таким путем сохранить их жизненность (например, *litterarum obligatio in ius vocatio*, *litis contestatio*) (см. пп. 53, 74, 449). Новый законодательный труд стремился быть продолжением развития классического права и устранить недостатки его, выступавшие до того времени в трудах юристов и императорских конституциях. Составители уделяли внимание новым правовым воззрениям; в результате этого римское частное право сделалось более пригодным для восприятия его в

дальнейшем новыми народами.

38. Ход кодификации. Руководство кодификационными работами было возложено на *magister officiorum* и *quaestor sacri palatii* Трибониана. Юстиниан назначил 13 февраля 528 г. комиссию из десяти членов, с участием Трибониана и константинопольского преподавателя права Теофила; этой комиссии было поручено составить в первую очередь свод конституций. Три прежних собрания облегчили работу комиссии, и 7 апреля 529 г. собрание конституций было опубликовано как *Codex Iustinianus* и вместе с тем было запрещено пользоваться старыми собраниями.

Пока шли работы по кодификации конституций, целый ряд спорных вопросов, разделявших старых юристов и вызвавших закон о цитировании, был решен в 529 г. путем отдельных (до 50) императорских конституций (*quinquaginta decisiones*). Было еще издано свыше 200 законов для преобразования старого права, причем некоторые институты были совсем устранены, другие реформированы.

Кодификация юридической литературы была возложена 15 декабря 530 г. на комиссию из семнадцати членов под председательством Трибониана с участием Теофила и беритского профессора Дорофея. Закон о цитировании не связывал комиссии, и она могла привлекать всех *iuris auctores*. Компиляторы должны были из громадной массы правовой литературы выбирать самое необходимое (непрактичное исключать или переделывать, не допускать повторений и противоречий) и обработать для свода законов. Сокращения, добавления и изменения старых текстов были прямо предписаны, с предоставлением компиляторам свободы действий в этом отношении. Этим правом весьма часто пользовались, и множество текстов было "улучшено", как хвастливо уверяет император. Изменения, или, как их называли, "улучшения", касались не только отдельных технических выражений, относящихся к устаревшим правоотношениям и заменявшихся терминами действующего права (вместо *mancipatio* ставилась *traditio*, вместо *fiducia* - *pignus* и т.д.), но и целые фразы и части фраз вычеркивались, другие переделывались, и вводились новые. Многие из этих изменений открыты и стали известны под названием *interpolationes* с XVI в. Работа по обнаружению интерполяций ведется и до настоящего времени. От интерполяций следует отличать глоссы, т.е. объяснения непонятных слов и терминов переписчиками и читателями, попадавшие в самые тексты в рукописях и до компиляторов. Собраны были сочинения 39 юристов, неполный список которых приложен к старейшей рукописи (*Index Florentinus*). План производства выборки из сочинений юристов был установлен наперед. Материал разделен на 50 книг, которые, кроме 30 - 32 книг, распадаются на титулы. Книга 1 служила введением, книги 2 - 46 следуют системе преторского эдикта со значительными изменениями и дополнениями, книги 47 и 48 отведены уголовному праву и процессу, книга 49 - обжалованию, финансам и военному праву, последняя, 50 книга - муниципальному праву и особым дополнениям.

Для ускорения работы комиссии она разделилась на три подкомиссии, собиравшие: первая - произведения по гражданскому праву (так называемая Сабиновская масса сочинений), вторая - по преторскому праву (так называемая эдиктальная масса), третья - произведения Папиниана (так называемая Папиниановская масса) и кое-где сюда присоединилась группа приложений (так называемый *Appendix*). Выборки, произведенные в секциях, сводились воедино на общих собраниях комиссии и размещались в книгах под соответствующими титулами. Все собрание получило наименование *Digesta*, завещанное классической литературой (т.е. собрание юридических материалов).

16 декабря 533 г. законченная работа была опубликована как *Digesta* или *Pandectae Iustinianae*. Применение старых источников было воспрещено, и во избежание контрверз были запрещены также всякие комментарии. Допускались только дословные переводы, краткие указатели содержания отдельных мест (индексы), выдержки и параллельные сопоставления соответствующих текстов (паратитлы). В сомнительных случаях надлежало обращаться за разъяснениями к императору. Цитируются места из Дигест буквой D и цифровыми указаниями книги, титула и отрывка, например: D. 45. 1. 122. 2.

Во время работ комиссии компиляторов Дигест на Трибониана, Теофила и Дорофея было возложено поручение составить институции для замены устаревших Институций Гая. Результат их работы был опубликован на латинском языке 21 ноября 529 г. Издание этого руководства-закона преследовало цель ввести в правовую область полную ясность и представить всю науку законов (*tota legitima scientia*). По институциям должны были изучать право начинающие студенты тогдашних университетов, которым было дано название *Iustiniani novi*.

Институции Юстиниана, по существу, составлены по старым институциям. Прототипом были почти целиком использованные Институции Гая, а сам автор, живший в конце II в., называется в VI в. "нашим Гаем". В конце институций прибавлен титул, относящийся к *iudicia publica*. Однако институции были подновлены и содержали ссылки на современные законы. Таким образом, система этих институций распадалась на введение, часть первую - "лица", вторую - "вещи", и последнюю - права на вещи, наследственное и обязательственное право. Третья книга посвящена искам, система которых захватывала и четвертую книгу до 17-го отдела. Конец четвертой книги посвящен публичному праву.

По стилю изложения первой части институций (I и II книги) усматривают авторство профессора беритской школы Дорофея, а второй (III и IV книги) - Теофила, обоих участников редакционной комиссии Юстиниана. Перу Теофила принадлежит еще краткое изложение институций, называемое по-гречески парафразой. Способ цитирования - буква I (институции), цифры обозначают книгу и титул и дальнейшие подразделения I. 2. 20. pr.(*principium* - начало).

В целях включения вновь изданных во время кодификационных работ конституций и согласования *leges* с собранным в Дигестах *ius* приступили к новой редакции Кодекса Юстиниана. Опять была образована комиссия из пяти членов под председательством Трибониана. Новое произведение было опубликовано 16 ноября 529 г. под именем *Codex repetitae praelectionis* - второй исправленной редакции, отменившей старый Кодекс. До нашего времени дошла только эта редакция, состоявшая из 12 книг, распадающихся на титулы. В пределах титула конституции расположены в хронологическом порядке. Попадают также конституции поздневизантийского происхождения, на греческом языке. Конституции, включенные в Кодекс, хотя изменены менее, чем сочинения юристов в Дигестах, но все же заключают много интерполяций. Для цитирования употребляется буква C (*Codex*), с соответствующими цифровыми указателями книги, титула и номера конституции: C. 8. 44. 21. 1. Кодекс вступил в силу 29 декабря 529 г.

Конституции, изданные после второй редакции Кодекса, составили фактически четвертую часть собрания - *Novellae (leges)* - Новеллы, хотя официально они не были объединены. Это конституции Юстиниана, изданные между 529 - 565 гг. и образовавшие обширное дополнение. Они относятся большей частью к государственному управлению и церковному строю, но некоторые содержат и гражданско-правовые определения из области семейного и наследственного права. Они свидетельствуют о проникновении начал провинциального (восточного) права в римское. Из 168 новелл современного издания большинство издано на греческом языке. Собирались и издавались они в разном объеме при преемниках Юстиниана.

Все издание, несмотря на разновременное происхождение отдельных частей, рассматривалось как единое законодательное произведение. Это чрезвычайно важно для правильного толкования права этой эпохи. Для научного толкования текстов (особенно в Дигестах) применяется "двойное толкование". Текст юриста принимается сначала как часть единой кодификации. Но для понимания того смысла, который вкладывал отдельный юрист в свои слова, необходимо тщательно очистить его от компиляторских ретушевок и исправлений и затем восстановить смысл, который отрывок имел в обстановке времени своего написания. Это уже чисто исследовательская и научная задача.

§ 13. Corpus iuris civilis

39. Составные части *Corpus iuris civilis*. Появившееся к 529 г. окончательное

собрание является основным источником для изучения римского права. В XII в. оно получило сохраняющееся доныне название *Corpus iuris civilis* - Свод гражданского права. Состоит оно из четырех основных частей:

- (1) *Institutiones* - в четырех книгах;
- (2) *Digesta* (*Pandectae*) в составе 7 частей и 50 книг, 432 титулов и 9123 отдельных фрагментов;
- (3) *Codex* - в 12 книгах, представлявший свод важнейших императорских указов (*constitutiones*) от Адриана до Юстиниана;
- (4) *Novellae* (*leges*) - 168 новелл (новых законов), изданных Юстинианом после второй редакции Кодекса.

Древнейшими рукописями *Corpus iuris civilis* являются: а) Институций - Туринская (IX в.); б) Дигест - Флорентийская (VI - VII вв.) и "*Vulgata*" (XI в.); в) Кодекса - Веронская (VIII в.).

Глава 3

ИНЫЕ ПАМЯТНИКИ

§ 14. Памятники литературы. Надписи. Папирусы

40. Памятники литературы. Неюридическими источниками для понимания римского права и восполнения наших знаний являются дошедшие произведения и памятники римской и эллинистической литературы всех видов. Они позволяют судить о состоянии права в разные эпохи вообще, среди других явлений общественной жизни, о их взаимном влиянии и делать заключения, важные для состояния права.

Сюда относятся, прежде всего, произведения римских историков (Тит Ливий - конец I в. до н.э., начало I в. н.э.; Тацит - I - II вв. н.э.); представителей средней анналистики (Светоний - I - II вв. н.э.; Авл Геллий - 2-я половина II в. н.э.; Аммиан Марцеллин - конец III в. н.э.); римских грамматиков (Варрон, Фест, Валерий Проб - середина II в. н.э.), а также произведения римских землемеров (Фронтин, Хигин, Сикул, Флакк и др.), уточняющие сведения по земельному праву Рима.

Среди латинских литераторов важны писатели III и II вв. до н.э. Плавт и Теренций, передающие в своих комедиях бытовую обстановку римской жизни с многочисленными ссылками общего характера на состояние права. Наравне с ними богатый материал дают произведения римских ораторов, начиная с Катона, писавшего и о земледелии, и кончая Цицероном, который дал в своих речах живую картину римской судебной практики, а в других произведениях передал философские течения стоического и перипатетического направлений среди деятелей права, а также изложил теорию тогдашней риторики.

Другой писатель н.э., Сенека (I в. н.э.), будучи полной противоположностью Цицерона в смысле стиля, не уступал ему в философских и юридических познаниях. Сложившийся стоик, он поддерживал элементы стоической философии в среде современных деятелей юриспруденции.

Через полтора столетия после Цицерона такое же, хотя и менее яркое место занял наставник и писатель по ораторской теории Квинтилиан (умер в 95 г. н.э.).

41. Надписи. В XIX в. собран богатый материал надписей, найденных в разных частях Римской империи на могилах, камнях, дереве, коже, посуде и особенно в постройках. Эти материалы издавались со 2-й половины XIX в. под названием *Corpus inscriptionum latinarum*. Благодаря предметному распределению этого материала по томам явилась возможность значительно пополнить сведения о действительном существовании и реальной практике целого ряда институтов римского права, оставивших мало следа в юридических памятниках.

42. Папирусы. Богатейший литературный источник для освещения вопросов земельной собственности, земельных, ремесленных и трудовых общин, договорного права, на почве слияния греческого и римского права, за последние пятьдесят лет -

найденные в Египте папирусы. Они относятся к публичному и частному праву, административному и финансовому порядкам (акты гражданского состояния, кадастр, списки должностей, переписка учреждений, тексты законов, эдиктов и т.п.). Они строго регистрируются европейскими научными учреждениями. Эти находки создали новую источниковедческую науку XX века - папирологию [4].

43. За последнее время в Америке вышло энциклопедическое обозрение античных литературных свидетельств об экономическом и правовом состоянии всех римских провинций (An economical survey of Roman Empire, под ред. Темпы Frank в 8 томах).

Раздел II

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТА ПРАВ

Глава 4

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВ

§ 15. Понятие осуществления права

44. Римскому понятию права - *ius* - соответствует как смысл правовой нормы, правового порядка, так и представление о праве, принадлежащем отдельному лицу в силу предписаний общего права. Осуществление права состоит в совершении лицом действий, служащих для удовлетворения его положительных интересов (*uti, frui*), защищаемых правом, и в противодействии нарушению этих прав (*imperare, vetare*).

§ 16. Границы осуществления права

45. Каждый может пользоваться своим частным правом или отказываться от него. При осуществлении субъектом своих полномочий объективное право указывает ему на необходимость соблюдать границы своего права. Эти границы Гай очерчивает в двух текстах. В одном, становясь на точку зрения полноты использования прав, он говорит:

Nullus videtur dolo facere, qui iure suo utitur (D. 50. 17. 55).

(Никто не считается поступающим злоумышленно, если он пользуется принадлежащим ему правом.)

В другом он указывает, что это осуществление права должно находить границу в собственном разумном интересе управомоченного лица.

Male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio (Гай. 1. 53).

(Мы не должны дурно пользоваться своим правом; на этом основании расточителям воспрещается управление их имуществом.)

В виде исключения иногда (если того требовали серьезные интересы других лиц) устанавливалась возможность принудить субъекта к использованию своего права. Так, *senatusconsuetum Pegasianum* (последняя четверть I в. н.э.) дал право принудить наследника вступить в наследство, если он обязан был выдать наследство другому лицу. Закон указывает на необходимость осуществлять некоторые частные права (например, сервитуты прохода и прогона скота) осмотрительно (*civiliter modo*), чтобы не вредить другому праву (собственности) и руководствоваться для этого воззрением оборота, *civiliter facere* (D. 8. 1. 9). Но общее воспрещение злоупотреблять правом с единственной целью вредить другим (французское понятие *шиканы*) римлянам было неизвестно. Впрочем, Юстиниан ввел (интерполяция) в текст классиков отдельный случай подобного воспрещения.

Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi (pec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id facit)(D. 39. 3. 1. 12).

(Наконец, Марцелл пишет, что нельзя ничего взыскивать с того, кто, копая на своем

участке, отвел источник соседа (нельзя также предъявлять иска об умысле: понятно, не должен иметь иска, если копавший сделал это без намерения причинить вред соседу, но для улучшения своего участка).)

Значительность чужого интереса не влияла на определение границы для осуществления права. Состояние крайней необходимости могло приводить иногда к нанесению кем-либо повреждений чужому имуществу. Потерпевший не получал в этом случае иска на возмещение.

Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsas in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam (D. 9. 2. 29. 3).

(Лабейон также пишет, что не следует предоставлять никакого иска, если гонимый бурей корабль наскочил на канаты якорей другого и матросы обрубили канаты, поскольку нельзя было выбраться никаким другим образом, как обрубив канаты.)

Глава 5

ФОРМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ

§ 17. Самоуправство

46. Самоуправство как первоначальная форма защиты прав. Первоначально защита частных прав осуществлялась заинтересованным лицом путем расправы с нарушителем права. Только постепенно от самоуправства переходят к защите прав через посредство органов государства как организованного аппарата господствующего класса.

47. Границы применения самоуправства в развитом праве. Развитое право предполагало, что насильственные действия могли предприниматься заинтересованными лицами в своих интересах лишь в чрезвычайных случаях, как состояние необходимой обороны, когда самоуправство было лишь средством защиты против неправомерного нападения, направленного против лица или его имущества (например, насильственное удаление с земельного участка, D. 43. 16. 1. 28). По этому поводу Ульпиан повторяет записанное еще Кассием правило *vim vi repellere licet* - насилие дозволено отражать силой, и добавляет, что оно приравнивается к предписаниям естественного права - *naturae comparatur*. Далее, еще XII таблицами было дозволено убийство на месте застигнутого вора; в классическом праве оно рассматривается как необходимая оборона, но наказуется при превышении границ такой обороны.

Si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia (non) tenebitur: si autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur, ergo etiam lege Cornelia tenebitur (Coll. 7. 3. 3).

(Если кто-нибудь убьет ночью вора, то мы не сомневаемся, что (не) будет отвечать по закону Аквилы: если же он предпочел убить его, когда мог только задержать, есть больше оснований считать его поступившим неправомерно. Следовательно, он будет ответствен также по закону Корнелия (преступление насилия - *crimen vis*).)

Против нападений, направленных на отнятие вещей, допускается не только защита, но и самоуправное возвращение их.

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat inculpatas tutelae moderatione illatam vim propulsare licet (C. 8. 4. 1).

(Правомерному владельцу для защиты владения, которое он беспорочно имел, позволено отражать причиненное насилие в границах осторожной охраны.)

Самоуправством в тесном смысле является и самовольное удовлетворение какого-либо требования. Дозволено задержание беглого должника и арест захваченных им с собой денежных средств для удовлетворения претензий (D. 42. 8. 16). Но в этом случае самоуправство было допущено как исключение, единственное и последнее средство охраны интересов. Вообще же действия по самоуправному взысканию были воспрещены декретами 389 г. Кредитор терял свое требование, если он

пытался самовольно получить удовлетворение.

Creditores si adversus debitores suos agunt, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere (D. 48. 7. 7).

(Кредиторы, если они выступают против своих должников, должны потребовать через судью то, что считают подлежащим уплате себе; в противном случае, если они овладеют имуществом своего должника, при отсутствии разрешения с чьей-либо стороны, Марк декретировал потерю ими прав требования.)

Другой закон содержал соответствующее распоряжение в отношении лиц, которые, под предлогом права собственности, самовольно отнимали у другого лица какую-нибудь вещь. Они обязаны были вернуть ее назад и, если при этом оказывалось, что захвативший в действительности не был собственником, то он был обязан заплатить еще стоимость вещи.

§ 18. Государственная защита прав

48. Общий характер государственной защиты прав. Исторически процесс развивался путем вытеснения и дисциплинирования первоначального самоуправства и превращения государством борьбы сторон в рассмотрение споров органами государства. Формально магистрат и в классическом праве сохранял за собой ведение только предварительного процесса, где точно устанавливались правовые основания спора между сторонами и указывались средства его разрешения. Но этого было достаточно, чтобы обратить все фазы суда в орудие классового принуждения и проводить через суд выгодные для господствующей верхушки юридические воззрения и нормы.

49. Юрисдикция. Право государственных судебных магистратов организовывать для разрешения каждого отдельного спора судебное разбирательство присяжных судей, решающих дело по существу, называется юрисдикцией (*iurisdictio*). В тесном смысле она обозначает содействие магистрата по организации суда (*iudicium*) по делу и принадлежала только магистратам, располагавшим высшей властью (*imperium*). Магистраты, которые пользовались высшей властью (консулы, преторы), имели право организовывать присяжные суды по спорам частных лиц. Когда юрисдикция сосредоточилась в руках претора, установилось формальное понятие юрисдикции. Судебное разбирательство считалось законным (*iudicium legitimum*), если оно было организовано в Риме или в пределах первого помильного камня от Рима (*domi*), между римскими гражданами, с участием одного судьи, тоже римского гражданина.

Всякое другое разбирательство, в котором отсутствовало одно из этих требований, считалось вытекающим непосредственно из высшей власти (*iudicia imperio continenta*); к этой юрисдикции общие процессуальные правила не применялись.

50. Подсудность. Принципиально все дела между гражданами могли разбираться только городскими магистратами Рима или того города, в котором лицо имело право гражданства и свое местожительство - *forum originis* и *forum domicilii*.

Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est (D. 50. 1. 29).

(Местный житель обязан подчиняться и тем магистратам, где он проживает, и тем, где является гражданином.)

Эти общие правила подсудности применялись соответствующим образом и во всех римских провинциях. Однако для римских граждан, проживавших в провинциях, была открыта возможность требовать перенесения их споров на рассмотрение городских магистратов Рима. *Roma communis postra patria est*, Рим - наше общее отечество (D. 50. 1. 33). И обратно, ответчик, временно пребывавший в Риме по разным причинам (как свидетель, арбитр или судья), имел право просить о переносе процесса на место своего жительства (D. 5. 1. 2. 3). Применялись также правила специальной подсудности по роду дел. Таковы - подсудность по месту исполнения в исках из договоров; по месту совершения деяния при исках из недозволенных действий. В общем, однако, правила о подсудности не имели в Риме

принудительного характера. Соглашение сторон могло сделать некомпетентного магистрата уполномоченным на организацию суда, превышающего его компетенцию.

Consensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant (D. 5. 1. 2. pr.).

(Считаются, однако, согласившимися те, кто, зная, что они не подлежат его юрисдикции, все же согласились на него.)

51. Судьи единоличные и коллегиальные. Судьей по всем спорам вообще мог быть всякий взрослый римский гражданин. Обычно его выбирали из лиц, внесенных в особые списки, составлявшиеся по соображениям политики то из сенаторов, то из всадников. Функционировал судья один (*in ius iudex*) или в коллегии и назначался претором индивидуально для каждого дела. Судья, который мог решать дела по свободному усмотрению (*arbitrium*), назывался *arbiter* и обычно назначался в тех спорах, где дело шло о производстве оценок, установке меж, разделе.

52. *Ius* и *iudicium*. Легисакционный и формулярный процессы. Исторически выработалось разделение процесса на две фазы: а) перед магистратом - *in iure* и б) перед судьей (*apud iudicem*).

Судебная функция магистрата *in iure* состояла в обязанности дать правильную юридическую формулировку спору сторон. В начале республики стороны должны были пользоваться устными формулами - строго согласованными с текстом законов, за чем и следил претор и почему производство *in iure* называлось легисакционным (*legis actio*).

Легисакционный процесс отличался строгим формализмом и обеспечивал защиту лишь в пределах узкого круга случаев, подходивших под букву закона. Развивавшийся оборот, обострявшиеся противоречия интересов различных группировок рабовладельцев требовали более гибкой процессуальной защиты. В практике peregrinского претора (воспринятой потом и городским претором) стал складываться новый порядок производства, получивший название формулярного от письменных формул, которые претор давал судье в качестве программы, и вместе с тем директивы, на основе которой следовало вынести решение по делу.

Преимущество нового порядка состояло в том, что претор не был связан буквой закона, а давал формулу или отказывал в иске, исходя из всех конкретных обстоятельств дела. Учитывая запросы жизни, претор иногда отказывал в иске, когда по букве закона его следовало бы дать, и давал иск в случаях, не предусмотренных в законе. Закон Эбуция (середина II в. н.э.) предоставил сторонам факультативно пользоваться такого рода формулами; но вскоре формулярный процесс совершенно вытесняет легисакционный.

53. Суд как орган принудительного осуществления прав. Юристы II - III вв. н.э. говорили: *iudicio contrahimus* - судебным разбирательством мы вступаем в договор. Но, конечно, не договор, а власть магистрата заставить ответчика согласиться на процесс имела решающее значение. Еще в эпоху XII таблиц были ясно видны черты суда как органа принудительного осуществления права. Ответчик, которого истец вызывал в суд (*in ius vocatio*), представлял за себя поручителя. Последний перед магистратом принимал на себя дополнительную ответственность за явку ответчика в назначенный судом срок. Эта гарантийная форма вызова была лишь прикрыта особым производством внешне договорного характера - *vadimonium*, о которой Гай сообщает:

Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius, neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti (4. 184).

(Когда ответчик был вызван в суд, но дело не могло быть закончено в тот же день, ему надлежало проделать *vadimonium*, т.е. он должен был обещать явиться в суд к определенному дню.)

Ответчик представлял поручителей и обещал явиться в срок. Такое же *vadimonium* применялось, когда ответчик осуществлял указанное выше право перенести процесс к месту его жительства (п. 50).

Позднее этот порядок вызова в суд вышел из употребления и заменялся по виду соглашением ответчика с истцом о вступлении его в данное процессуальное отношение, а по существу была установлена обязанность ответчика вступить в процесс (п. 71).

Глава 6

ИСКИ

§ 19. Значение иска

54. Римское частное право как система исков. По римским воззрениям, только судебная защита наличного права давала этому последнему настоящую ценность и завершение. Но эта защита не связывалась в представлениях римских юристов неразрывно с самим материальным правом. Только в тех случаях, когда орган государства устанавливал возможность предъявления иска (*actio*) по делам известной категории, можно было говорить о праве, защищаемом государством. В этом смысле можно сказать, что римское частное право есть система исков (п. 3).

Иски вырабатывались в Риме исторически, и их число всегда было ограниченным. При этом в эпоху формулярного процесса *actio* нередко давалась там, где лицо не обладало правом по гражданской системе, и наоборот, несмотря на наличие гражданского права на иск, преторы отказывали в предоставлении формулы для соответствующего иска (п. 53).

Общее понятие иска дается в Дигестах:

Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi (D. 44. 7. 51; I. 4. 6. pr.).

(Иск есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком принадлежащее ему требование.)

§ 20. Виды исков

55. *Actiones in rem* и *actiones in personam*. По личности ответчика иски делились на *actiones in rem* (вещные иски) и *actiones in personam* (личные иски). Вещный иск направлен на признание права в отношении определенной вещи (например, иск собственника об истребовании его вещи от лица, у которого эта вещь находится); ответчиком по такому иску может быть любое лицо, нарушающее право истца, ибо нарушителем права на вещь может оказаться каждое третье лицо. *Actiones in personam* направлена на выполнение обязательства определенным должником (например, требование платежа долга). Обязательство всегда предполагает одного или нескольких определенных должников; только они могут нарушить право истца, и только против них и давался личный иск (пп. 280 - 281). Впрочем, иногда ответчик по личному иску определялся не прямо, а с помощью какого-то посредствующего признака; например, иск из сделки, совершенной под влиянием принуждения, давался не только против того лица, которое принуждало, но также и против всякого, кто получил что-либо от такой сделки (*actio quod metus causa* - п. 388). Такие иски назывались *actiones in rem scriptae* (подобные вещным искам).

56. *Actiones rei persecutoriae*, *poenales*, *mixtae*. По объему и цели имущественные иски делились на три группы:

(1) *Actiones rei persecutoriae* - иски для восстановления нарушенного состояния имущественных прав; здесь истец требовал только утраченную вещь или иную ценность, поступившую к ответчику; например, иск собственника об истребовании вещи - *rei vindicatio*.

(2) *Actiones poenales* - штрафные иски, цель которых в частном наказании ответчика. Предметом их служили: а) прежде всего взыскание частного штрафа и б) иногда возмещение убытков, но, в отличие от *actio rei persecutoria*, посредством *actio poenalis* можно было истребовать не только то, что отнято или получено, но и возмещение такого ущерба, которому на стороне ответчика не соответствовало какое-либо обогащение. Например, *actio doli* - иск против лица, которое обманом

причинило убытки, хотя и не обогатилось от этого (п. 383).

(3) *Actio mixtae* - иски, осуществляющие и возмещение убытков и наказание ответчика, например *actio legis Aquiliae*: за повреждение вещей взыскивалась не их стоимость, а высшая цена, которую они имели в течение последнего года или месяца.

57. *Conditiones*. Личные иски, направленные на получение вещей (денег, других заменимых вещей) или совершение действий, называются *conditiones* (Гай. 4. 5). Личное требование в римском праве рассматривается с точки зрения кредитора как требование принадлежащего ему долга (*debitum*) или обязанности должника что-либо дать или сделать (*dare, facere, oportere*).

58. Типизация исков. Преторский эдикт публиковал в систематическом порядке формуляры отдельных исков. Они излагались применительно к существующей системе правоотношений, для которых вырабатывался соответствующий иск. Естественно, все иски формулярного процесса получили характеризующие их с материальной стороны индивидуальные наименования, например *actio empti*, *actio venditi*, *actio pro socio*, *rei vindicatio*. Индивидуальность этих исков нужно понимать, конечно, не буквально и конкретно, а как обозначение типов крупных институтов. Пользуясь этими формулярами-типами для конкретных лиц и отношений, преторы придавали искам действительно индивидуализированный характер.

59. *Actiones in ius* и *in factum conceptae*. Дальнейшая классификация римских исков проводилась по системам права, положенным в основание исков. Различались гражданские иски, основанные на гражданском праве, и иски гонорарные, или преторские, основанные на преторском праве. Иск, требовательный пункт (*intentio*) которого направлен на утверждение существования или несуществования какого-либо права, согласно гражданскому праву, называется *actio in ius concepta*.

(1) Si paret rem qua de agitur Aī Aī esse ex iure Quiritium...	(1) Если окажется, что вещь, о которой идет спор, принадлежит А. А. по квинтитскому праву...
(2) Si paret N ^m N ^m A ^o A ^o sestertium decem milia dare oportere...	(2) Если окажется, что N. N. надлежало уплатить А. А. 10 тысяч сестерций...

Иски, не соответствовавшие этим типам, но ставившие присуждение в зависимость от какого-либо нового состава фактов, назывались *actiones in factum*.

60. *Actiones populares*. Некоторые иски предоставлялись всякому гражданину; таковы, например, иски, предъявлявшиеся к тем, кто что-либо поставил или повесил так, что оно может упасть на улицу (п. 596). Такие иски назывались *actiones populares*.

61. *Actio directa* и *actio utilis*. *Actiones ficticiae*. Если по образцу уже существующего и принятого в практике иска создавался аналогичный ему иск, то первоначальный иск назывался *actio directa*, а производный - *actio utilis*; например, иск о причинении ущерба, не предусмотренного законом Аквилы, назывался *actio legis Aquiliae utilis* (п. 588).

Фиктивными исками - *actiones ficticiae* (Гай. 4. 34 и сл.) - назывались такие, формулы которых содержат фикцию, т.е. указание судье присоединить к наличным фактам определенный несуществующий факт или устранить из них какой-либо факт, а весь случай разрешить по образцу другого определенного случая. Так, кто приобрел чужую движимую вещь добросовестно при определенных условиях, приобретает ее по гражданскому праву по давности в течение года и может затем осуществлять свое право против прежнего собственника. Против менее управомоченного лица претор защищает такого приобретателя еще до истечения годового срока путем предписания судье обсудить дело так, как если бы истец уже провладел в течение года (*si anno possedisset*).

62. *Actiones stricti iuris* и *bonae fidei*. Во многих исках судье предоставлялось произносить свое решение в соответствии с тем, чего требует *bona fides* (добрая совесть). Судья обязывался в этих случаях восполнять предписания действующего права, исходя из соображений *bonum et aequum*, т.е. того, что в обороте считается соответствующим справедливости (Гай. 3. 137). Такие иски назывались исками *bonae fidei*. Гай (4. 62) причисляет сюда следующие иски: *actio empti, vendit, locati, conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*. В классическом праве редко попадаются формулы, в которых не указывалась бы *aequitas* как принцип решения. В противоположность им иски более старые назывались *actiones stricti iuris* (строгого права), при которых имело место более буквальное применение закона.

63. *Actiones arbitrariae*. Нередко судье предписывалось выносить особое решение, если он не добился от ответчика выдачи или предъявления предмета спора. Объем возмещения судья может определить по своему усмотрению (*arbitrium*), исходя из соображений *bonum et aequum*. Иски такого рода в праве Юстиниана называются арбитражными.

§ 21. Защита и возражения против иска

64. Признание иска. Предъявленный иск ответчик мог признать или оспаривать.

В случаях признания ответчиком требований истца решение могло последовать уже в первой стадии производства (*in iure*).

Институт признания еще в XII таблицах занимал место в процессе, так как там упоминался признанный должником долг *aes confessum* наряду с судебным решением. Найденные в 1933 г. отрывки Гая, передавая формулы двух *legis actiones* - через испрошение судьи и через кондикцию, вносят ясность в это дело и свидетельствуют, что как признание ответчиком требований истца, так и отрицание им этих требований в названных формах процесса совершались путем формальной постановки истцом запроса ответчику с вызовом ответить "да" или "нет" - *postulo aies an pegas* - требую, чтобы ты сказал "да" или "нет" (Гай, 4. 17. 17-а). Когда ответчик отрицал свой долг, он отвечал "не должен" - *non oportere*, - процесс развивался дальше и передавался *in iudicium*. Такого продолжения процесс, очевидно, не имел, когда ответчик отвечал утвердительно - признанием своего долга, и за этим следовало подлежащее исполнению присуждение в пользу истца.

Наряду с признанием на суде личных требований из обязательств известна другая форма признания права истца на вещь, но связанная с передачей права собственности. Она свершалась не путем формальной манципационной сделки, а судебной уступкой - *in iure cessio* - доведением дела до разбирательства *in iure*, когда уступающий свое право на вещь на вызов приобретателя заявить свои права, отвечал или отрицанием, или молчанием.

Здесь молчание или отрицание ответчика приравнивается к его согласию (молчаливому). Формальные вопросы одной стороны и принятие другой стороной какого-либо из двух положений завершаются процессуальным присуждением вещи истцу претором. Магистрат основывает свое решение на ответе вызываемой стороны и процессуально легализирует сделку сторон.

В формулярном процессе институт судебного признания принял определенно выраженный лично-правовой характер. Ответчик, признавая себя обязанным что-либо уплатить, уподоблялся тому, кто при иске на вещь уступал ее в форме признания. Признавший требование, по воззрениям классиков, выносил как бы решение по собственному делу.

Confessus pro iudicato est qui quodammodo sua sententia damnatur (D. 42. 2. 1).

(Признавший считается присужденным, будучи как бы приговорен собственным решением.)

Когда ответчик признавал существование требования, направленного на вещь, или основание этого требования, но не его размер, возникали затруднения. Сначала

вопрос разрешался путем передачи для разрешения судьей в следующей стадии - *in iudicio*.

Notandum est quod in hac actione, quae adversus confitentem datur, iudex nou rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes (D. 9. 2. 25. 2).

(Следует отметить, что при том иске, который дается против признающего, судья назначается не для решения дела, а для его оценки: ведь по отношению к признающим нет никаких (спорящих) сторон для присуждения.)

Однако при этом порядке против сделанного *in iure* признания ответчик мог *in iudicio* выступать с опровержениями и таким образом обессиливать его. В последующей четверти II в. был принят сенатусконсульт, на основании которого выработалось правило, что последовавшее *in iure* признание вело за собой постановление, завершающее спор по данному пункту, особенно при исках на вещи. Такое постановление окончательно устанавливало право истца на вещь - *rem actoris esse*.

65. Защита против иска. Если ответчик не признавал иска, он мог направить оспаривание против его основания. Ответчик мог также отрицать факты, на которых истец основывал свой иск, или приводить факты, исключающие присуждение, даже в том случае, если факты, обосновывающие иск, были верными.

66. Эксцепции. В формулярном процессе выработалась практика помещения в формуле, после интенции (излагавшей притязание истца), - эксцепции. Она представляла ссылку на такое обстоятельство, которое делает неправильным удовлетворение иска, даже если интенция иска основательна. Понятие эксцепции определяют два юриста - Ульпиан и Павел:

(1) *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est (D. 44. 1. 2. Ulpianus).*

(1) Эксцепция названа так, будучи как бы некоторым исключением, которое обычно противопоставляется иску по какому-нибудь делу, для исключения того, что требуется в интенции или кондемпнации.

(2) *Exceptio est conditio quae modo eximit reum damnatione sive modo minuit damnationem (D. 44. 1. 22. pr. Paulus).*

(2) Эксцепция есть условие, которое или изъекает ответчика от присуждения, или только уменьшает присуждение.

Из этих двух определений можно уже установить, что по содержанию эксцепции направлены на освобождение ответчика от присуждения или на уменьшение этого присуждения. Ульпиан добавляет, что эксцепция, будучи противопоставлена иску, стремится исключить не только присуждение, но и самое основание иска, выраженное в интенции. При таком широком понимании римскую эксцепцию можно было бы определить как противопоставляемое иску и его проведению юридическое препятствие, важность которого не вытекает сама собой из иска, а потому может быть рассматриваема судьей только в том случае, если на это указывает особая часть формулы.

Таким образом, эксцепции получили значение защиты ответчика, который не может поколебать *intentio* формулы, но имеет возражение, которое судья примет во внимание, если претор уполномочит его на это. По существу же эксцепция есть, как говорит Павел, условие, отрицательно влияющее на присуждение в его пользу, другими словами, возражение, лишаящее существующие права истца возможности производить свой эффект. Если *intentio* дает судье положительные предпосылки для кондемпнации, то в эксцепции содержатся отрицательные предпосылки.

Функцию эксцепции как отрицательного условия для присуждения ответчика можно выяснить на разборе разных форм спора из заемного обязательства. Если истец утверждает, что ему принадлежит требование из займа, а ответчик заявляет, что он не получал валюты или что он ее выплатил обратно, то тут имеется лишь простое

отрицание утверждений истца. Судья в этом случае обязан принять во внимание и проверить защиту ответчика без особого указания претора - *ipso iure* и отклонить иск, если истец не докажет выплаты валюты или ответчик докажет возвращение займа. Если же ответчик возражает, что истец путем особого *pactum de non petendo* (уговора о невзыскании) отпустил ему долг, то этим не отрицается основное требование истца по долгу, но подчеркивается наступление отрицательного действия договора. Судья может принять во внимание указание на прощение долга лишь в том случае, если он будет уполномочен на это особой эксцепцией о пакте - *si inter eos non conveniet, ne ea pecunia peteretur*.

Гай указывает, что в руках преторов эксцепция была могучим средством развития преторского права, преторской помощи и содействия.

Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur, saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari (Гай. 4. 116).

(Созданы же были эксцепции для защиты тех, кто привлекается к суду. Ведь часто случается, что кто-нибудь обязан по гражданскому праву, но было бы несправедливо подвергнуть его присуждению судебным порядком.)

В области гражданского права эксцепция была необходима, когда правоотношению, указанному в интенции, противопоставлялось какое-нибудь второе правоотношение, о котором присяжный судья не мог судить по одной интенции. Например, против иска об истребовании вещи ответчик возражает ссылкой на принадлежащее ему право пользования этой вещью.

Во времена Гая рядом с эксцепцией, как дальнейшее ее развитие, появляется в формуле иска прескрипция, при которой возражение ставится не после интенции, а выдвигается как самостоятельный тезис в начале самой формулы и выражается словами - *ea res agatur si*. Таким образом, возражение должно быть разрешено как предварительное условие для решения спора по основному вопросу.

67. Эксцепции уничтожающие и отлагательные. Некоторые возражения противопоставлялись постоянно и неизменно по требованию истца. Это так называемые перемпторные или уничтожающие эксцепции.

Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo; aut quod contra legem senatusveconsultum factura est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi, quod factum est, ne omnis pecunia peteretur (Гай. 4. 121).

(Перемпторные эксцепции - это те, которые постоянно имеют юридическую силу и не могут быть отклонены, например, "где из-за страха", или "по злему умыслу" [5], или что было совершено вопреки закону или сенатусконсульту, или где последовало решение, или дело доведено до суда, а также по состоявшемуся соглашению о совершенном невзыскании денег.)

Другие эксцепции действуют только на время, или же от действия их истец может избавиться путем и средством, указываемым в содержании самой эксцепции. Такие эксцепции назывались отлагательными или дилаторными.

Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio (Гай. 4. 122).

(Отлагательными являются эксцепции, которые имеют силу до определенного срока, например, из такого соглашения, которое заключено, чтобы взыскание не производилось в течение пяти лет; по истечении же этого срока эксцепция не применяется.)

§ 22. Коллизия прав и конкуренция исков

68. Коллизия прав. Осуществление некоторых прав может происходить не иначе как задерживая или препятствуя вполне или отчасти осуществлению других прав. Такие случаи называются коллизией прав. Разрешается эта коллизия в зависимости от

отношений, установленных законом между сталкивающимися правами в различных случаях.

(1) В области залоговых прав при коллизии прав залоговых кредиторов на один предмет залога право продажи этого предмета (*ius distrahendi*) предоставляется лишь первому залоговому кредитору, остальные же удовлетворяются из остающейся (по удовлетворении первого) части вырученной от продажи суммы. Последовательность удовлетворения остальных кредиторов определяется по времени установления их требований (*prior tempore potior iure* - первый по времени сильнее по праву, см. п. 412).

(2) При коллизии прав собственности с другими непосредственными правами на ту же вещь (сервитуты, право застройки, наследственная аренда - см. пп. 217, 231, 232) последние беспрепятственно осуществляются, ограничивая права собственника, а иногда доводя его даже до степени *nudum ius* (п. 185).

(3) В области обязательственных требований принцип старшинства по времени при коллизии этих прав уступает место принципу однородности и одновременности взыскания по этим требованиям. Это значит, что при несостоятельности должника все его кредиторы получают удовлетворение на одинаковых основаниях, независимо от времени возникновения их требований, пропорционально сумме каждого из предъявленных требований.

(4) Наконец, права могут быть равносильными и взаимно не связанными. В этих случаях коллизия разрешается по принципу превенции, т.е. преимуществом пользуется тот, кто раньше осуществляет право. Так, если один из нескольких кредиторов несостоятельного должника успел до открытия конкурса взыскать свой долг, то он лишает других полного удовлетворения - *melior est causa possidentis quam petentis* - лучше положение того, кто владеет, чем того, кто отыскивает. В процессуальных отношениях, при иске о собственности, владение предметом спора до процесса определяет положение владельца как ответчика, перелагает тяжесть доказательства на истца.

69. Конкуренция исков. В отличие от коллизии исков конкуренция исков имела место в тех случаях, когда одно или несколько лиц располагали несколькими исками против одного или нескольких лиц, причем все эти иски преследовали один и тот же интерес и ту же цель (*eadem res*). Удовлетворением одного из этих конкурирующих требований уничтожалось другое требование, так как представлялось недопустимым дважды удовлетворять один и тот же интерес.

Если были предъявлены оба иска и по одному из них последовало удовлетворение, то другой аннулировался, как преследующий тот же интерес. Однако, если удовлетворение по одному иску было неполным, допускалось предъявление второго иска в пределах разницы (D. 17. 2. 43).

Возможно, однако, и другое разрешение конкуренции исков по историческим традициям и в зависимости от характера происхождения этих исков.

Так, в области деликтных исков существовала так называемая кумулятивная конкуренция исков, т.е. допускалось одновременное проведение двух исков, возникших на основании одного правонарушения. Например, со времени XII таблиц закон признавал за потерпевшим от воровства (если вор не пойман с поличным) право на возмещение интереса и на взыскание штрафа. Можно было требовать не только возврата похищенного или уплаты его стоимости - посредством *condictio furtiva*, но допускалось одновременное предъявление *actio furti nec manifesti* в размере двойной стоимости похищенного, как штрафа. Взыскивалась, таким образом, в совокупности тройная стоимость вещи. Предъявление каждого иска не зависело от предъявления другого, и удовлетворение по одному требованию не погашало другого.

В других случаях применялась так называемая элективная конкуренция, при которой допускалось проведение или одного или другого из конкурирующих исков. Она применялась, когда одно и то же материальное право охранялось несколькими

исками, например, право наследника-собственника на отдельные части наследства могло осуществляться путем генерального (общего) иска по отысканию наследства в полном составе - *hereditatis petitio*, или сингулярными (отдельными) исками - виндикацией отдельных объектов, входивших в состав наследства. При ограблении потерпевший мог отыскивать двойную стоимость отнятого предмета по *actio furti nec manifesti* и предъявить иск о четверной стоимости за грабеж по *actio vi bonorum raptorum*. Но во втором случае (если он ранее уже воспользовался первым иском) он получал по иску только двойную стоимость, и начало выбора (*electio*) комбинировалось здесь с началом зачета (*compensatio*). В других случаях, при одном договорном основании, могло возникнуть несколько притязаний различного содержания на выбор (*electio*). Так, при недостатках купленной вещи покупатель мог требовать или расторжения сделки посредством *actio redhibitoria*, или ограничиться уменьшением покупной цены - *actio quanti minoris* (см. п. 494). В подобных случаях доведение процесса до момента установления предмета спора (*litis contestatio*) по одному из этих требований влекло за собой потерю другого иска, так как оба иска имели своим предметом одну и ту же цель - *eadem res*.

Если в элективной конкуренции находились два разнородных иска, например, иск, направленный на лицо - *condictio furtiva*, - конкурировал с иском, направленным на возвращение вещи, - виндикацией, то не допускалось двукратное осуществление одного и того же интереса; только разница в суммах конкурирующих исков могла довыскиваться вторым иском.

Глава 7

ПРОИЗВОДСТВО ДЕЛ ПО ЧАСТНЫМ СПОРАМ

§ 23. Производство *in iure*

70. Роль истца. Производство начиналось с указания истцом иска - *editio actionis*. Истец еще до вызова к претору (п. 53) знакомил ответчика с тем иском, который он ему хочет предъявить (D. 2. 13. 1). Необходимо было еще подготовить конкретные данные, требуемые для заполнения формулы, в особенности правильно обозначить объект иска, указав его не родовыми чертами, а видовым образом (D. 6. 1. 6).

Истец обращался потом к претору с просьбой выдать соответствующую обстоятельствам дела формулу - *formula* (п. 52) для разбирательства по ней судьей дела во второй стадии (*in iudicio* - D. 5. 1. 24. 2). Обычно претор давал ее без предварительного расследования дела - *sine causae cognitione*. В отдельных случаях, однако, претор заранее удерживал за собой в эдикте право подвергнуть дело такому рассмотрению и в зависимости от его результатов дать или не дать формулу.

Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur iudicium dabo (D. 4. 3. 1. 1).

(Я назначу суд по делам, в которых будут указаны факты злого умысла, если по этим делам не будет другого иска и основание представится мне законным.)

71. Роль ответчика. Ответчик должен был не только явиться с истцом к претору, но и *uti oportet se defendere* - защищать себя надлежащим образом, как-то: заключать дополнительные соглашения (спонзии и стипуляции - см. п. 433), выставять свои эксцепции, участвовать с истцом в составлении формулы, выборе судьи и засвидетельствовании спора. Если он не исполнял этих обязанностей, он считался *indefensus* - незащищенным *in iure*, что влекло важные последствия.

При исках на определенную денежную сумму долга истец мог немедленно приступить к исполнению. Магистрат, по его представлению, произносил признание - *addictio*. При неопределенных по ценности исках магистрат вводил истца во владение всем имуществом ответчика. Эта *missio in bona* давала истцу возможность принимать все охранительные меры, с правом, по истечении определенного срока, продать имущество целиком особому *emptor bonorum*, который являлся универсальным преемником ответчика. Этот порядок применялся в тех случаях, когда: а) ответчик умышленно скрывался, б) дав поручительство

(*vadimonium*), не являлся в назначенный срок и в) просто отсутствовал на суде (D. 42. 4. 7. 1).

Явившись в суд, ответчик мог оспаривать требование истца, подвергать критике испрашиваемую истцом редакцию формулы и делать со своей стороны другие предложения, в особенности настаивать на включении в формулу выгодных для него возражений - *эксцепций*. Окончательная редакция формулы не зависела, однако, от предложений истца или ответчика и всецело находилась в руках претора. Претор в письменном виде предоставлял формулу истцу (*dare, reddere iudicium*). Истец, в свою очередь, передавал ответчику копию полученной формулы или прочитывал ее. Ответчик, принимавший формулу, тем самым подчинял себя суду присяжного судьи. Предъявление формулы истцом и принятие ее ответчиком было завершительным актом производства *in iure*, называемым "засвидетельствованием спора", *litis contestatio* (п. 74). В случае отказа ответчика принять формулу он становился *indefensus* и подвергался последствиям отказа, указанным выше.

72. Отказ в иске (*denegatio actionis*). Производство в первой стадии могло тут же и закончиться без передачи дела на дальнейшее рассмотрение *in iudicium*. Это бывало, когда еще в первой стадии магистрат приходил к заключению, что требование истца было юридически не обосновано (по несоответствию требованиям закона, нравов и справедливости), или сам истец признавал возражения ответчика. В этих случаях преторы и другие судебные магистраты оставляли за собой в эдикте право отказать истцу в выдаче формулы.

Eius est actionem denegare, qui possit et dare (D. 50. 17. 102. 1).

(Полномочен отказать в иске тот, кто может и дать (его).)

Этот акт назывался *denegatio actionis* - отказом в иске. Он не обладал погашающей силой, которую имело бы оправдывающее ответчика решение. Отказ не был бесповоротным, и истец мог вторично обратиться к тому же или другому претору с новым иском по тому же делу, исправив допущенные ранее недостатки.

73. Неявка сторон. Если одна из сторон не является к судебному разбирательству, то по законам XII таблиц ее ждали до полудня, после чего дело решалось в пользу прибывшей стороны - *praesenti litem addicito*. Это было наказанием за неявку. В формулярном процессе положение изменилось. Заочное разбирательство было допущено и получило название *eremodicium*. При неявке ответчика истец обязан был привести доказательства, чтобы получить решение в свою пользу. Если присяжному судье были известны основательные причины, оправдывающие неявку сторон, то он мог назначить другой день для разбирательства. Даже после пропуска данной отсрочки стороны все же могли представлять оправдывающие их неявку причины, и судебный магистрат был полномочен произвести восстановление в прежнее состояние - *restauratio eremodicii* (D. 4. 4. 7. 12).

74. *Litis contestatio*. Название последнего момента производства *in iure* именем *litis contestatio* объясняется исторически. При легисакционном процессе производство в первой стадии заканчивалось тем, что спорящие стороны приглашали приведенных ими свидетелей в случае необходимости подтвердить перед присяжным судьей все, что обсуждалось в их присутствии. Это называлось *contestari litem*. В формулярном процессе сначала магистрат устно сообщал формулу, которая заносилась в протокол, откуда стороны могли получить засвидетельствованные копии. Это действие называлось по-старому контестацией спора.

Момент контестации спора устанавливал процессуальное отношение между спорящими сторонами и тем судьей, который назначен в формуле для разбора дела. Процесс считался теперь *res in iudicium deducta, lis inchoata*. Самая же *actio* - иск прекращал свое существование, так как наступало процессуальное погашение иска. Истец уже не мог более по тому же предмету вторично обратиться к претору с требованием предоставить ему новую формулу иска.

Гай (4. 108) говорит:

Nam qua de re actum semel erat de ea postea ipso iure agi non poterat.

(Ведь дело, по которому один раз произведено было разбирательство, в силу самого закона не могло впоследствии рассматриваться вновь.)

Квинтилиан передает это правило в такой формулировке: *bis de eadem re ne sit actio* - дважды по одному делу недопустим иск, а также *bis de eadem re agere non licet* (Declam. 266). В классическом праве каждый процесс должен был заканчиваться в определенный срок после *litis contestatio* судебным решением. *Lex Iulia iudiciaria* в начале принципата установил для всех *iudicia legitima* срок решения в полтора года. *Iudicia imperio continentia* (п. 49) должны были заканчиваться в течение срока службы того магистрата, при котором они были начаты.

Процессуальное погашение действует *ipso iure*, т.е. на попытку вновь начать процесс магистрат отвечал отказом дать формулу иска, а если бы дело дошло до судьи, ответчик мог указать на действие погашения и без соответствующей эксцепции в формуле: его обязанности *dare oportere* более не существовало. Для такого действия литисконтестации требовалось следующее: а) *iudicium* должно быть *legitimum*; б) иск должен быть личным и в) интенция иска должна быть сформулирована по *ius* (*in ius concepta*).

Причина поглощающего действия при личных исках заключалась в том, что в формуле *actio* воплощалось все право истца, которое формально погашалось доведением до момента контестации иска. Между тем вещный иск всегда является только однократным внешним проявлением против одного лица права на вещь, существующего постоянно и направленного против любого возможного нарушителя.

Si verolegitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intensionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest et ob id exceptio supervacua est; si vero in rem vel in factum actum fuerit ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae (Гай. IV. 107).

(Если же был предъявлен личный иск в законном суде по такой формуле, которая заключает интенцию гражданского права, то позднее не может в силу самого закона быть возбужден иск по тому же делу, и по этой причине эксцепция представляется излишней; если же будет предъявлен иск (направленный) на вещь или (основанный) на факте, то в силу самого закона позднее можно тем не менее вести процесс и по этой причине необходима эксцепция о решении дела или передаче (его) в суд.)

Этот текст указывает, что в *iudicia imperio continentia* при вещных исках и при личных исках *in factum* контестация спора не погашала *ipso iure* требования, почему возможно повторение иска. Однако, если иск касается тех же лиц и того же предмета, претор мог в формулярном процессе оказать содействие, но уже путем слабее действующей эксцепции о последовавшем решении или о передаче дела в суд, а также, если не последовало решения, сослаться на контестацию дела и тем предупредить вторичный процесс.

Действие контестации спора можно описать так, что в последний момент процесса *in iure* фиксируется вся совокупность обязанностей ответчика, и задача судьи состоит в том, чтобы точно установить, что именно должен был ответчик в этот заключительный момент.

Именно по этому моменту решается, следует ли ему *dare oportere* или имеет ли он право собственности (D. 6. 1. 27). Истец должен получить все, что он имел бы, если бы процесс был окончательно решен в момент контестации.

С этого момента контестации на ответчика ложится ответственность за гибель предмета спора. Требования и обязанности, которые до контестации не переходили на наследников сторон вследствие чисто личного характера этих требований, становились после контестации переходящими по наследству на обе стороны. Римляне объясняли погашение иска тем, что контестация иска производила обновляющее действие на обязательства, происходила как бы новация, которую называли необходимой - *necessaria* (см. п. 358). Но это неверно, так как за сторонами оставалось право не совершить контестации и не вызвать тем новации

требования. Отличие контестации от новации заключается и в том, что при новации прекращаются последствия просрочки, а также обеспечение, а именно поручительство и залог, тогда как при контестации остаются в силе и последствия просрочки и ручательства. Ответчик теперь, после контестации иска, должен подвергнуться присуждению и пассивно подчиниться действию процесса.

Aliam causam esse novationis voluntariae, alium iudicii accepti multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est: quod nemo dixit lite contestata (D. 46. 2. 29).

(Многие примеры показывают, что одни основания бывают при добровольной новации и другие при вступлении в процесс. Теряется привилегия из приданого и опеки, если после развода приданое требуется из стипуляции или, по наступлении зрелости, новирруется иск из опеки, если это было сделано со специальной целью: но никто не сказал, что это от контестации спора.)

Если ответчик исполнит требование в промежуток времени между контестацией и решением *in iudicio*, то он должен был бы быть присужденным, потому что в момент контестации еще существовало право истца. Однако практика постепенно признала, что судья по долгу службы должен освободить его. Гай сообщает краткое правило сабинианцев: *omnia iudicia sunt absolutoria* (все решения являются освобождающими), если присуждение не может последовать (4. 114).

75. Обеспечение исполнения решения. При иске, направленном на вещь, ответчик должен представить обеспечение при содействии поручителей, что он выплатит присужденное с него - *cautio iudicatum solvi*. Эта *cautio* состояла из трех клаузул: а) *de re iudicata* - что он исполнит решение; б) *de re defendenda* - что он будет надлежащим образом защищаться; в) *de dolo malo* - что он не будет поступать и не поступал злоумышленно.

При личных исках обязанность предоставлять обеспечение наступала только в виде исключения по отношению к подозрительным ответчикам (например, которые ранее были объявлены несостоятельными) и при известных привилегированных требованиях (Гай. 4. 91. 102). Ответчик, который изъявляет готовность совершить контестацию иска, но не представляет требуемого обеспечения, приравнивается к отказывающемуся от своей защиты. Против него допускается немедленное принудительное исполнение или ввод во владение его имуществом и продажа последнего с аукциона.

§ 24. Производство *in iudicio*

Гай сообщает, что стороны при легисакционном процессе, после назначения судьи, взаимно вызывали друг друга явиться к этому судье на третий день (Гай. 4. 15). Сохранился ли этот срок для формулярного процесса, остается неизвестным.

76. Доказывание. Перед назначенным присяжным судьей процесс развивался в свободной устной форме и при господстве принципа свободной оценки доказательств. Такими доказательствами служили свидетели, сведущие лица, осмотр на месте, документальные данные, присяга. Свидетелей обыкновенно допрашивали под присягой, но обязанности являться в суд для дачи показаний до Юстиниана не существовало, кроме тех лиц, которые были свидетелями при формальных юридических сделках. Решение спора зависело от того, доказали ли стороны свои утверждения. Предметом доказывания служили лишь спорные факты. Тяжесть доказывания - *onus probandi* - распределялась в процессе так: истец должен был доказать те факты, которыми он обосновывал иск, а ответчик - факты, на которых он основывал свои возражения (D. 22. 3. 19. pr.; 44. 1. 1). Отсюда сокращенные формулы: *actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor* - доказывание ложится на истца, ответчик, возражая, становится в положение истца.

Обеим сторонам давалось право представить суду свидетелей, которые выразили согласие явиться. Если свидетель отсутствовал, то допускалось прочтение присланных им письменных показаний - *testimonia per tabulas*. Но, как

свидетельствуют Гай и Квинтилиан, таким письменным показаниям придавалось мало веры.

В качестве сведущих людей источники называют землемеров-агрименсоров, привлекавшихся к спорам о границах (D. 10. 1. 8. 1). Из последнего текста вытекает, что в таких же делах применялся и осмотр на месте. Упоминается также осмотр тела раненого человека (D. 2. 12. 2). Присяга как средство решения дела не применялась, но для подтверждения отдельных фактов суд мог обязать одну из сторон принести присягу. Судьи поступали здесь по свободному усмотрению и выбирали ту сторону, которая и была лучше осведомлена, и заслуживала доверия.

77. Роль судьи. Судья в этой стадии производства мог пользоваться советами друзей и юристов, но решение юридически зависело от него и ложилось на его ответственность. При нескольких присяжных судьях дело решалось по большинству голосов. Решение объявлялось устно и в присутствии сторон. Не требовалось, чтобы в решении приводились мотивы и основания вынесенного решения.

Внешними рамками деятельности судьи во второй стадии процесса всегда оставалась переданная ему от претора сторонами формула. Судья был обязан принять эту последнюю в данной ей формулировке, хотя бы она и заключала в себе какие-либо ошибки. Особенно важно отметить значение ошибок в требовательном пункте формулы (*intentio*).

Эти ошибки могли проникнуть в формулу при производстве *in iure*, но последствия их истец нес *in iudicio*. Они могли заключаться в превышении или понижении требований к ответчику со стороны истца - *plus* или *minus petitio*.

Последствия уменьшения требований были не столь тяжелы для истца. Он сохранял за собой право взыскать в новом процессе недополученную разницу.

Более тяжелые последствия влекло за собой преувеличение требования. Это преувеличение могло произойти *re, loco, tempore, causa*. Примером преувеличения *re* служило предъявление иска в сумме, превышающей действительный долг ответчика, и, следовательно, преувеличение касалось размеров самого требования. Превышением во времени являлось требование платежа по долгу, срок которому еще не наступил. Превышение по месту касается места исполнения обязанности. Кредитор мог по договору требовать, например, платежа долга в Коринфе, но, не желая туда ехать, предъявлял иск в Риме. Для этого была создана *actio de eo quod certo loco*, которая формулировалась по аналогии с требованиями определенной суммы, была *actio utilis* (D. 13. 4. 1) (см. п. 61). Претор предписывал судье установить обязанности ответчика в определенном месте, а присудить к платежу в Риме. Наконец, превышение может коснуться и оснований иска, например, в исках о праве собственности с его различными обоснованиями.

78. Прескрипции. Всякое превышение истцом действительно принадлежащих ему прав влекло для истца невыгодные последствия (Гай. 4. 53). Поскольку он не сумел доказать с полной очевидностью правильности своего требования, постольку происходило освобождение ответчика, и притом в полной и окончательной форме, так как преувеличенный требовательный пункт - интенция - оказывался ложным и неподтвержденным, а формула обязывала судью в таком случае освободить ответчика. Начать дело вновь препятствовало исключаящее действие последовавшего решения. Чтобы избежать невыгодных последствий запроса, существовало лишь одно средство - ввести в формулу прескрипцию в пользу истца, предупреждающую судью о возможности дальнейшего уточнения истцом его требований.

79. Судебное решение. Присяжный судья должен был строго следовать указаниям, данным в формуле, и выразить устно свое суждение - *sententia*, как представляется дело - *videri sibi*. Особенностью римского процесса был денежный характер присуждения: *omnis condemnatio pecuniaria esse debet* (всякое присуждение должно быть денежным). В некоторых случаях магистрат, уполномочивая судью к присуждению в денежной сумме, ограничивал его усмотрение указанием определенной суммы, свыше которой судья не мог оценить иска (Гай. 4. 49 - 52).

Только в императорскую эпоху отступили от принципа обязательной денежной конфискации, установив, что если предметом иска является определенная вещь, то ответчик присуждается к ее выдаче.

Подобно *litis contestatio* в первой стадии производства - *in iure*, решение дела судьей во второй - *in iudicio* влекло за собой погашение процесса: процесс, доведенный до решения, не мог быть вновь начат (отрицательное действие законной силы судебного решения). В отношении истца к такому результату приводило доведение дела в первой стадии процесса до литисконтестации (см. п. 74). Но что касается ответчика, то доведение дела до литисконтестации само по себе не служило для него препятствием к возбуждению в дальнейшем спора, тождественного уже разрешенному. Например, между двумя лицами идет спор о наследстве, причем часть наследственной массы находится во владении одного из них, часть - во владении другого. Гай (D. 44. 2. 15) говорит, что каждый из них может предъявить иск о наследстве (*hereditatis petitio*) к другому. Но если по иску первого вопрос о праве на наследство разрешен судом в пользу первого, а второй потом предъявляет иск об этом наследстве к первому, такой вторичный судебный процесс противоречил бы принципу законной силы судебного решения. Гай в приведенном месте говорит, что против иска второго может быть предъявлена *exceptio rei iudicatae*. Гай мотивирует это заключение так: "...тем самым, что суд признал наследство за мной, оно должно считаться признанным не принадлежащим тебе".

С введением в практику названной эксцепции *rei iudicatae* оформилось и учение о положительном эффекте судебного решения. Последнее признается для данного вопроса между спорящими сторонами за истину - *res iudicata pro veritate habetur* (D. 5. 1. 25) и, как таковая, имеет для участников в деле обязательную силу. Судебное решение - *res iudicata* - заканчивает процесс и может быть освободительным или осудительным. Законная сила судебного решения осуществляется двумя средствами:

(1) Истцу дается вместо прежнего иска новый - *actio iudicati* - бесспорный иск о выполнении решения, содержание которого определено судебным решением.

(2) Каждой из сторон дается *exceptio rei iudicatae*, если противная сторона пытается вторично возбудить решенный уже судом спор.

Условия предъявления этой эксцепции следующие: а) возбуждение того же притязания (*eadem quaestio*), когда отыскивается тот же предмет на основании того же самого права, имеющего тождественное основание (например, куплю-продажу, ссуду, дарение); б) между теми же лицами (*inter easdem personas*). К тем же лицам причисляются также универсальные или даже сингулярные преемники (если они приобрели свое право после *litis contestatio*).

Дальнейшим выводом из основного правила было распространение содержания судебного решения только на участников первого процесса и их правопреемников.

80. Исполнение решений. Если ответчик отрицает законную силу судебного решения, он может против него защищаться. В классическую эпоху сторона, недовольная судебным решением, могла при наличии уважительных обстоятельств испросить у претора *restitutio in integrum* (восстановление в первоначальное состояние, в данном случае - признание судебного решения несостоявшимся). В императорскую эпоху можно было судебное решение обжаловать в высшую инстанцию (апелляция), однако с риском присуждения в двойном размере в случае проигрыша дела. Если же ответчик не защищается и не платит, истец может произвести принудительное взыскание с помощью *actio iudicati* (см. п. 79).

Взыскание могло иметь личный характер (содержание должника под арестом до уплаты или отработки долга - *executio personalis*) или же имущественный характер (*venditio bonorum*, ср. п. 71). В последнем случае кредиторы вводились во владение имуществом должника (так называемая *missio in bona*). Спустя некоторое время они выбирали из своей среды *magister bonorum*, который продавал имущество должника с аукциона. Покупатель (*emptor bonorum*) становится собственником купленного имущества и вместе с тем обязан уплатить долги должника (в пределах покупной

цены имущества).

§ 25. Восстановление в прежнее состояние (реституция)

81. Понятие реституции. Классическое право не знало обжалования судебного решения в собственном смысле. Однако сторона, недовольная судебным решением, могла просить у претора *restitutio in integrum*, восстановления в первоначальное положение, т.е. просить об уничтожении наступивших юридических последствий. Это средство защиты давалось претором не только против судебного решения, но и в ряде других случаев, когда по обстоятельствам дела претор не считал возможным строгое применение общих норм права (см. п. 82). Применение этого экстраординарного средства производилось как по просьбе сторон, так и по собственному усмотрению магистрата в целях защиты верхушки господствующих классов.

82. Основания реституции. Для применения реституции требовались три условия:

(1) Наличие имущественного или неимущественного ущерба (*laesio*), причиненного действием или упущением.

(2) Наличие у просителя оправдывающего реституцию основания (*iusta causa*), как-то: а) *minor aetas* (менее 25 лет); б) *quod metus [6] causa*; в) *error* (редко); *dolus malus* (чаще); г) временное отсутствие (в плену и т.п.).

(3) Своевременная просьба.

83. Действие реституции. Действие реституции заключалось в том, что она лишала силы факт, приведший юридические отношения к существующему состоянию, и восстанавливала прежнее состояние этих отношений.

Истец, получивший реституцию, должен был вернуть ответчику выгоду, полученную от погашения юридического отношения, например, покупатель, получивший обратно уплаченную цену, обязан вернуть продавцу купленный товар.

При применении реституции против судебного решения решение считалось несостоявшимся и начинался новый процесс.

§ 26. Процессуальное представительство

84. Первоначальное недопущение представительства. Стороны в гражданском процессе долго не могли возлагать на третьих лиц защиту своих интересов. Они должны были выступать лично. И Гай (4. 82), и Юстиниан (I. 4. 10) утверждают, что некогда (*olim*) признавалось правило: *Nemo alieno nomine lege agere potest* - никто не может искать по закону от чужого имени. В Институциях Юстиниана дается краткий очерк исключений из этого правила и последующих смягчений. Допускалось выступление представителей *pro populo* - за народ (выступал *magistratus*), *pro libertate* - за свободу (*assertor libertatis*) и *pro tutela* - по опеке (*tutor* - опекун). Закон Гостилия (около 175 г. до н.э.) допустил представительство на суде за лиц, попавших в плен или отсутствующих по делам государства. При формулярном процессе представительство отсутствующих и больных достигалось путем введения формул с перестановкой имен. Именно в интенции фигурировало имя представляемого лица (*dominus litis*), а в кондемпнции - имя процессуального представителя. Судебный магистрат отдавал приказ присудить последнего или (если представитель был со стороны истца) - противную сторону в пользу представителя. Конечно, это было еще не полное судебное представительство, но преторское право этим дало толчок дальнейшему его развитию.

85. Допущение *cognitores* и *procuratores*. Сначала признано было лишь не прямое представительство, т.е. выступление лица в процессе не от имени представляемой стороны, а от собственного имени представителя, однако за счет первой. Основанием допущения этой формы представительства служила неспособность выступать в процессе ряда лиц, в силу возраста, пола, состояния здоровья и других причин, и такая же неспособность городских общин и корпораций как таковых участвовать в гражданском обороте в качестве носителей прав городов и других коллективов. Интересы указанных категорий лиц в процессах представляли

опекуны физических лиц, агенты и синдики городских общин.

Институт представительства получил признание по существу в формулярном процессе. Здесь представители впервые открыто выступали уже со стороны дееспособных лиц под именем когниторов (*cognitor*). Они принимали это поручение от заинтересованной стороны - *dominus litis* - и назначались последней *in iure*, путем обращения к противной стороне с установленными словами: "назначаю тебе когнитора" (*tibi cognitorem do*). Присутствия последнего при этом не требовалось, но его обязанности начинались с момента состоявшегося соглашения о его допущении к процессу. Дальнейшим развитием представительства и более простой его формой было назначение процессуального представителя - прокуратора (*procurator ad litem*). Достаточно было предварительного неформального поручения, а иногда даже фактического выступления без поручения в качестве ведущего дела (*negotiorum gestora* - см. п. 555), главным образом на стороне ответчика. Преторы побуждали таких прокураторов и их доверителей заключать стипуляции о последующем одобрении - *cautio de rato* - их действий. Как сказано, процессуальная формула составлялась всегда так, что решение выносилось на имя представителя, который должен был, в свою очередь, передать истцу все им полученное. Представитель ответчика, наоборот, мог требовать от представляемого всего уплаченного им по решению в пользу истца. Позднее представляемый внешне оформлял положение своих представителей (обоих видов) путем занесения в судебный протокол или посылкой письменного сообщения противной стороне. Аналогично назначались агенты и представители городских общин. Допущение прямого процессуального представительства обуславливалось прежде всего усложнением хозяйственной жизни. Если при неразвитом обороте хозяин лично ведет свои дела и лично выступает в суде, то по мере развития торговли купец заключает многочисленные сделки и участвует в ряде процессов. И недопущение представительства являлось бы стеснительным для оборота крупных рабовладельцев.

Особую форму представительства составляли представители за собственный счет, *procurator in rem suam* - форма, издавна употреблявшаяся при передаче требований прежним кредитором новому (см. п. 364).

86. *Advocati*. Допускались также к устному содействию сторонам, без представительства в собственном смысле, *advocati*, избираемые обычно самими сторонами.

§ 27. Интердиктное производство

87. Понятие интердиктного производства. Наряду с обычным исковым порядком рассмотрения частных споров (*ordo iudiciorum privatorum*), существовало особое интердиктное производство. Оно отличается от обычного искового порядка рассмотрения частных споров тем, что судебный магистрат здесь выступает исключительно как носитель высшей власти, издающий приказы по отношению к гражданам. Интердикты издавались претором по расследовании дела. Поэтому интердикты были безусловными категорическими приказами, санкционированными штрафами и взятием залога. Интердиктное производство было проявлением административной власти преторов. В классическом праве (Гай. 4. 138) интердикт претора стал условным приказом, которым начиналось особое интердиктное производство. Оно могло стать базой для последующего судебного разбирательства, перейти из области управления в область юрисдикции. Этот акт принимался магистратом для скорейшего разрешения частных споров по просьбе одной из сторон.

88. Виды интердиктов. Смотря по тому, обращался ли интердикт к одной или обеим сторонам, различались интердикты простые и двусторонние - *simplicia, duplicia*. Далее, интердикты бывают или запретительные (*prohibitoria*), или восстановительные (*restitutoria*), или предъявительные (*exhibitoria*). Только запретительные интердикты оправдывают свое название (*interdictum* - запрещение), но римляне применяли этот термин и к двум другим категориям.

Запретительные интердикты запрещали определенное отношение и поведение.

Сюда относились интердикты, запрещавшие насильственно нарушать существующее владение - *vim fieri veto*.

Восстановительные интердикты были направлены на возвращение какой-нибудь вещи отдельному лицу или на восстановление поврежденного публичного сооружения. Внешне они выражаются словом *restituas* - "ты должен восстановить".

Наконец, предъявительные интердикты требуют предъявления лица (раба, члена семьи) или документа и словесно выражаются словами *eum, eamve exhibeas* - "представь его или ее". Требование приказов было направлено на безотлагательное исполнение - на глазах у претора. Восстановительные и предъявительные интердикты всегда были односторонними, а запретительные могли быть и двусторонними.

В классическую эпоху интердиктное производство оставалось удобным и быстрым способом административной защиты интересов верхушки класса рабовладельцев, когда допущение судебного разбирательства явилось бы слишком медленным или почему-либо неудобным. Оно имело это преимущество даже в сравнении с преторскими исками, основанными на особо признанных фактах - *actiones in factum*.

89. Действие интердикта. Эффект интердикта заключался в том, чтобы противник немедленно повиновался ему, не оспаривая фактов, указанных в интердикте, и не утверждая, что был нарушен запретительный интердикт.

Если лицо, против которого выдан интердикт, не выходя от претора, оспаривало интердикт и требовало назначения судьи (*arbiter*), это требование удовлетворялось. Судебное разбирательство могло привести или к подтверждению интердикта (и тогда он из условного приказа превращался в безусловный), или к оправданию ответчика. Если судья подтверждал интердикт, а ответчик все-таки не подчинялся, судья присуждал его к денежной сумме, определявшейся истцом под присягой. Если лицо, против которого выдан интердикт, уходило от претора, не потребовав назначения *arbiter*, а интердикту все же не повиновалось, тогда истец вызывал ответчика к заключению договора о том, что если ответчик окажется неправым, то он уплатит истцу штраф; со своей стороны и истец давал обязательство уплатить ответчику штраф в случае своей неправоты.

Эти два договора назывались *sponsio et restipulatio*. Первый порядок (с назначением *arbiter*) назывался производством *sine periculo* (т.е. без риска штрафа), второй - *cum periculo* (с риском штрафа).

§ 28. Когниционное производство

90. Возникновение когниционного производства. С I в. н.э. магистраты, не располагавшие юрисдикцией, стали получать *ius cognoscendi*, право решать дела без передачи их в суд. Сюда относились дела по фидеикомиссам (см. п. 273), установлению прохода, банковским операциям (со II в.) и др. Такое производство получило особенное развитие в руках презесов и муниципальных магистратов римских провинций. Ведомство этих магистратов все увеличивалось; их решения простирались сначала только на имущество, а потом и на личность ответчика. За этой административной формой суда утвердилось название *cognitio extraordinaria*. Начиная с середины III в. н.э. когниционное производство стало обычным, а с конца III в., в связи с сосредоточением власти в руках императоров, оно окончательно вытеснило формулярное. Переходной ступенью послужили случаи восстановления в прежнее состояние (реституция), когда сам магистрат производил расследование дел. В случаях, когда при восстановлении в прежнее состояние ответчик должен был выплатить что-нибудь в пользу истца, судебный магистрат мог сам непосредственно приказать ответчику выполнить эту обязанность.

91. Особенности когниционного производства. При когниционном производстве судебный магистрат и судья слились в одном лице. Вызов в суд на определенный день - *evocatio* - вошел в круг административных полномочий судьи, и никто не мог уклоняться от явки к судебному разбирательству.

Важной особенностью когниционного производства явилась организация заочного

производства. Истец при неявке ответчика допускался к доказательству своих прав, и решение выносилось на основании соответствующего материала. Основывался такой порядок на неповиновении ответчика приглашению (*contumacia*), последовавшему от имени судебного магистрата. Это производство предполагало, что приглашение было окончательным и сопровождалось указанием, что неявка повлечет за собой разрешение дела без участия ответчика. Неявка истца оставляла дело без разрешения.

Когниционное производство окончательно устранило разделение процесса на две стадии. Дело от начала до конца вел один магистрат - государственный чиновник. Отпали формулы исков и судебные договоры. По существу, исчезло засвидетельствование спора *in iure*. В праве Юстиниана к *litis contestatio* приравнивался момент, когда стороны вступали в первый раз в устное состязание по спорному делу. Конституция 202 г. н.э., по-видимому, стоит на той же точке зрения (С. 3. 9. 1). Никаких определенных форм когниционного производства установлено не было. Средства доказательства применялись те же, что и в классическую эпоху. Решение дела не требовало непременно присуждения к денежной оценке, а могло прямо направляться на выдачу вещи (*condemnatio ad ipsam rem*, см. п. 80). Исполнение судебного решения перестало быть частным делом, а входило в компетенцию судебного магистрата. Он располагал необходимыми и для этого средствами - вооруженной силой (*manu militari*).

Чиновник, разбиравший процесс, мог заменять себя особым специальным судьей - *iudex pedaneus*.

§ 29. Меры против неосновательного отрицания иска и неосновательного предъявления иска

92. Меры против ответчиков, неосновательно отрицавших иск, фактически всей тяжестью ложились на бедняков, не имевших возможности собрать или сохранить доказательства, но, конечно, не на знатных лиц. В принципе ответчик, неосновательно отрицавший притязания истца, платил штраф и присуждался в двойном размере требования - *sum roepa*. В некоторых случаях он принуждался к заключению дополнительного штрафного соглашения, по которому он в случае своего присуждения должен был приплатить часть спорной суммы, обычно треть - при иске, направленном на требование определенной суммы займа, а при договоре подтверждения долга - половину суммы долга.

...adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia (Гай. 4. 171).

(...против отпирающихся по некоторым делам устанавливается иск в двойном размере, например по искам, предъявленным в силу состоявшегося присуждения, на основании произведенных расходов, по убыткам из обиды, из легатов, оставленных в порядке возложения обязанности; по некоторым делам разрешается заключение спонзии, например об определенной сумме из займа и по подтвержденному долгу; но при этом по определенной сумме из займа спонзия заключается на третью часть, по подтвержденному долгу - в половинном размере.)

Значительное число исков в случаях присуждения влекло за собой для проигравшего ответчика еще и гражданское бесчестие (*infamia* [7]) - так было при *actio pro socio*, *mandati*, *furti* и др. Во всех этих случаях придавалось мало значения тому, действовал ли ответчик, будучи уверенным в своем праве, или без такого убеждения.

Наоборот, если иск не входил ни в одну из приведенных категорий, ответчик, проигравший процесс, не подвергался никакому штрафу, даже если он и действовал недобросовестно.

Наконец, истец, в случаях, когда ответчик, несмотря на приказ судьи, не выдает

или не предъявляет того, что требуется, может подтвердить размер своего интереса присягой - *iurandum in litem*, например, стоимость отыскиваемой вещи.

93. Меры против истцов. Для воздействия на истцов, неосновательно предъявляющих иск, были установлены меры, но эти меры не устанавливали действительной гарантии интересов ответчиков-бедняков, так как применение этих мер зависело от суда.

(1) Ответчик мог потребовать от истца специальной штрафной estipуляции. Тогда истец, в случае проигрыша, подвергался тому же штрафу, который он сам обязывал ответчика платить в случае проигрыша последним дела (Гай. 4. 180. 181; ср. п. 89).

(2) Ответчик мог со своей стороны просить истца принести присягу в том, что он, истец, действует добросовестно, - *iurandum calumniae*.

(3) Претор рассматривал как деликт преторского права тот случай, когда истец предъявлял иск из одного только намерения вести процесс, зная, что утверждаемое им право в действительности не существует (Гай. 4. 178). Но если эти меры не были приняты заранее, то все же проигравший истец подвергался преследованию со стороны своего ответчика. Последний мог возбудить специальный процесс о сутяжничестве в широком смысле слова - *iudicium calumniae*. Штраф, которому подвергался прежний истец, оценивался в одну десятую спорного иска.

Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis (Гай. 4. 175).

(По крайней мере суд за ябеду существует против всяких исков и заключается в десятой части.)

Последний иск, как иск из преторского деликта, предполагал всегда недобросовестность истца. Но даже при его добросовестности легкомыслие, с которым он затеял процесс, влекло для него штрафное наказание. Так, в случае предъявления иска об обидах оправданный ответчик в свою очередь мог преследовать своего обвинителя, даже если он был добросовестным, и заставить его уплатить себе десятую часть того, что требовалось с него первоначально (Гай. 4. 177 - 180).

В византийском праве штрафы, как и относящиеся к ним правила классического права, почти совершенно исчезли. При Юстиниане сохранился только штраф в двойном размере по отношению к отрицающему ответчику - *infitiando crescit in duplum*, особенно когда иск входил в определенную категорию привилегированных требований, например, в пользу церковных и богоугодных учреждений (I. 4. 16. 1; 3. 27. 7). Исчезновение штрафов объясняется заменой их возложением на проигравшую сторону судебных издержек.

Глава 8

ВЛИЯНИЕ ВРЕМЕНИ НА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ И ЗАЩИТУ ПРАВ

§ 30. Значение времени в праве

94. Правосозидательное и погашающее действие времени. Время в некоторых случаях создает правовую защиту фактическому положению, превращает факт в право, создает право, но оно же и погашает право. Время дает право одному и отнимает у другого.

Иногда право возникало потому, что долго осуществлялось соответствующее ему положение вещей - отсюда приобретательная давность, дающая владельцу право собственности (см. п. 203). Право утрачивалось, когда оно долго не осуществлялось, - отсюда погасительная давность для исков.

95. Незапамятное время. От давности отличалось незапамятное время (*vetustas*).

Если наличное положение вещей существовало так давно, что живущее поколение не помнит иного, оно имело презумпцию правомерности.

Это правило выражено в источниках применительно к сервитутам (п. 217):

In summa tria sunt per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur (D. 39. 3. 2. pr.).

(В итоге существуют три основания, по которым нижележащий участок служит вышележащему: закон, характер местности, незапамятная давность, которая всегда считается за закон.)

Незапамятное время не устанавливало права вновь, а лишь служило доказательством давнего существования данного права. Это имело то значение, что не только само право, но и все производные от него и установленные ранее права сохраняли силу. Ссылка на *vetustas* допускалась в следующих случаях: общие дороги соседних участков признавались общественными, если была установлена *vetustas* общего пользования, древний водопровод считали проложенным на основании сервитутного права, старые плотины охранялись *iure facti*.

Scaevola respondit solere eos qui iuri dicundo praesunt tueri ductus aquae quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur (D. 39. 3. 26).

(Сцевола ответил, что руководители правосудия обыкновенно охраняют водопроводы, которым дает значение незапамятная давность, хотя право не доказано.)

96. Исчисление времени. Различалось: а) заранее известное, календарное время, которое определяется по календарю, например майские календы такого-то года от основания города (т.е. Рима); б) подвижное время, когда срок определяется истечением времени от известного события, например определение совершеннолетия: совершеннолетие наступает, когда истечет определенный период со времени рождения.

Исчисление времени возможно двоякое: а) *computatio naturalis*, когда счет ведется точно от момента того дня, когда совершилось событие, до соответствующего момента дня истечения срока. Например, *maior aetas* (25-летие) наступает в час, соответствующий часу рождения; б) *computatio civilis*, когда во внимание не берутся меньшие деления времени, чем день.

Первым днем считается день события (от полуночи до полуночи); последний определяется различно; при приобретении права срок кончается с наступлением последнего дня, а при потере права срок истекает в последний момент последнего дня. Год считался в 365 дней, месяц - неопределенно, преимущественно в 30 дней.

При исчислении некоторых сроков, не свыше года, не принимается в расчет время, когда данное лицо по уважительным причинам не могло совершить известного действия, требуемого законом (учинение иска). Такими уважительными причинами считались плен, исполнение государственных поручений, нерозыск ответчика. Время, исчисляемое так, называлось *tempus utile*, в противоположность непрерывному счету, *tempus continuum*.

§ 31. Исковая давность

97. Понятие исковой давности. Исковая давность означает погашение возможности процессуальной защиты права вследствие того, что в течение известного времени такая защита не была осуществлена заинтересованным лицом.

Классическое право исковой давности в этом смысле, т.е. погашения процессуальных прав вследствие хозяйственной и правовой бездеятельности управомоченного лица в течение установленного законом времени, не знало. Классическое право знало лишь законные сроки для некоторых исков. Их отличие от исковой давности в том, что при законном сроке само право действует лишь в течение определенного времени; например, поручительство (в некоторых его формах, см. п. 445) действует только в течение двух лет, после чего автоматически погашается. А при исковой давности право, установленное в принципе бессрочно, погашается бездеятельностью управомоченного лица. При исковой давности, когда бездеятельность не могла быть поставлена в вину, допускались перерыв и приостановление этой давности, невозможные при срочных исках.

В V в. была введена исковая давность - почти для всех личных исков и исков на вещи. При Юстиниане все иски подлежали давности и назывались *actiones perpetuae*, если погашались через 30 лет, и *actiones temporales*, если сроки погашения были короче, другими словами, сглажено было различие между срочностью и давностью.

Nae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae quae antiquitus fixis temporibus limitantur (C. 7. 39. 3. 2).

(Эти иски погашаются в течение 30 последовательных лет, и они считались постоянными, но не те, которые издревле ограничиваются определенными сроками.)

98. Начало течения исковой давности. Условия исковой давности касались ее начала, течения и действия. Начало течения устанавливалось с момента возникновения искового притязания, в частности:

(1) При праве собственности и других правах на вещи - с момента нарушения кем-либо господства лица над вещью.

(2) При обязательствах не делать чего-либо - когда обязанный субъект совершал действие, противоположное принятой обязанности.

(3) При обязательствах что-либо сделать - когда возникала возможность немедленно требовать исполнения обязанности от обязанного.

Общий срок исковой давности установлен Юстинианом в 30 лет, но были и другие сроки. Течение давности прерывали: предъявление иска, признание требований обязанным лицом. Перерыв исковой давности приводил к тому, что истекшее время более не шло в счет; течение же давности начиналось снова. Приостановление исковой давности означало, что ее течение временно приостанавливается по какой-нибудь причине; например, ввиду несовершеннолетия лица либо юридических препятствий для предъявления иска, например, до составления инвентаря наследства (п. 267). Устранение этих оснований возобновляло течение исковой давности, а истекшее до приостановления время зачитывалось в общий срок давности.

99. Действие исковой давности. По истечении исковой давности ответчик имел право противопоставить эксцепцию всякой попытке истца осуществить судебным порядком погашенные давностью притязания. Однако судья по собственной инициативе не учитывал давности, если этого не требовало обязанное лицо. Действие этой эксцепции было таково:

(1) Если притязание было основано на праве на вещь, то эксцепция уничтожала только данное требование из этого права; самое же право продолжало существовать.

(2) Действие исковой давности и законных сроков на обязательственные права не совсем ясно.

Источники признают, что, по истечении законного срока, уплата долга является уплатой не должного, так что возникает *condictio indebiti*; наоборот, залоговое право продолжает существовать по истечении давности для главного обязательства, пока не истечет давность для залогового права (D. 44. 2. 29).

100. Давность эксцепции. По общему правилу действие исковой давности не распространялось на эксцепции (так как эксцепцию можно заявить, лишь когда будет предъявлен иск), кроме случаев, когда лицо могло по поводу своего права предъявить и иск, и эксцепцию и пренебрегло правом предъявления иска.

Раздел III

ЛИЦА

Глава 9

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

§ 32. Категории лиц

101. Субъекты прав. Лицами, или субъектами прав, были в Риме как отдельные люди - физические лица, так и объединения физических лиц (род, цех, корпорация) или независимые от них учреждения - юридические лица.

Однако не все люди признавались субъектами прав, и хотя круг правоспособных людей и объем правоспособности отдельных групп населения последовательно расширялись в ходе истории римского государства, однако признание правоспособности каждого человека, хотя бы только в области частноправовых отношений, никогда не стало принципом римского права. Этого не допускал рабовладельческий характер римского государства, неизбежно превращавший правоспособность в привилегию определенных слоев населения. Основные черты экономического и политического развития Рима, переход от республики к империи, сначала в форме принципата, а затем - домината (монархии неограниченной), а равно возникновение в период домината новых форм эксплуатации труда, наряду с сохранением рабства, обусловили, наряду с расширением правоспособности одних групп населения, возникновение новых ограничений для других групп.

Понятие юридического лица только зародилось в Риме, и юридические лица не приобрели большого значения в ходе развития хозяйственной жизни Рима.

Таким образом, вопрос о субъектах прав в римском праве не может быть изучен без характеристики исторических изменений в правовом положении отдельных групп населения.

102. Правоспособность и ее составные элементы. Субъект права именовался в римском праве *persona*. Правоспособность обозначалась словом *caput*. Быть правоспособным значило *caput habere*.

Отдельный человек для обладаний полной правоспособностью во всех областях политических, семейных и имущественных отношений должен был удовлетворять трояким требованиям: а) в отношении свободы: быть свободным, а не рабом; б) в отношении гражданства: принадлежать к числу римских граждан, а не чужеземцев; в) в семейном положении: не быть подчиненным власти главы семьи (*patria potestas*).

Таким образом, *caput* определялся трояким состоянием: а) состоянием свободы - *status libertatis*; б) состоянием гражданства - *status civitatis*; в) таким семейным состоянием, *status familiae*, в силу которого данное лицо не подчинялось власти домовладыки. Отпадение или изменение одного из этих состояний, *capitis deminutio* влекло за собою и прекращение либо изменение объема или содержания правоспособности.

Полная правоспособность человека в области частноправовых отношений, в свою очередь, складывалась из двух элементов: а) *ius conubii* - право вступать в регулируемый римским правом брак, создавать римскую семью, б) *ius commercii* - право быть субъектом всех имущественных правоотношений и участником соответствующих сделок.

Правоспособность признавалась возникшей в момент рождения человека, удовлетворявшего указанным выше требованиям, и прекращалась со смертью его.

Однако юристы установили правило, в силу которого зачатый, но еще не родившийся ребенок признавался субъектом прав во всех случаях, когда это соответствовало его интересам.

Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur (D. 1. 5. 7).

(Зачатый ребенок охраняется наравне с уже существующими во всех случаях, когда вопрос идет о выгодах зачатого.)

В частности, исходя из постановлений законов XII таблиц, за зачатым, но еще не родившимся ребенком признавали право наследования в имуществе отца, умершего

во время беременности матери (D. 38. 16. 3. 9).

С другой стороны, открытое, но еще не принятое наследником наследство ("лежачее наследство") рассматривалось как "продолжение личности умершего" - *hereditas iacens sustinet personam defuncti*, лежачее наследство продолжает личность умершего (ср. D. 41. 1. 34). Поэтому рабы были вправе в интересах наследственной массы совершать юридические действия *ex persona defuncti*, как бы продолжая осуществлять правоспособность умершего.

103. Свободные и рабы. Оставаясь на всех стадиях своего развития правом рабовладельческого общества, римское право признавало правоспособными только свободных людей. Рабы были не субъектами, а объектами прав. Их правовое положение в принципе не отличалось от положения вещей - *servi res sunt* (Ulpianus, *Regulae*. 19.1).

В то же время рабы всегда занимали особое положение в ряду объектов прав: неуклонное проведение принципа "рабы суть вещи" оказывалось иногда, особенно с развитием гражданского оборота, не согласным с интересами рабовладельцев, нередко стремившихся использовать не только физические силы, но и умственную энергию и личную предприимчивость рабов. Поэтому допускались некоторые отступления от этого принципа. В период республики за некоторыми сделками рабов стали признаваться юридические последствия в связи с практиковавшимся выделением рабу господином имущества в непосредственное управление (так называемый *пекулий*, см. п. 117). Идеологическим обоснованием отступлений от общего принципа "рабы суть вещи" служило учение юристов периода империи о том, что рабство, институт *iuris gentium*, т.е. известный всем народам древнего мира, чуждо, однако, началам естественного права. Ульпиан говорил:

Quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt (D. 50. 17. 32).

(С точки зрения гражданского права рабы считаются никем. Это не так, однако, по естественному праву, ибо с точки зрения естественного права все люди равны.)

Флорентин, давая определение рабства, еще резче противопоставлял положительное право праву естественному.

Servitus est constitutio iuris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur (D. 1. 5. 4. 1).

(Рабство есть установление права народов, при посредстве которого один, противно природе, подчиняется власти другого.)

Отсюда и такие выражения юристов, как *persona servi*, и основное деление людей на свободных и рабов: *summa... divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* - основное деление людей в праве - это деление всех людей на свободных и рабов.

Но чуждый естественному праву институт рабства находил себе в глазах римских юристов законное обоснование в войне; если законно убийство военного противника, то тем более законно овладение им, установление права собственности на его личность. Так, война, которая в течение долгого времени являлась способом приобретения рабов, служила для римских юристов и этико-юридическим оправданием рабства.

104. Римские граждане и чужеземцы. Не всякий свободный человек был в Риме одинаково правоспособным; некоторые свободные люди были в известные периоды римской истории вовсе не правоспособны.

В древнейшие времена полная правоспособность во всех областях отношений политических, семейных и имущественных признавалась только за римскими гражданами - *cives romani Quirites* (происхождение последнего слова не выяснено) [8]. Свободный чужеземец не имел не только политических прав, но и правоспособности в сфере частного права: он не признавался субъектом ни семейных, ни имущественных прав и обязанностей. Более того, чужеземец

рассматривался в принципе как враг, *hostis*, имущество которого могло быть в любой момент захвачено римским гражданином, а сам он обращен в рабство. Но полное бесправие чужеземцев рано пришло в противоречие с интересами развивавшегося гражданского оборота, особенно с развитием внешней торговли Рима.

В сфере внешней торговли римскому гражданину приходилось вступать в договоры с чужеземцами, искать способов разрешения споров, которые возникали из таких договоров, и т.п., и в первоначальный принцип бесправия чужеземцев был внесен ряд изъятий.

Уже издревле делу охраны имущественных интересов чужеземцев, приезжавших в Рим, служил институт *hospitium privatum*. Он заключался в том, что римский гражданин, став патроном чужеземца, который ставился в положение клиента, оказывал последнему правовую помощь, совершая в его интересах сделки, защищая его интересы перед римским судом и т.п. При этом патрон действовал не в качестве представителя чужеземца, а в качестве защитника его интересов, от своего имени. Добросовестное отношение патрона к принятым на себя обязанностям обеспечивалось сакральным правом: вероломный патрон подвергался высшему наказанию: он объявлялся обреченным мщению богов - *sacer esto*, а потому поставленным вне охраны закона.

Другое отступление от принципа неправоиспособности чужеземцев действовало искони в пользу латинов, *latini*, т.е. жителей общин Лациума, вместе с Римом входивших в состав распавшегося в IV в. до н.э. Латинского союза (*latini veteres*, *latini prisci*); не имея в Риме политических прав, они были наделены в сфере частноправовой как *ius copubii*, так и *ius commercii*, и их частноправовые споры разрешались в тех же судах и в том же порядке, что и споры римских граждан.

После того, как законы *Julia* и *Plautia Papiria* I в. до н.э. предоставили римское гражданство всему населению Италии, в положении *latini* остались лишь жители отдельных внеиталийских общин и иногда и целых провинций (*latini coloniarii*), которым *latinitas*, *ius latini* предоставлялось особыми актами государства. Кроме того, особую группу так называемых *latini Iuniani* составляли некоторые вольноотпущенники (п. 109).

После того, как законом 212 г. н.э. римское гражданство было предоставлено всем подданным империи, отпадает и категория *latini coloniarii*; понятие *latini Iuniani* сохраняет, однако, значение до Юстиниана.

По мере развития гражданского оборота, особенно международной торговли, свободные чужеземцы, не принадлежавшие к числу *latini*, также постепенно переходят из положения *hostes* в положение *peregrini*, т.е. лиц, за которыми признается правоспособность, но правоспособность, отличная по содержанию и объему от римской правоспособности.

Не имея политических прав, *peregrinus* может быть участником семейных и разнообразных имущественных правоотношений, но специфически римские правовые институты, как римский брак, *matrimonia* и т.п., ему закрыты. Не подведомственны *praetor urbanus* и частноправовые споры перегринов. Для разрешения этих споров учрежден особый магистрат - *praetor peregrinus*. Выработанные им правовые положения, развитые и дополненные юристами, постепенно и образовали *ius gentium* как систему частноправовых норм, регулировавших отношения перегринов между собой и с римскими гражданами (см. пп. 11 - 12). Первоначально положение *peregrini* было присвоено населению *civitates foederatae*, т.е. жителям тех из чужеземных общин, с которыми Рим состоял (после войны или независимо от нее) в договорных отношениях. В дальнейшем в такое же положение были поставлены и *peregrini dediticii*, жители общин, сдавшихся на милость Рима - победителя в войне.

После названных выше законов *Julia* и *Plautia Papiria* категория перегринов утратила прежнее значение для Италии, а после изданного в 212 г. эдикта о гражданстве для всей империи в целом: перегринами стали считаться только пребывающие на территории римского государства неподданные Рима, варвары, славяне, германцы и

т.п. Кроме того, в положение peregrinorum ставились и подданные Рима, совершившие определенные преступления, а также до VI в. н.э. отпущенные на волю рабы, наказанные клеймением во время пребывания в рабстве.

Надо, однако, заметить, что ко времени предоставления прав гражданства всему населению империи самое понятие peregrinitas почти утратило практическое значение в области частноправовых отношений.

Потребности международного торгового оборота обусловили глубокое проникновение начал *iuris gentium* в систему римского частного права. Став, по существу, гражданским правом международного торгового оборота античного мира, римское право вынуждено было постепенно признать равноправие товаровладельцев, независимо от их национальности и подданства. На смену началу национальной исключительности, которым было пропитано право древнейшего Рима, в период империи пришел окончательно закрепленный кодификацией Юстиниана принцип равенства гражданской правоспособности всех свободных людей. Оставаясь условием политической правоспособности, которая не играет, однако, сколько-нибудь важной роли в период домината, *status civitatis* перестал быть условием правоспособности в сфере частного права.

105. Семейное состояние. Необходимым условием полной правоспособности в сфере частного права являлось в Риме определенное семейное состояние, самостоятельность в сфере семейных отношений.

Древнейшая римская семья, так называемая агнатическая семья (п. 133), представляла собою союз людей, объединенных не кровной связью, а подчинением власти одного и того же домовладыки - *paterfamilias*.

В древнейшее время только *paterfamilias* был носителем правоспособности в сфере частного права - *persona sui iuris*; члены семьи, подчиненные власти *paterfamilias* (*personae alieni iuris*), правоспособности в сфере частного права не имели. Вступая в имущественные правоотношения, они устанавливали права не для себя, а для *paterfamilias*, не создавая, однако, для последнего обязанностей.

Это последнее положение оказалось так же непримиримым с потребностями развивавшегося гражданского оборота, как полное устранение из него рабов: значительное большинство гражданских сделок, особенно совершаемых в торговле, направлено на установление прав и обязанностей для обеих участвующих в сделке сторон, и никто не стал бы вступать в соответствующие сделки с не имеющим своего имущества подвластным, если бы по этим сделкам не становился ответственным *paterfamilias* последнего. И юристы стали постепенно признавать ответственность *iure naturali* самих подвластных по заключенным ими в интересах *paterfamilias* сделкам, а претор установил дополнительную ответственность *paterfamilias* по тем же сделкам (п. 117).

Параллельно с признанием юридической силы сделок, совершенных подвластными, шел и процесс признания за ними прав на отдельные группы приобретаемых ими 100 имуществ, сначала на имущество, приобретенное в связи с военной службой, затем и в связи со службой гражданской, далее на имущества, дошедшие от матери, и в праве Юстиниана *paterfamilias* сохранял лишь очень ограниченные права на имущество детей. *Patria potestas* почти утратила свое имущественное содержание (см. п. 145). Однако полная гражданская правоспособность признается и в праве Юстиниана только за *personae sui iuris*.

§ 33. Правовое положение римских граждан

106. Приобретение римского гражданства. Римское гражданство приобреталось:

(1) Рождением, причем ребенок, рожденный в римском браке, следовал состоянию отца, а ребенок, рожденный женщиной, не состоявшей в браке, следовал состоянию матери. Таким образом, ребенок, рожденный от брака римских граждан, был римским гражданином, так же как ребенок, рожденный римлянкой, не состоявшей в браке. Ребенок же, рожденный вне брака неримлянкой, не признавался римским гражданином, хотя бы отцом его был римский гражданин. В целях стимулирования

браков в I в. н.э. было установлено, что и ребенок, рожденный вне брака римской гражданкой, не приобретает прав гражданства, если его отцом был не римский гражданин.

Ребенок, рожденный от брака его родителей, становится гражданином, если отец был гражданином в момент зачатия ребенка, независимо от изменений в состоянии родителей к моменту рождения ребенка. Ребенок, рожденный римской гражданкой, не состоящей в браке, признается римским гражданином, если мать была гражданкой в момент его рождения, независимо от ее состояния до этого момента.

(2) Освобождением римским гражданином своего раба (п. 118).

(3) Усыновлением римским гражданином чужеземца.

(4) Предоставлением римского гражданства отдельным лицам, общинам, провинциям особыми актами государства.

107. Положение римских граждан в публичном и в частном праве. С точки зрения своего правового положения римские граждане делились на две большие группы: а) свободнорожденные, *ingenui*, б) освобожденные из рабства римским гражданином, вольноотпущенники, *libertini*, подвергавшиеся и в качестве римских граждан некоторым ограничениям в правах.

(1) Свободнорожденные римские граждане были носителями полной правоспособности, политической, семейной и имущественной. Основными политическими правами граждан были: а) право нести службу в регулярных римских войсках; б) право участвовать и голосовать в народных собраниях (*ius suffragii*); в) право быть избираемым в магистраты (*ius honorum*).

Право участвовать в народных собраниях отражалось и в структуре имени римского гражданина. В конце периода республики и в первое время империи полное имя римского гражданина состояло из пяти частей: а) *praenomen* - имя в собственном смысле слова; б) *nomen* - наименование семьи или рода, к которому принадлежит данное лицо; в) указание имени отца в родительном падеже (подобное русскому отчеству: сын такого-то); г) наименование трибы, в составе которой носитель имени голосует в народном собрании, причем это последнее указание сохранилось в составе полного имени и после того, как народные собрания в период империи перестали созываться; д) прозвище, которое стало включаться в полное имя гражданина позднее других частей.

Таким образом, полное имя, например, Цицерона было: *Marcus (praenomen) Tullius (nomen) M (arci) f (ilii) Corneliae (tribus) Cicero (cognomen)*.

Не имея политических прав, женщины не имели и официального имени: они носили имя, которое присваивалось им в быту, с присоединением в родительном падеже имени отца или мужа, под властью которого женщина состояла, в родительном падеже: дочь или жена такого-то.

В области частноправовых отношений правоспособность римского гражданина складывалась из упомянутых выше *ius conubii* и *ius commercii*, в составе которого с некоторого времени стали особо выделять *testamenti factio*, право составлять и быть свидетелем при составлении завещания (*testamenti factio activa*) и право быть назначенным наследником по завещанию (*testamenti factio passiva*).

(2) Граждане, принадлежавшие к числу вольноотпущенников, *libertini*, оставались в принципе навсегда носителями некоторой ограниченной правоспособности в сфере как публичных, так и частноправовых отношений. Прежнее рабское состояние словно налагало печать на правовую сферу человека и после вступления его в число свободных римских граждан.

В сфере публичного права ограничения прав вольноотпущенников заключались в том, что они не служили в римских легионах, а в I в. н.э. утратили и *ius suffragii*, почему указание трибы и не фигурировало в составе гражданского имени вольноотпущенников, они не имели ни *ius honorum*, ни права быть включаемыми, так же как и их дети, в число сенаторов.

В период империи ограничения публичных прав вольноотпущенников усилились, но в то же время сложился институт присвоения вольноотпущенникам полной политической правоспособности специальным о том постановлением императора, *restitutio natalium*, которая сообщала им полную правоспособность и в сфере частного права или путем присвоения императором золотого перстня (*ius augeorum*).

В праве Юстиниана, когда политические права граждан давно уже утратили прежнее значение и содержание, ограничений политических прав вольноотпущенников больше нет. Сохраняются, однако, ограничения их правоспособности в области частноправовых отношений: воспрещаются браки вольноотпущенников с лицами сенаторского сословия, как до I в. были воспрещены браки со всеми свободнорожденными. Кроме того, вольноотпущенник несет по отношению к освободившему его из рабства господину ряд личных и имущественных обязанностей, построенных по типу обязанностей детей в отношении отца: вольноотпущенник обязан господину своей гражданской жизнью, как сын обязан отцу своей жизнью физической. Отсюда отношения патроната между бывшим господином - патроном - и его вольноотпущенником - клиентом, отношения, в которых выражается продолжающаяся эксплуатация бывшего раба.

Правоотношения, составляющие в совокупности патронат, могут быть сведены к трем группам: а) *obsequium* - совокупность личных и имущественных, семейного характера, прав патрона (право домашнего суда над клиентом и др.); б) *operae* - обязанность вольноотпущенника оказывать патрону личные услуги (п. 447); в) *bona* - взаимная обязанность вольноотпущенника и патрона помогать друг другу в материальной нужде, давать алименты; к этому присоединялось также право патрона наследовать по закону после вольноотпущенника, не оставившего нисходящих и умершего без завещания.

Отношения патроната отражались в структуре гражданского имени вольноотпущенника: он носил обыкновенно *praenomen* и *nomen* патрона, указывая и имя последнего в родительном падеже в качестве имени отца и превратив свое прежнее имя раба в *cognomen*. Так, освобожденный Цицероном раб Гермодор именовался: *Marcus Tullius Marci libertus Hermodorus*.

Патрон утрачивал свои права, если отказывал вольноотпущеннику в алиментах, если возбуждал против него судебное обвинение, грозившее смертной казнью, а также в случаях, когда патрон пытался на возмездных началах передать другому лицу свое право на *operae*.

Императорская *restitutio natalium* также устраняла частноправовую связь патрона с клиентом, почему и предоставлялась обыкновенно императором не иначе как с согласия патрона.

108. Утрата римского гражданства. Римское гражданство утрачивалось при жизни чаще всего с утратой свободы (*capitis deminutio maxima*). Основанием к утрате гражданином свободы был прежде всего плен, захват неприятелем. Однако, если захваченный в плен и обращенный в рабство римлянин возвращался в Рим, он в силу особой юридической фикции, *postliminium*, *ius postliminii*, рассматривался как никогда не утрачивавший ни свободы, ни гражданства, ни отдельных своих прав.

В древнейшие времена гражданин мог быть при некоторых обстоятельствах продан в рабство, однако не иначе как за границу, *trans Tiberim*, ибо до периода империи считали, что гражданин не мог стать рабом на территории римского государства. Так, магистрат имел право продать в рабство за границу дезертира или гражданина, уклонившегося от ценза, обокраденный мог продать вора, кредитор - несостоятельного должника.

Эти основания утраты римского гражданства впоследствии отпали, но на их месте появилось обращение в рабство в связи с наказаниями, налагавшимися за некоторые тяжкие преступления. Так, в период республики становился рабом гражданин, приговоренный к *aquae et ignis interdictio*; в период империи - лица, приговоренные к бессрочным каторжным работам или ссылке.

Гражданин мог и сам отказаться от прав гражданства, и притом только гражданства (*capitis deminutio media*), перейдя, например, в число латинов в целях получения земель, раздававшихся латинам, населявшим колонии, и т.п.

До последнего столетия республики не существовало ни особого суда, ни особого порядка разрешения споров о гражданстве. По-видимому, такие споры разрешались магистратом в административном порядке. В конце республики законом *Papia* (которому, вероятно, предшествовали другие законы в той же области) был учрежден особый суд для разрешения споров о гражданстве.

В период империи негражданин, выдававший себя за римского гражданина, карался смертной казнью.

Спор о принадлежности гражданина к числу *ingenui* или *libertini* разрешался в порядке особой преторской *actio praeiudicialis*.

Закон *Visellea* 24 г. н.э. установил уголовную ответственность вольноотпущенника, выдававшего себя за свободнорожденного.

§ 34. Правовое положение *latini*

109. Возникновение правового положения *latini*. Как уже указано, *latini* - это прежде всего древнейшие жители Лациума и их потомство, *latini veteres*, *latini prisci*. Но правовое положение *latini* есть и некоторая юридическая категория - *latinitas*, которая предоставлялась иногда и не жителям Лациума. Уже Латинский союз возводил в правовое положение *latini* население отдельных итальянских общин за пределами Лациума. После того как в 1 в. до н.э. римское гражданство было распространено на всю Италию, в правовом положении *latini* осталось население внеиталийских общин или целых провинций, которым *latinitas* была предоставлена особыми актами римского государства.

Наконец, существуют еще две категории *latini*. Это лица, освобожденные из рабства господином-латином, а со времени закона *Lex Iunia Norbana* (19 г. до н.э.) также и лица, освобожденные из рабства, при определенных условиях, римским гражданином и несколько ограничиваемые в правоспособности и после перехода их в число свободных людей. Таким образом, правовое положение *latini* приобретает:

а) рождением, причем действует правило, однородное с установленным для приобретения рождением римского гражданства: ребенок, рожденный в браке, следует состоянию отца; ребенок, рожденный женщиной, не состоящей в браке, следует состоянию матери;

б) присвоением правового положения латина актом государственной власти;

в) добровольным переходом римского гражданина в число *latini* в целях приобретения земель, раздаваемых населению колоний;

г) освобождением из рабства господином - латином или римлянином - при условиях, предусмотренных законом *Iunia Norbana*.

110. Положение *latini* в публичном и в частном праве. Правовое положение *latini* не вполне одинаково, в зависимости от того, принадлежат ли они к числу *latini veteres*, к числу *latini coloniarii* или *latini Iuniani*.

В сфере публичного права все латины, не имея ни права служить в римских легионах, ни *ius honorum*, пользовались, однако, правом участвовать и голосовать, во время пребывания в Риме, в римских народных собраниях.

Это право было пережитком своеобразного правила, в силу которого в древнейшие времена каждый житель общины, входившей в состав Латинского союза, имел *ius suffragii* во всех остальных общинах, входивших в союз.

В сфере частноправовой большинство *latini veteres*, наиболее близких римлянам и по историческому происхождению, и по культуре, имели как *ius conubii*, так и *ius commercii*. Остальные латины, не имея *ius conubii*, имели *ius commercii*, которое, однако, ограничивалось для *latini Iuniani*. Об этой категории латинов говорили:

"Живут как свободные, умирают как рабы" - *vivunt ut liberi, moriuntur ut servi*; они не вправе были составлять завещаний, в их имуществе не допускалось и наследование по закону: после смерти лица, принадлежавшего к числу *latini Iuniani*, все его имущество переходило к господину, некогда освободившему умершего из рабства, как если бы это имущество принадлежало господину всегда (*iure peculii*) (см. п. 117), без обременения господина имущественными обязательствами умершего. Имущественные споры всех латинов разрешались в тех же судах и тем же порядком, что и споры римских граждан.

111. Приобретение римского гражданства. Переход из состояния латина в состояние римского гражданина был относительно прост. Латины приобретали римское гражданство либо а) в силу общих постановлений, присваивавших целым категориям латинов при определенных обстоятельствах римское гражданство, либо б) в силу специальных актов государства, наделявших правами гражданства отдельных латинов или целые группы их. Так, издревле римское гражданство присваивалось *latini veteres*, переселившимся в Рим. Так как это правило влекло за собою сокращение населения городов Лациума, то применение его было с некоторых пор ограничено условием оставления потомства в месте прежнего жительства латина. Упразднение же в I в. до н.э. правила о приобретении гражданства *latini veteres*, переселившимися в Рим, стало одним из поводов к войне, которая привела к присвоению римского гражданства всему населению Италии. До этого времени права римского гражданства приобретали также и латины, занимавшие в своих общинах должности магистратов или сенаторов. *Latini Iuniani* наделялись правами римского гражданства за услуги, оказанные римскому государству в деле охраны безопасности дорог, поставок римскому государству и т.п.

Категория *latini coloniarii* утратила значение с распространением в начале III в. н.э. прав гражданства на все население империи. Категория *latini Iuniani* была упразднена при Юстиниане.

§ 35. Правовое положение peregrinorum

111-а. Возникновение правового положения peregrinorum. Главным основанием возникновения правового положения peregrinorum было включение в состав римского государства завоеванных Римом территорий, населению которых, не обращаемому в рабство, в то же время не сообщалось римское гражданство. Это население становилось peregrinorum. Другими основаниями возникновения правового положения peregrinorum были: а) рождение от брака peregrinorum или от не состоявшей в браке peregrinorum; б) признание уголовным судом к *aquae et ignis interdictio* в период республики; в) признание к высылке в период империи.

112. Положение peregrinorum в публичном и в частном праве. Политических прав peregrinorum не имели. Это были, прежде всего, подданные Рима без прав гражданства, древнейшие *hostes*, превратившиеся с течением времени в новую категорию населения - peregrinorum. Исключение peregrinorum из политической жизни страны отражалось и в конструкции их имени: оно состояло из сопотеп имени отца в родительном падеже; наименования трибы в составе имени peregrinorum нет.

В частноправовой сфере peregrinorum были подчинены своим национальным системам права. Формальным основанием действия этих систем были *leges provinciae*, устанавливавшие правовое положение отдельных провинций.

Разнообразие частного права, которое действовало для peregrinorum разных общин, и отсутствие правовых норм, которые регулировали бы имущественные отношения peregrinorum с римлянами, затрудняло развитие торговли. Для устранения этих трудностей *praetor peregrinus* при содействии юристов и выработал постепенно *ius gentium* (см. пп. 11 и 12).

113. Приобретение римского гражданства. Peregrinorum приобретали права римского гражданства либо а) в силу законов, присваивавших римское гражданство в награду за различные услуги, оказанные римскому государству, либо б) в силу специальных актов государственной власти, присваивавших отдельным группам peregrinorum римское гражданство или отдельные из прав граждан (отсюда *cives sine suffragio*).

Издание таких актов вызывалось разнообразными экономическими и политическими соображениями, в частности задачами пополнения жителями провинций римских легионов, в которых, как уже указано, несли военную службу только римские граждане. Главным образом в фискальных целях, а именно для распространения на все население империи налога с наследства (*vicesima hereditatis*), был издан и упоминавшийся уже эдикт, распространивший права гражданства на все население империи.

§ 36. Правовое положение рабов

114. Общая характеристика положения рабов. Рим был рабовладельческим государством на всех стадиях своего существования. Собственниками рабов были главным образом отдельные лица. Известно, однако, и государственное рабство (*servi publici*), имевшее, впрочем, второстепенное значение. Могли быть собственниками рабов и муниципии.

Основным принципом, определявшим правовое положение рабов на протяжении всей истории Рима, было признание рабов не субъектами, а объектами прав. Однако формы практического осуществления этого принципа менялись в ходе экономического и политического развития Рима и изменений идеологии господствующих классов. При этом возрастание, особенно в период империи, числа правовых норм, якобы направленных на улучшение положения рабов, шло параллельно с ухудшением фактических условий их жизни.

В древнейшее время, когда раб был нередко жителем соседней общины, взятым в плен непосредственно господином, который подарил ему жизнь и знает, что через некоторое время в новой войне, может быть, сам будет взят в плен и обращен в рабство отцом, братом или сыном того же раба, когда число рабов было невелико и рабы жили и работали в постоянном и непосредственном общении с рабовладельцем и его семьей и являлись для него лишь подсобной силой, условия жизни рабов тогда не слишком резко отличались от условий жизни их собственников. Рабство носило еще патриархальный характер. Но когда с развитием экономического и политического могущества Рима число рабов возросло чрезвычайно, когда нормальным способом приобретения рабов стала купля и вывезенные, главным образом из далеких стран, Азии, Африки, рабы работали часто в отдаленных от Рима огромных имениях и предприятиях под надзором поставленных рабовладельцами надсмотрщиков, когда, иначе говоря, окончательно сложилась система античного рабства, в которой господин является паразитом своих рабов, тогда положение *servi pro nullis habentur* отчетливо вошло в обиход и сознание римских рабовладельцев. И если преторское право и законодательство и создают ряд норм, якобы направленных на признание и охрану личности рабов, если складывается т.н. *favor libertatis*, тенденция толковать правовые нормы в случае спора в пользу признания человека свободным, то по существу эти нормы направлены одни - на создание более тонких форм эксплуатации рабов, другие - на некоторое прикрытие этой эксплуатации. Беспощадная эксплуатация рабов вызвала те многочисленные восстания рабов, которые, последовательно расшатывая хозяйство римского государства и устои его политической жизни, привели Рим к гибели.

115. Способы установления рабства. (1) Основным способом установления рабства был плен, захват чужеземца в войне с государством, к которому он принадлежал. Но такой же захват допускался и в отношении чужеземца, с государством которого Рим не состоял в войне, если у Рима в то же время не было договорных отношений с этим государством, ибо чужеземец, как уже сказано, был в принципе вне права и правовой охраны, и создать для него какой бы то ни было правовой режим мог только договор с его государством.

(2) Другим основанием возникновения рабского состояния было рождение от матери-рабыни: заключение брака с рабыней не допускалось, а ребенок, рожденный вне брака, следовал состоянию матери. При этом первоначально ребенок признавался рабом, если мать его была рабыней в момент родов, независимо от ее состояния с момента зачатия ребенка до его рождения. Однако в период империи, в силу приведенного выше правила *infans conceptus pro nato habetur* (п. 102), ребенок

признавался свободным, если мать была свободна в какой бы то ни было момент беременности. Это было и одним из проявлений упомянутого уже *favor libertatis*.

(3) Человек, родившийся свободным, мог при известных условиях быть обращен в раба.

Преторский эдикт установил, что свободный человек, продавший себя в рабство для того, чтобы затем разделить покупную цену с лицом, которое вчинит иск о признании этого человека свободным (*pretii participandi gratia*), останется рабом.

В древнейшие времена допускалась в известных случаях продажа римского гражданина в рабство, но не иначе как за границу - *trans Tiberim*, ибо на территории своего государства римский гражданин, по воззрениям глубокой древности, не мог стать рабом: рабы из числа бывших граждан представляли бы слишком большую опасность для государства (п. 108).

Все эти основания установления рабства отпали к периоду империи. Вместо них появились случаи обращения в рабство уже на территории Рима в связи с присуждением судом к определенным наказаниям (*servi poenae*). Так, обращались в рабство лица, приговоренные к смертной казни (*in ferrum, ad bestias*) или к бессрочной каторге, которая отбывалась в рудниках (*in metallum*). В силу императорского эдикта 52 г. н.э. свободная женщина, вступившая в связь с рабом и не прервавшая ее, несмотря на требование господина, становилась рабыней.

116. Личное положение рабов. Основной определявший правовое положение рабов принцип *servi res sunt* (рабы - вещи) исключает, разумеется, всякую возможность говорить о каких бы то ни было публичных правах рабов. Не несут они и публичных обязанностей - служба в римских войсках им недоступна; налогов они не платят, ибо они *pro nullis habentur* (не признаются лицами).

Точно так же и в сфере частноправовой господин имеет права не по отношению к рабу, а на раба - так же, как он имеет права на животное или любую материальную вещь. Но раб является вещью своеобразной, вещью, наделенной разумом и волею, существование которых рабовладельцу не столько невозможно, сколько невыгодно было отрицать. Поэтому невозможно было безоговорочно применять к рабу правовые нормы о материальных вещах, и ряд особых норм составил в совокупности то, что называется личным и имущественным положением раба в римском частном праве.

Не будучи субъектом прав, рабы с точки зрения права не имели семьи. Связь раба с женщиной не признается браком, *matrimonium*. Это - *contubernium*, не влекущий за собою в принципе никаких правовых последствий.

В сфере имущественных отношений раб может быть объектом права собственности индивидуальной и общей, *узифрукта* (п. 221), залога (п. 406). Он может быть предметом сделок: купли-продажи, имущественного найма и т.п. Если рабу причинено телесное повреждение, над ним учинено насилие, соответствующий иск предъявляется не рабом, а господином, так же как в случаях, когда повреждение причинено животному или кем-нибудь испорчена вещь, принадлежащая господину. Отказ господина от своих прав не делает раба свободным. После отказа господина от своих прав одно лишь изменяется в положении раба: до этого отказа он был *servus Marci* или *servus Tullii* - рабом такого-то, после отказа он - *servus nullius*, "ничей раб", но все же раб, которого, так же как и брошенную вещь, может присвоить любое лицо.

Бесправное положение рабов, как уже указано, несколько смягчалось в древнейшее время близостью, в которой они жили с господином. Поэтому, рассматривая раба как вещь, древнейшее право в то же время считало раба находящимся *in dominica potestate* так же, как были *patria potestate* подвластные члены семьи, но не вещи господина. Раб допускался в известной мере к участию в отправлении домашнего культа. Место погребения раба охранялось сакральным правом.

В период империи ряд законов ограничивает права господина на личность рабов.

Закон Petronia (начала н.э.) запретил отдавать раба в труппы гладиаторов; в середине I в. н.э. было установлено, что господин утрачивает права на раба, которого покинул в старости или болезни. Во II в. н.э. установили такую же уголовную ответственность за убийство *sine causa* своего раба, как за убийство чужого, и пр.

Все эти законодательные меры являются, однако, по выражению одного историка римского права, не столько действительными средствами смягчить зло рабства, сколько свидетельством силы этого зла: именно период империи был периодом расцвета античного рабства, периодом безудержно жестокой эксплуатации рабов. В этой эксплуатации заключалась основная сущность римского государства, и ограничить ее оно не могло. Рабство исчезло и сменилось другими формами эксплуатации с падением римского государства, обусловленным восстаниями рабов.

117. Имущественное положение рабов. Будучи не субъектами, а объектами прав, рабы, разумеется, не имели имущества. Вещью, находящейся в обладании раба, независимо от того, как она в это обладание попала, с точки зрения права обладал господин. Но раб был объектом прав, наделенным сознательной волей и способным служить интересам господина путем проявления этой воли. Поэтому уже в древнейшее время раба называли "говорящим орудием" - *instrumentum vocale*, а когда того потребовали экономические интересы господина, было признано, что при помощи раба может быть расширен круг правовых отношений господина. За рабом была признана способность вступать в имущественные сделки *ex persona domini*, создавая при помощи этих сделок права для господина. Господин предъявлял иски из таких сделок, как если бы совершил их сам. Наоборот, обязательства из совершенных рабом сделок для господина не возникали. Выражая воззрения малоразвитого гражданского оборота, незнакомого со сложными коммерческими операциями и оформляющими их двусторонними договорами, и считая, что возникающие для контрагента по договору обязанности делают его положение "хуже", Гай во II в. говорил в обоснование этого правила:

Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (D. 50. 17. 133).

(Наше положение может становиться лучше при помощи рабов, но не может становиться хуже.)

Однако с развитием гражданского оборота становится все яснее, что не всегда положение господина становится "хуже" с возникновением для него обязанности из заключенной рабом сделки.

Уже издревле было установлено, что если раб причинит кому-нибудь имущественный вред, украдет, испортит вещь, то господин обязан либо возместить этот вред, либо выдать раба потерпевшему. В случае отчуждения раба это обязательство переходило на нового господина. В этом правиле невозможно, однако, усмотреть признания личности раба, ибо однородное правило действовало и для случаев причинения вреда животным, но юристы признали, что в случае освобождения раба ответственность *iure naturali* за причиненный им в рабстве вред падает уже на него самого, если этот вред не был ранее возмещен господином. Понятно, что это исключение из общего правила о неправоиспособности рабов было установлено не в интересах рабов, а в интересах рабовладельцев, к числу которых только и мог принадлежать истец, потерпевший от правонарушения раба. Но те же интересы рабовладельцев потребовали отказа от полной неправоиспособности рабов и в сфере договорных обязательств.

Началось с того, что стали признавать после освобождения раба *obligatio naturalis* из совершенного рабом до его освобождения договора. Иск из такого договора не может быть предъявлен к освобожденному рабу, но если он исполнит договорное обязательство, он не вправе потребовать обратно переданное им кредитору, ибо он не уплатил недолжного, не уплатил без основания. Ульпиан уже говорит, что рабы *ex contractibus... naturaliter et obligantur et obligant* (D. 44. 7. 14; см. п. 283).

Однако гражданский оборот был заинтересован не столько и во всяком случае не только в признании ответственности раба по заключенным им договорам, но и в

установлении ответственности по этим договорам господина, обладавшего обыкновенно значительно большими средствами, чем раб, хотя бы и освобожденный из рабства. И претор выработал вид исков к господину, сущность и структура которых непосредственно вытекали из жизненной и деловой обстановки, чаще всего обуславливавшей заключение рабом более крупных договоров.

Господин часто давал рабу отдельные хозяйственные поручения, а нередко назначал раба управляющим каким-нибудь предприятием, капитаном корабля, снаряженного господином для торговли с дальними странами. Договоры, заключенные рабом в ходе исполнения хозяйственных заданий господина, стали признаваться основанием преторских исков к господину - *actiones adiecticiae qualitatis*. Такими исками были:

(1) *Actio institoria*, если договор был совершен рабом, управлявшим предприятием господина (*institor* - приказчик).

(2) *Actio exercitoria*, если договор был совершен рабом-капитаном принадлежащего господину корабля (*exercitoria* - хозяин корабля; раб-капитан корабля назывался *magister navis*).

(3) *Actio quod iussu* (во исполнение приказа), если совершению договора рабом предшествует обращение господина к контрагенту раба, например, господин просит дать займы рабу, если тот обратится за займом.

(4) *Actio de in rem verso*, если на основании договора, совершенного рабом, какая-нибудь ценность поступила в имущество господина (*in rem domini versum est*).

По трем первым искам господин отвечал полностью, по последнему - в пределах сумм, поступивших в его имущество на основании договора, заключенного рабом.

Нередко, однако, сфера хозяйственной самостоятельности раба оказывалась значительно шире. Господин выделял рабу определенные имущественные ценности: земельный участок, скот, даже других рабов (*servi vicarii*) и предоставлял рабу вести самостоятельную хозяйственную деятельность, лишь внося господину определенную часть доходов. Юридически такое обособленное господином имущество, *resulium*, принадлежало господину, но фактически раб свободно располагал входившими в состав *resulium* имущественными ценностями. Отдельные представители класса рабовладельцев, лучше других понимавшие выгоды хозяйственной инициативы раба, считали себя обязанными признавать свободу действий раба в отношении *resulium*.

Понятно, что такая самостоятельная хозяйственная деятельность рабов была возможна только при существовании определенного порядка ответственности по сделкам, совершенным рабом. В ходе эксплуатации пекулия и наряду с *obligatio naturalis* раба из таких сделок претор стал предоставлять иск из этих сделок к господину - *actio de resilio* в пределах стоимости пекулия (D. 15. 1. 5. 1. 4).

В то же время с развитием экстраординарного процесса раб постепенно приобрел право обращаться к магистрату для рассмотрения последним *extra ordinem* личных и имущественных претензий раба к другим лицам. В частности, раб мог обратиться к *praefectus urbi* и потребовать принудительного осуществления своей обязанности лицом, которое, получив от раба определенную сумму денег, обязалось выкупить раба и затем освободить из рабства. Таким образом, институт пекулия послужил к облегчению положения наиболее предприимчивых и энергичных рабов, умевших извлекать доходы из имущества пекулия.

Несколько лучше положения других рабов было положение рабов государственных. В частности, за ними прямо признавалось право распоряжаться по завещанию половиной предоставленного им пекулия (Ulp. *Regulae*, 20. 16).

118. Освобождение из рабства. До конца республики раб мог быть освобожден из рабства только по воле господина (*manumissio*). Древнее время знало три способа такого освобождения. По-видимому, древнейшим способом была *manumissio testamento*, т.е. освобождение раба путем включения господином соответствующего распоряжения в завещание. Так как древнейшее завещание совершалось в

народном собрании, превращавшем волю завещателя в *issus populi*, повеление народа или специальный закон, то таким специальным законом был и каждый акт освобождения из рабства. Этот законодательный характер был утрачен освобождением раба по завещанию вместе с изменением порядка составления завещания (п. 240).

Manumissio testamente могла совершаться в разных формах: а) завещатель мог прямо предписать: *servus meus Stichus liber esto*, тогда раб становился свободным *ipso iure* с момента вступления завещания в действие, т.е. с момента смерти господина; б) завещатель мог возложить на наследника обязанность освободить раба - раб становился свободным с момента совершения наследником одного из действий, освобождавших раба при жизни господина; в) завещатель мог освободить раба под суспенсивным (отлагательным) условием (п. 398) - раб становился свободным в момент наступления условия (например, раб будет свободен, если внесет определенную сумму денег наследнику и т.п.).

Другим известным древнему праву способом освобождения из рабства была *manumissio censu*: подобно тому, как уклонение от ценза могло привести к обращению свободного человека в раба (п. 108), так внесение раба в списки граждан с ведома господина освобождало из рабства. Этот способ освобождения из рабства отпал ко времени принципата с прекращением ценза.

Наконец, третий известный древнейшему праву способ освобождения из рабства был одним из проявлений характерной для римского права тенденции использовать формы гражданского процесса для изменения отношений материального частного права. Это была *manumissio vindicta* - мнимый процесс о свободе, мнимая *vindicatio in libertatem*, для которой использовались формы *legisactio per sacramentum*.

Господин, раб и третье лицо по соглашению с господином являлись к магистрату (консулу, претору), и здесь третье лицо, *assertor in libertatem*, разыгрывая роль истца, накладывал на раба *vindicta* и утверждал: *hunc hominem ex iure Quiritium liberum esse aio*. На это заявление господин отвечал молчанием, как думают одни юристы (Жирар и некоторые другие), или изъявлением воли освободить раба, как полагают другие (Зом и другие). Затем магистрат объявлял раба свободным. Эта сложная процедура упростилась с течением времени: сначала в качестве *assertor'a* стал выступать один из ликторов, сопровождавших претора, а затем и самая *vindicatio in libertatem* была заменена заявлением господина об освобождении раба с занесением в протокол.

Во второй половине республики развиваются и новые неформальные способы освобождения из рабства: путем заявления господина об освобождении в присутствии свидетелей (*manumissio inter amicos*), путем составления господином отпускного письма (*manumissio per epistolam*). Однако отпущенный таким образом раб не становился свободным *iure civili*. Лишь преторские средства охраны его свободы обеспечивали ему своеобразное состояние - "пребывание в состоянии свободы", *in libertate morari*. В таком же положении находились и рабы, отпущенные на свободу не гражданским, а преторским, бонитарным собственником.

В период империи закон *Junia Norbana* превратил преторское *in libertate morari* в *latinitas*, и притом в *latinitas* особого рода. Отсюда группа *latini Iuniani*, о которой сказано выше (п. 110) и которая исчезает после того, как при Юстиниане установлено, что неформальное заявление или отпускное письмо сообщают вольноотпущенным римское гражданство, если они были совершены в присутствии пяти свидетелей.

Начиная со времени принципата появляется и ряд случаев освобождения из рабства в силу закона: так, освобождаются из рабства раб, открывший убийцу господина, раб, в течение 20 лет живший как свободный человек - своеобразное освобождение по давности и др. (D. 40. 8; C. 7. 22); больной раб, брошенный господином.

В IV в. н.э. возникает церковная форма освобождения рабов путем соответствующего заявления господина в церкви.

Таким образом, через историю римского права проходит процесс возрастания числа способов освобождения из рабства.

В то же время освобождение рабов затрудняется рядом условий, которым подчиняются направленные на освобождение действия по существу. Римское государство стремится ограждать от заметных колебаний институт рабовладения и не допускать освобождения в слишком широких размерах, и в то же время не "засорять" коренного гражданства значительным числом вольноотпущенников, среди которых было и немало людей, небезопасных для спокойствия господствующих классов. В этом отношении особенно важны два закона начала I в. н.э.

Первый из этих законов - *lex Aelia Sentia* (4 г. н.э.) - установил следующие ограничительные условия освобождения рабов:

(1) Освобождение раба, не достигшего 30 лет, или господином, не достигшим 20 лет, требует предварительной проверки особой комиссией *de causis liberalibus* уважительности оснований освобождения.

(2) Рабы, подвергнувшиеся клеймению, относятся после освобождения к числу *peregrini dediticii* и высылаются из Рима.

(3) Ничтожно освобождение, совершенное *in fraudem creditorum*, т.е. во вред кредиторам, в предвидении обращения взыскания на имущество лица, произведшего освобождение рабов.

Другой закон - *lex Fufia Caninia* ограничил число рабов, освобождавшихся завещательными распоряжениями: господин, имевший до 3-х рабов, был вправе освободить не более 2-х, имевший до 10 - не более половины; до 30 - не более 1/3, до 100 - не более 1/4, до 500 - не свыше 1/5; и во всяком случае не более 100 рабов.

При Юстиниане закон *Fufia Caninia* был отменен, а из закона *Aelia Sentia* остались в силе только необходимость разрешения освобождения рабов господином, не достигшим 20 лет, и запрещение освобождения *in fraudem creditorum*.

О правовом положении вольноотпущенников сказано выше (п. 107).

В случае особой неблагодарности вольноотпущенника по отношению к освободившему его из рабства, он может быть возвращен в рабство (*revocatio in servitutem propter ingratitudinem*).

§ 37. Колоны

119. Происхождение колоната. В период империи возникает новая категория юридически зависимых людей - колонаты. Не только Кодекс Юстиниана, но и Кодекс Феодосия отводит немало места колонату. Однако время возникновения колоната, так же как и историческое его происхождение, до настоящего времени не вполне выяснено. По-видимому, колонат представляет собою порождение условий, предопределивших окончательное разложение рабовладельческого общественного строя Рима и переход Европы к феодальному строю. Однако неясны ни время зарождения колоната, ни степень влияния, оказанного на его развитие однородными формами зависимости в Египте, в Азии.

Можно утверждать, что термин *colonus* постепенно изменил свое значение. Не только в период республики, но и при принципате *colonus* - это арендатор чужой земли, юридически независимый от арендодателя, с которым его связывают лишь договорно-обязательственные отношения.

В период империи юридически независимый *colonus* становится фигурой экономически все более важной для хозяйственной жизни Рима.

Частые восстания и многочисленные казни рабов, слабый естественный их прирост и прекращение победоносных войн, когда-то обильно пополнявших ряды рабов, сделали выгодной обработку земли не рабским трудом, а путем сдачи ее мелкими участками в аренду за натуральный оброк (*colonia partiaria*), а иногда на условиях некоторых барщинных работ в пользу арендодателя. Пополняемые главным образом

из беднейших элементов населения колонны скоро попадают в экономическую зависимость от землевладельцев, как на почве денежных займов, которые те предоставляют колонам для нужд хозяйства, так и на почве задолженности по оброчным платежам.

Превращению экономической зависимости колоннов от землевладельцев в зависимость юридическую немало способствовала осуществленная императорами реорганизация налогового обложения земли. В основе этого обложения лежало определение количества и доходности принадлежащей каждому землевладельцу земли. При периодическом составлении кадастра, в котором указывалось количество земли, принадлежащей отдельным плательщикам поземельной подати, *capitatio terrena*, к числу доходных статей земли стали относить и живших на ней колоннов. С этих пор оставление земельного участка колоном означало уменьшение ценности участка. Это являлось предпосылкой для прямого прикрепления колоннов к земле; это находилось в соответствии с общей тенденцией императорского законодательства прикреплять людей к профессиям, которыми они занимались.

Первым известным актом, устанавливающим такое прикрепление, была конституция 322 г., которая предписывает принудительно возвращать колоннов на самовольно оставленные ими земли. После ряда других законов, выражавших то же стремление прочно связать колона с землей, издается в 357 году закон, воспрещающий продажу земли без живущих на ней колоннов. Так появляется новая категория зависимых людей - людей, не лишенных правоспособности в сфере частноправовых отношений, но прикрепленных к земле, на которой живут и которую обрабатывают; их называют *servi terrae ipsius, glaebae adscripti*. Они действительно прикреплены к земле, ибо оставление колоном возделываемого им участка дает землевладельцу право осуществить *vindicatio* по образцу виндикации раба. С другой стороны, и землевладелец не вправе изгнать колона со своей земли, не вправе продать земли без колоннов либо колоннов без земли.

120. Основания возникновения колоната. Кодексу Юстиниана известны следующие основания возникновения юридического положения колона: а) рождение от родителей, из которых хотя бы один является колоном; б) соглашение, в силу которого свободный человек поселяется в качестве колона на чужой земле; в) проживание в течение 30 лет на чужой земле на условиях, на каких обычно живут колонны.

Кроме того, превращаются в колоннов трудоспособные лица, изобличенные землевладельцем в занятии нищенством.

121. Прекращение колоната. Этому немалому числу оснований возникновения состояния колона противостоят всего два основания его прекращения: приобретение колоном обрабатываемого им земельного участка и возведение колона в епископский сан.

Таким образом, на смену основной форме эксплуатации человека человеком в античном обществе - рабству процесс разложения рабовладельческого хозяйства подготовил другую форму эксплуатации человека человеком, которой суждено было стать основой в феодальном обществе эксплуатации крепостных крестьян.

§ 38. Capitis deminutio

122. Понятие *capitis deminutio*. Утрата одного из трех состояний правоспособности (см. п. 102) влекла за собою и утрату правоспособности - *capitis deminutio*. Первоначально *capitis deminutio* рассматривалась как гражданская смерть. Однако в дальнейшем стали считать, что за гражданской смертью следовало то, что некоторые историки римского права (Жирар) называют возрождением: умерший как бы возрождался в качестве новой с точки зрения права личности. С утратой свободы его можно было считать возродившимся *iure naturali*, поскольку юристы периода империи признавали всех людей равными перед лицом естественного права. С утратой римского гражданства *capite minutus* с того времени, как peregrini стали признаваться правоспособными, рассматривался как возрождавшийся *iure gentium*. Наконец, с утратой прежнего *status familiae* лицо, не утрачивавшее при этом ни

свободы, ни гражданства, возрождалось *iure civili*, ибо оно приобретало новое семейное состояние.

Таким образом, с течением времени *capitis deminutio* стала признаваться изменением состояния лица, *permutatio status*. Отсюда и различия в степенях *capitis deminutio*: утрата свободы рассматривалась как *capitis deminutio maxima*, утрата гражданства составляла *capitis deminutio media*, утрата или, точнее, изменение семейного состояния признавалось *capitis deminutio minima*.

123. Основания *capitis deminutio*. Основания *capitis deminutio* были различны для разных ее степеней.

Capitis deminutio maxima была следствием всех указанных выше оснований возникновения рабства. Следует, однако, помнить, что *postliminium* (п. 108) устранял действие *capitis deminutio maxima* в случаях, когда взятый в плен римлянин возвращался на территорию Римского государства. В тех же случаях, когда он умирал в плену, его считали в силу фикции, введенной *lex Cornelia* (законом неизвестного времени издания), умершим в самый момент пленения, и наследование после него регулировалось общими правилами римского права.

Основаниями *capitis deminutio media* были все указанные выше основания утраты римского гражданства.

Основаниями *capitis deminutio minima* были обстоятельства, порывавшие старые и устанавливавшие новые семейные связи. Сюда относились обстоятельства, вследствие которых *persona sui iuris* становилась *persona alieni iuris*: вступление женщины *sui iuris* в брак *cum manu*, *arrogatio*, узаконение. Сюда же относились обстоятельства, в силу которых лицо *alieni iuris* переходило из-под одной семейной власти под другую: вступление дочери *in patria potestate* в брак *cum manu*, *adoptio*, также переход *in mancipium* (в кабалу). *Capitis deminutio minima* имела место и тогда, когда сын становился *persona sui iuris* с освобождением его от *mancipium* после третьей его продажи, а равно и в тех случаях, когда становились *persona sui iuris* дочь или внук, освобожденные из *mancipium* после первой продажи их. Очевидно, что в трех последних случаях *capitis deminutio* не только не была гражданской смертью, но и не означала умаления гражданской личности, наоборот, она была расширением правоспособности сына, внука или дочери.

Тем не менее первоначальная концепция *capitis deminutio* как гражданской смерти проявлялась всегда в регулировании последствий *capitis deminutio*, в том числе и *capitis deminutio minima*.

124. Влияние *capitis deminutio* на личные и имущественные правоотношения. В сфере личных правоотношений всякая *capitis deminutio* влекла за собою прекращение для *capite minutus* агнатического родства с его прежними агнатами (п. 133). Наоборот, когнатическое родство оставалось в силе. *Manus* отпадала, но брак продолжал существовать в качестве брака *sine manu*, по крайней мере в случаях *capitis deminutio minima*, ибо ни рабы, ни перегрины вообще не могли состоять в римском браке. Понятно, что вытеснением агнатического родства родством когнатическим и брака *cum manu* браком *sine manu* практическое значение *capitis deminutio* в сфере личных отношений почти отпало.

Постепенно изменилось и первоначальное значение *capitis deminutio* для сферы отношений имущественных. По первоначальной концепции *capitis deminutio* означала утрату лицом всего своего имущества: права, входившие в состав этого имущества, переходили к тому, по почину кого происходила *capitis deminutio*: к кредиторам, которые продавали должника в рабство *trans Tiberim*, к государству, которое продавало в рабство или лишало римского гражданства в наказание за определенные деяния (п. 108), к усыновителю или мужу при *arrogatio* или совершении брака *cum manu*. Обязанности же лица *sui iuris*, подвергшегося *capitis deminutio*, считались прекратившимися. То же происходило и с обязанностями лица *alieni iuris*, которое, как уже указано, приобретало имущественные права только для *paterfamilias*, но постепенно стало признаваться в некоторых пределах субъектом имущественных обязанностей.

Немногочисленные исключения из этого общего правила: ответственность усыновителя или мужа по долгам, входившим в состав наследств, открывавшихся для усыновленного или для жены, ответственность самого *capite minutus* по деликтным обязательствам не удовлетворяли потребностей гражданского оборота - *capitis deminutio* должника всегда могла тяжело отразиться на интересах кредиторов, требования которых возникли из договоров.

Вот почему претору пришлось разными правовыми способами обеспечить покрытие долгов *capitis minutus*'а. В случаях, когда *capitis deminutio* была следствием *arrogatio*, претор предоставлял кредиторам усыновленного *actio de peculio* против усыновителя, как если бы последний выделил имущество усыновленному в качестве *peculium*. В остальных случаях *capitis deminutio minima* претор предоставлял кредиторам *in integrum restitutio*, в силу которой они были вправе предъявить иск к *capite minutus*, причем долги последнего, если он стал *persona alieni iuris*, должен был покрыть новый носитель власти над ним под страхом утраты его имущества. В случаях *capitis deminutio media* или *maxima* претор, не прибегая к *in integrum restitutio*, давал кредиторам иск против лица, к которому перешло имущество *capite minutus*'а, а если это лицо уклонялось от ответственности, разрешал арестовать и продать это имущество.

Существенные изменения были внесены уже не претором, а законодательством византийских императоров вследствие перехода на почве *capitis deminutio*, входивших в состав имущества *capite minutus*: ввиду того, что подвластные стали признаваться обладателями не только имуществ, входивших в состав *peculium castrense* и *peculium quasi castrense*, но и всех *bona adventicia* (п. 145), *capitis deminutio minima* перестала означать перемещение имущества: она лишь превращала имущество, принадлежавшее лицу *sui iuris*, в *peculium castrense*, *peculium quasi castrense* или в *bona adventicia* и, наоборот, делала лицо *alieni iuris* неограниченным в правах обладателем только что перечисленных имуществ, на которые до *capitis deminutio* определенные права принадлежали носителю семейной власти над *capite minutus*. Последствия *capitis deminutio media* остались неизменными.

§ 39. Гражданская честь

Наряду с *capitis deminutio* римское право знало ограничения правоспособности вследствие умаления гражданской чести. Важнейшими случаями такого ограничения правоспособности были: а) *intestabilitas*; б) *infamia*; в) *turpitude*.

125. *Intestabilitas*. *Intestabilitas* поражала лицо, которое было свидетелем или весовщиком при совершении соответствующих гражданских сделок (*mancipatio*, *nexum*, *testamentum per aes et libram* - см. пп. 196, 457, 240), а затем отказывалось подтвердить совершение такой сделки или ее содержание. В более позднее время *intestabilitas* поражала также лиц, виновных в составлении и распространении пасквилей (*carmen famosum*).

Она заключалась в лишении права быть свидетелем и прибегать к помощи свидетелей при совершении гражданских сделок, права весьма важного в древнейшие времена, когда совершение большей части важнейших сделок требовало участия свидетелей. С постепенным исчезновением старых формальных сделок *intestabilitas* утратила свое значение.

126. *Infamia*. *Infamia* заключалась в том, что римские магистраты не допускали к осуществлению тех или иных публичных функций лиц с сомнительной репутацией. Цензор был вправе вычеркнуть то или иное лицо из списка сенаторов, из всаднических центурий и т.п. Консул руководил выборами в магистраты, мог отказать в выставлении кандидатуры лица, опорочившего себя, по мнению консула. Претор мог не допускать то или иное лицо к выступлению на суде. В то время как контроль цензоров и консулов отпал с падением республики, преторская *infamia* стала прочным институтом гражданского права. Она либо наступала непосредственно, *infamia immediata*, в связи с определенными обстоятельствами (удаление из состава легионов за недостойное поведение, двойное обручение и т.п.), либо являлась результатом обвинения лица в некоторых процессах, в которых

обвинение показывало преступность или недобросовестность этого лица. Сюда относятся: *iudicia publica* по *actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, doli, pro socio, tutelae, mandati, depositi*. Все соответствующие иски назывались *actiones famosae*, а *infamia* была в этих случаях *mediata*. Как *infamia immediata*, так и *infamia mediata* влекли за собою лишение права выступать в суде в качестве представителя за других (*procurator*), а также права быть опекуном, быть избранным на общественные должности.

127. *Turpitude*. *Turpitude* представляла собой умаление чести, связанное с занятием некоторыми профессиями, например актера и др., и влекла за собою также некоторые ограничения гражданской правоспособности.

Глава 10

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

§ 40. Появление категории юридического лица

128. Понятие юридического лица. Создание понятия юридического лица нередко относят к числу важнейших заслуг римского частного права. Не следует, однако, преувеличивать ни разработанности этого понятия в римском праве, ни значения юридических лиц в экономической жизни Рима. Даже во времена наибольшего расцвета римского народного хозяйства, во времена наиболее оживленной международной торговли юридические лица значительной роли не играли. Хозяйство, имевшее в основном натуральный характер, еще не вызывало необходимости в прочных и длительных объединениях отдельных хозяев. Не было в римском праве и термина "юридическое лицо". Тем не менее нельзя не признать, что основная мысль о юридическом лице как приеме юридической техники для введения в оборот имущественной массы, так или иначе обособленной от имущества физических лиц, была выражена римским правом отчетливо.

Издrevле в имущественных отношениях участвовали наряду с физическими лицами и некоторые объединения их, определенным образом организованные и располагавшие известными имущественными средствами.

129. Древнейшие юридические лица. Еще в древнейшие времена существовали в Риме частные корпорации: союзы с религиозными целями (*sodalitates, collegia sodalicia*), профессиональные союзы ремесленников (*fabrorum, pistorum*). По свидетельству Гая, законы XII таблиц даже предоставили союзам с религиозными целями право вырабатывать для себя уставы, лишь бы они не противоречили закону. Много новых корпораций является в период республики: таковы *collegia apparitorum*, т.е. корпорации слуг при магистратах, различные объединения взаимопомощи, в частности похоронные корпорации, *collegia funeraticia*; таковы *collegia publicanorum*, игравшие немалую роль в хозяйственной и политической жизни Рима: объединения предпринимателей, бравших на откуп государственные доходы, управлявших по договорам с государством государственными имениями, производивших для государства крупные строительные работы, и др.

Понятно, что все эти объединения обладали имущественными средствами, а *collegia publicanorum* - средствами весьма крупными. Понятно, что им приходилось вступать в договорные отношения с третьими лицами и что действовали они и в своей внутренней жизни, и в отношениях с третьими лицами по некоторым определенным правилам.

Однако вопреки характеристике, которую дают этим объединениям некоторые историки римского права (например, Жирар), невозможно утверждать, что это были юридические лица в современном значении этого термина. Следует согласиться с теми историками, которые (как И.А. Покровский) отмечают, что все дошедшие до нас положения древнейшего *ius civile* приурочены только к отношениям между отдельными лицами, а не их объединениями, что касается общего имущества корпораций, то оно рассматривалось древним правом либо по началам товарищества, *societas*, т.е. как имущество, принадлежащее каждому из его участников в определенной доле, либо более примитивно, как имущество,

принадлежащее одному из участников, казначею, ведущему дела объединения и ответственному перед его членами.

Нет единогласия между историками римского права и в вопросе о правовом положении римского государства в древнейшие времена. Одни историки (как Жирар, опирающийся при этом на Моммзена) считают римское государство искони юридическим лицом. Другие (как названный выше русский историк римского права И.А. Покровский) полагают, что, будучи обладателем многочисленных и разнообразных имуществ и участвуя в различных отношениях по их эксплуатации, римское государство, по крайней мере до второй половины республики, не применяло к своим имущественным отношениям положений частного права, не мысля себя носителем *dominium ex iure Quiritium* и других частных прав на эти имущества, а действовало по некоторым особым нормам права публичного. И действительно, неизвестно, чтобы договоры, совершавшиеся магистратами по поводу государственного имущества, подчинялись в древнейшие времена правилам, в частности формальностям частного права. И наоборот, известно, что споры из таких договоров разрешались не в обычном судебном, а в особом административном порядке.

Можно, однако, думать, что по мере усложнения экономической жизни некоторые зачатки идеи юридического лица появляются и в жизни корпораций, и в хозяйственной деятельности государства.

Признание каждого из членов корпорации собственником части ее имуществ не благоприятствовало устойчивости имущественных отношений корпорации; понятно, что в более развитом хозяйственном обороте появилась мысль об отказе отдельному члену корпорации в праве на выдел ему в любой момент его доли в имуществе корпорации, об урегулировании имущественных последствий выхода отдельного члена из состава корпорации и т.п. В то же время расширение хозяйственных связей государства с частными лицами не могло не толкать на некоторое сближение представлений об имущественных правах государства и частных объединений.

Однако первым более отчетливым выражением идеи юридического лица было, по-видимому, правовое положение, сложившееся при содействии претора для муниципий, т.е. городских общин, которым римское государство, включая их в свой состав и наделяя их жителей римским гражданством, предоставляло самоуправление и хозяйственную самостоятельность. Правовым выражением этой хозяйственной самостоятельности явилось подчинение муниципий в их имущественных отношениях частному праву: претор признал за муниципиями право искать и отвечать в суде через особых представителей, *actores*, назначавшихся для каждого дела декретом муниципального совета. Тем самым муниципия была признана в принципе таким же субъектом имущественных прав, как и *privatae personae*.

Вслед за муниципиями и по их образцу, *ad exemplum rei publicae* (D. 4. 4. 1. 1), были признаны процессуально правоспособными также и частные корпорации.

Не следует, однако, думать, что это признание идеи юридического лица в гражданском процессе сразу обеспечило и ее материально-правовое развитие. Несмотря на то что в дальнейшем муниципии стали действовать через *actores* не только в гражданском процессе, но и при заключении сделок, вопрос о юридических последствиях таких сделок для муниципий оставался долго неясным.

Не способствовал укреплению идеи юридического лица и ход политической истории Рима. Правда, когда с установлением империи личная казна императора, *fiscus*, постепенно поглотила, по мере усиления власти императора, прежнюю государственную казну - *aerarium*, сведя ее к роли городской кассы Рима, то *fiscus* оказался подчиненным в принципе нормам частного права. Но носителем прав на все государственные имущества стал признаваться император. Начавшая пробивать себе путь идея государства как носителя частных имущественных прав была оттеснена воплощением государства в личности *principis*. Этой идеи не укрепляли и довольно многочисленные *privilegia fisci*, в силу которых имущество фиска не подлежало приобретательной давности; обязательственные требования фиска обеспечивались

законным залоговым правом на все имущество должника, удовлетворялись предпочтительно перед требованиями других кредиторов и др., ибо многие из этих привилегий были распространены и на личное имущество императора и императрицы и, следовательно, особенности правового положения имуществ государства не составляли.

§ 41. Юридические лица в развитом римском праве

130. Положение юридического лица в частном праве. Положительным итогом всего хода развития римских корпораций явилось следующее. Римские юристы признали, что:

(1) Корпорация может рассматриваться в сфере частного права так же, как рассматривается физическое лицо. Гай говорит: *civitates enim privatorum loco habentur* - общины рассматриваются как частные лица (D. 50. 16. 16).

(2) Юридическое существование корпорации не прекращается и не нарушается выходом отдельных членов из состава объединения: *in decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneant, vel omnes immutati sint* - для местных сенатов и других объединений безразлично, остаются ли прежними все члены, либо часть членов, либо всех заменили другие (D. 3. 4. 7. 2).

(3) Имущество корпорации обособлено от имущества ее членов, притом это не совместно всем членам корпорации принадлежащее имущество, а имущество корпорации как целого, как особого субъекта прав: *si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*, т.е. если мы что-нибудь должны корпорации, то мы не должны ее отдельным членам; того, что должна корпорация, не должны ее отдельные члены (D. 3. 4. 7. 1).

(4) Корпорация как юридическое лицо вступает в правовые отношения с другими лицами при посредстве физических лиц, уполномоченных на то в установленном порядке.

Однако целого ряда, казалось бы, неизбежных выводов из признания гражданской правоспособности юридического лица римские юристы не сделали. Эти выводы затруднялись и отсутствием в римском праве института прямого представительства, который облегчил бы понимание участия юридических лиц в гражданском обороте при посредстве физических лиц, и взглядами юристов на роль воли в обосновании частноправовых отношений. Поэтому еще классическим юристам представлялся спорным вопрос о том, может ли юридическое лицо быть субъектом владения, *possessio* (D. 41. 2. 1. 22; D. 41. 2. 2. 2). Поэтому они отвергали ответственность юридических лиц за вред, причиненный деликтами их представителей. Ульпиан говорил: *quid enim municipes dolo facere possunt* (D. 43. 15. 1) - что могут сделать в силу злого умысла члены муниципии (здесь, как и в других аналогичных местах, "члены муниципий" означает совокупность этих членов, т.е. самую муниципию).

В то же время объем правоспособности муниципий, с одной стороны, и частных корпораций, с другой, не был одинаков. Так, муниципии издавна были вправе получать имущество в силу завещательных отказов или легатов, в то время как коллегиям это право было предоставлено лишь во II в. н.э. (D. 34. 5. 20). Право быть назначенными наследниками по завещанию признавалось за муниципиями уже в классическом праве, частные же корпорации даже и в праве Юстиниана не имели такого права без особой привилегии (C. 8. 6).

С другой стороны, римские юристы признают юридическое лицо носителем не только имущественных, но и некоторых личных прав, например, как о том свидетельствуют многочисленные памятники, муниципиям присваивался патронат над вольноотпущенниками, представлявший, правда, по существу значительный имущественный интерес для патрона.

Не создав законченного учения о правоспособности корпораций, римское право оставило нам, однако, возможность ясно судить о порядке, в котором корпорации возникали в Риме. В первую половину республики различные частные корпорации возникали, по-видимому, свободно, без ограничений со стороны государства. Но в I

в. до н.э., в связи с общим политическим и социальным кризисом, государство стремится наложить руку на свободу образования союзов. После ряда сменивших одна другую государственных мер, при Августе был издан закон (*lex Julia de collegiis*), в силу которого корпорации по общему правилу возникали не иначе как с разрешения сената.

Корпорация признавалась законной, *collegium licitum*, если ее существование разрешено сенатом, *ex senatus consulto coire licet*. Только для некоторых видов корпораций, например для похоронных объединений, был, по-видимому, допущен порядок свободного образования, при условии соответствия корпорации определенным правилам. Но возникала ли корпорация с разрешения сената, принадлежала ли она к числу тех привилегированных объединений, которые в разрешении не нуждались, раз возникнув в законном порядке, корпорации признавались в качестве юридического лица: разрешив возникновение корпорации, сенат тем самым признавал ее и юридическим лицом.

Все *collegia licita* вместе с тем и юридические лица. Столь сложного в современных системах гражданского права вопроса о союзах без прав юридического лица римское право не знало.

Значительно позднее корпораций появилась в римском праве та категория юридических лиц, которую теперь называют учреждениями.

Их не знал не только период республики, но весь отрезок периода империи до христианских императоров. Признание христианства государственной религией создало почву для признания юридическими лицами церковных учреждений, а затем и обычно связанных с церковью частных благотворительных учреждений. Церковные учреждения, *ecclesiae*, не только были наделены имущественной правоспособностью, но на них был распространен и ряд *privilegia fisci*. Затем были признаны юридическими лицами так называемые *pieae causae* - больницы, приюты и т.п. Но сколько-нибудь развернутого учения о правоспособности учреждений римское право не оставило.

Раздел IV

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Глава 11

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИМСКОГО СЕМЕЙНОГО ПРАВА

§ 42. Общий строй римской семьи

131. Основные черты семейного строя. Юристы относили правовой строй римской семьи к числу специфически римских правовых институтов. И действительно, только римский гражданин, вступив в римский брак (*iustum matrimonium*), мог основать римскую семью.

Основные черты семейного строя были выражены в римском праве с исключительной законченностью и последовательностью, а изменения их знаменовали глубокие изменения и в условиях хозяйственной жизни Рима, и в идеологии его господствующих классов.

Рим начал свою историю в области семейного права с моногамической семьи, основой которой была *patria potestas*, власть главы семьи, домовладыки, *paterfamilias*. В этой семье решающим моментом было подчинение членов семьи власти одного и того же *paterfamilias*.

Это - агнатическая семья, в состав которой, кроме *paterfamilias*, входили: его жена, *in manu mariti*, т.е. подчиненная мужней власти, его дети, *in patria potestate*, жены сыновей, состоявшие в браке *cum manu* и подчиненные не власти своих мужей, которые сами были подвластны *paterfamilias*, а власти этого последнего, и, наконец, все потомство подвластных сыновей: внуки, правнуки и т.д. Все непосредственно подвластные *paterfamilias* члены семьи именуются *sui*.

В этой семье только *paterfamilias* является вполне правоспособным лицом, *persona sui iuris*. Никто из остальных членов семьи *personae alieni iuris* полной правоспособности не имеет (см. п. 105). Поэтому и говорят, что жена по отношению к мужу находится *loco filiae*, мать по отношению к детям - *loco sororis*, и т.д. Сыновей и внуков, за немногими исключениями, не освобождает от подчинения отцовской власти даже занятие должности магистрата. Не освобождает от *patria potestas* и никакой возраст подвластных. Она прекращается только со смертью или по воле *paterfamilias*.

132. *Familia*. Вместе с рабами, а первоначально, может быть, и вместе с принадлежавшими *paterfamilias* неодушевленными вещами, подвластные образуют *familia* [9]. Это слово, которое так или иначе сближается во всех современных языках с понятием кровной связи, в своем первоначальном значении охватывало вовсе не отношение кровной близости, а все то, что было подчинено власти одного и того же *paterfamilias* - не только его жену, детей, потомство сыновей, но и рабов и скот и неодушевленные вещи. При этом в древнейшее время власть *paterfamilias* над женой и детьми и по существу мало отличалась от его прав на раба. Недаром думают, что в глубочайшей древности вся совокупность прав *paterfamilias* обозначалась одним словом: *manus*, кулак, которое в дошедших до нас памятниках означает уже только власть мужа над женой.

Существеннейшее отличие *patria potestas* от права собственности на раба проявлялось лишь в момент смерти *paterfamilias*: право собственности на раба переходило к наследнику *paterfamilias*, оставаясь неизменным в своем содержании, в то время как лица, бывшие *in patria potestate*, переживали *capitis deminutio*, которая в данном случае означала не умаление прав, а изменение семейного состояния, заключавшееся для некоторых из членов семьи (для сыновей умершего) даже в приобретении полной правоспособности.

В самом деле, после смерти *paterfamilias* внуки переходили каждый под *patria potestas* своего отца, жены сыновей *paterfamilias* оказывались *in manu* своих мужей, над вдовой *paterfamilias*, ставшей *persona sui iuris*, устанавливалась опека сыновей; сыновья же сами становились *paterfamilias* - носителями полной правоспособности. И вокруг каждого из них складывался такой же круг отношений, основанных на власти и подчинении, как тот, из которого новый *paterfamilias* вышел. Надо, однако, заметить, что свободный от *patria potestas* гражданин считался *paterfamilias* и в тех случаях, когда у него не было ни жены, ни детей, ибо *paterfamilias* - это римский гражданин, не подчиненный *patria potestas*, это носитель семейной власти, не только осуществляемой, но и потенциальной:

Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet (D. 50. 16. 195).

(Домовладыкой ("отцом семейства") называется тот, кому принадлежит власть в семье, и правильно он так называется, хотя бы у него и не было сына.)

§ 43. Агнатическое и когнатическое родство

133. Понятие агнатического и когнатического родства. Служа основой семьи в тесном смысле слова, *patria potestas* являлась и основой всей системы агнатического родства, служившего, в свою очередь, основанием права наследования и призвания к опеке над недееспособными: агнатами признавались лица, которые были подчинены власти одного и того же *paterfamilias* в прошлом или были бы подчинены этой власти, если бы этому не воспрепятствовала смерть *paterfamilias*. Одновременно агнаты могли быть и когнатами, например *paterfamilias* и его дети. Но агнатами могли быть и лица, не связанные кровным родством, например *paterfamilias* и жена его подвластного сына, *paterfamilias* и усыновленный. И во всяком случае юридическим родством была не кровная, когнатическая связь, а основанная на власти и подчинении связь агнатическая.

В то же время это была родственная связь только по мужской линии. Дочь *paterfamilias*, вступив в брак *cum manu*, тем самым вступала в агнатическую семью

своего мужа или его *paterfamilias*, если муж был *in patria potestate*, и переставала быть агнаткой своих отца, братьев, сестер. Ее дети становились агнатами братьев ее мужа, но так же, как и она сама, считались юридически чужими ее родителям, братьям, сестрам.

Степени агнатического родства по прямой линии определялись числом рождений, отделявших данное лицо от его *paterfamilias*. Так сын - агнат отца первой степени, внук - агнат деда второй степени.

Родство по боковой линии определялось общим числом рождений, отделявших двух данных лиц от общего для них носителя *patria potestas*, так что при исчислении степени бокового родства между двумя лицами восходили от первого из них к общему *paterfamilias*, а затем от этого последнего нисходили ко второму лицу, после чего складывали число рождений, отделявших каждое из этих лиц от общего *paterfamilias*. Таким образом, братья были агнатами второй степени (1 + 1), дядя и племянник - агнатами третьей степени (1 + 2) и т.д.

134. Род (*gens*). Но если *agnati* - это лица, связанные общей властью, которую осуществляет или осуществлял бы, не помешай этому смерть, определенный *paterfamilias*, то в дошедших до нас памятниках есть и следы когда-то, несомненно, значительно более сильного влияния другого, более обширного союза, также основанного на единстве власти рода - *gens*. *Gens* - по взгляду римлян - это союз людей, которые уже не в состоянии назвать *paterfamilias*, некогда осуществлявшего власть над их общими предками, но которые продолжают носить общее имя, *nomen gentilicium*, осуществляют общий родовой культ, *sacra gentilicia*, и, при отсутствии агнатов, призываются к наследованию и опеке. *Quintus Mucius Scaevola*, по свидетельству Цицерона, говорил:

Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt... qui ab ingenuis oriundi sunt... quorum maiorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti (Topica, 6. 29)

(Гентилами являются между собою люди, носящие общее имя, происходящие от свободнорожденных, никто из предков которых не был в рабстве и которые не претерпели *capitis deminutio*.)

Таким образом *patria potestas* лежала в основе семьи, определяла агнатическое родство и, давно прекратившаяся, но не забытая, служила (по концепции римлян) фундаментом *gens*.

135. Вытеснение агнатического родства когнатическим. Последовательное ограничение *patria potestas* во всех ее проявлениях: в отношении жены, детей и их потомства, и параллельно осуществлявшееся постепенное вытеснение агнатического родства родством когнатическим составляют основное содержание процесса развития римского семейного права. Это развитие осуществлялось на основе глубоких изменений экономической жизни Рима, под влиянием хода его политической истории, одновременно с последовательным изменением форм собственности освобождением договорно-обязательственного права от его изначального формализма, в неразрывной связи с победным шествием *ius gentium*, хотя внешне, в стороне от его влияния. Большинство институтов, сложившихся в ходе этого развития, давно отмерли, гражданское право Новой Европы не реципировало их. Однако другие остаются и доныне основой соответствующих институтов семейного права капиталистических стран. А совокупность институтов римского семейного права в их историческом развитии является наиболее ярким образцом семейного права рабовладельческого общества от начальных ступеней его развития до последней его стадии, уже овеянной атмосферой близкого разложения.

Глава 12

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

§ 44. Брак

136. Общая характеристика римского брака. История римского семейного права знает два вида брака, совершавшегося в различных формах, порождавшего разные

по содержанию имущественные и личные отношения супругов и даже неодинаковое правовое положение матери в отношении детей и прекращавшегося в разном порядке. Первым видом был брак *cum manu*, брак, устанавливавший власть мужа над женой. Вступление в такой брак неизбежно означало *capitis deminutio* жены: если до брака жена была *persona sui iuris*, то, вступив в брак *cum manu*, она становилась *persona alieni iuris*. Если до брака она была *in potestate* своего отца и агнаткой его и всех членов его семьи, то, вступив в брак, она подпадала под *manus* мужа или его *paterfamilias*, если муж был *in patria potestate*, и, став юридически чужой своей старой семье, становилась членом агнатической семьи мужа.

Второй вид брака - это брак *sine manu*, не порождавший власти мужа над женой и первоначально не устанавливавший вообще юридической связи между мужем и женой: юридически чужая мужу и своим детям, жена пребывает в том же семейном положении, в каком она была до вступления в брак; только со старой семьей связывает ее агнатическая связь.

Когда и как стал прокладывать себе путь этот свободный брак, в котором жена была не только свободна от власти мужа, но и вообще стояла в юридическом смысле вне семьи мужа? Когда и как была пробита эта первая и чрезвычайно важная по последствиям брешь в грозном здании власти *paterfamilias*?

Точный ответ на этот вопрос дать невозможно. Несомненно одно: было время, когда *manus* и брак совпадали, всякий брак был браком *cum manu*. Еще в III в. н.э. Модестин определял брак, как

coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humana iuris communicatio (D. 23. 2. 1).

(союз мужа и жены, объединение всей жизни, общение в праве божеском и человеческом.)

Между тем справедливо замечено, что это определение соответствует только браку *cum manu*, ибо в браке *sine manu* не было *divini et humana iuris communicatio*: чужая агнатической семье мужа, жена не участвовала в религиозном культе этой семьи, не связывали ее с мужем и никакие связи светского права. Однако память о браке *cum manu* была, по-видимому, настолько яркой, что Модестин включил *divini et humana iuris communicatio* в число признаков всякого брака.

Живучесть брака *cum manu* подтверждается и тем, что наименование *paterfamilias*, которое в более позднее время давалось всем состоявшим в браке женщинам (D. 50. 16. 46. 1), еще во времена Цицерона, по собственному его свидетельству, давалось только женщинам, состоявшим в браке *cum manu*. С другой стороны, поэт Энний (II в. до н.э.) упоминает о расторжении отцом брака *sine manu* своей подвластной дочери. Таким образом, можно думать, что во второй половине II в. до н.э. брак *sine manu* был уже привычным явлением.

Однако существование брака *sine manu* можно усмотреть и во времена гораздо более древние. Еще законы XII таблиц допускали установление *manus* путем своеобразной "приобретательной давности" - истечением года непрерывной совместной жизни с женой. Возможно, однако, что истечение года превращало в этих случаях фактическое сожительство в *iustum matrimonium*, а потому сообщало и *manus*. Но нельзя не указать и еще на одно постановление законов XII таблиц, подтверждающее существование в момент их издания брака *sine manu*: женщина, вступившая в брак без совершения брачных формальностей, может предупредить возникновение *manus* посредством так называемой *usurpatio trinoctii* - покинув на три ночи дом мужа, она прерывает "давность", в силу которой возникла бы по истечении года *manus mariti*. Можно сделать вывод, что, ежегодно повторяя *usurpatio trinoctii*, жена может превратить брак на все время его существования в брак *sine manu*. Все указанное позволяет сказать, что признание брака *sine manu* находит себе выражение уже в законах XII таблиц.

Но какие социальные предпосылки определили возникновение брака *sine manu*? Понятно, что если нет уверенности в моменте его появления, то еще труднее

объяснить это появление по существу. Возможно, что первоначально это была некоторая юридически неполноценная разновидность брака между патрициями и плебеями, между которыми *ius conubii* было признано лишь после издания законов XII таблиц законом *Capuleia* 445 г. до н.э. Может быть, это была исконная форма плебейского брака, впоследствии усвоенная также и патрициями. Как бы то ни было, в эпоху классических юристов брак *cum manu* - уже исторический пережиток.

Создавая совершенно различный строй отношений между мужем и женой, брак *cum manu* и брак *sine manu* резко отличались один от другого и в порядке заключения и прекращения. Заключение брака *cum manu* требовало совершения определенных обрядов, это был акт формальный. Брак *sine manu* рассматривался как некоторое фактическое состояние: с ним связывались определенные юридические последствия (в отношениях отца с детьми, позднее и в некоторых отношениях между мужем и женой), но для того, чтобы эти последствия возникли, нужно было одно: вступление жены в дом мужа при наличии согласия брачующихся, а при соответствующих условиях также и лиц, осуществлявших над ними *patria potestas*. Заключение брака *sine manu* было актом неформальным.

Понятно, что глубоко различен был и порядок прекращения того и другого брака: в браке *cum manu*, в котором юридическая личность жены поглощалась личностью мужа, развод мог иметь место только по инициативе мужа и был, в сущности, "отторжением" жены от мужа. Брак *sine manu* мог быть расторгнут не только по соглашению супругов (*divortium*), но и односторонним волеизъявлением как мужа, так и жены (*repudium*).

Основные начала брака *sine manu* и, в частности, свобода развода сказались, однако, целым рядом отрицательных последствий на жизни римского общества в последние годы республики и в начале принципата. Огромный рост богатств одних общественных кругов при обнищании других и резкое падение нравов сильно расшатали семейную жизнь. Стремясь парализовать неустойчивость брачных отношений и злоупотребления свободой развода, нередко с чисто спекулятивными целями, стимулировать вступление в брак и деторождение, Август внес ряд значительных изменений в действовавшее до того семейное право.

Lex Iulia de adulteriis (18 г. до н.э.) установила уголовную ответственность за нарушение супружеской верности (*adulterium*), карая при этом не только виновных, но и попустителей, к числу которых относились отец и муж виновной жены, не возбудившие против нее обвинения.

Карая *adulterium*, Август изъяс от наказания внебрачные сожительства лиц, между которыми брак был воспрещен законом, как, например, браки между лицами сенаторского сословия и вольноотпущенниками. Такое сожительство с намерением установить брачные отношения и если ни одна из сторон не состояла в законном браке, называлось конкубинатом и рассматривалось как *inaequale coniugium*, неполноценный брак. Дети от такого сожительства, *liberi naturales*, в отличие от других рожденных вне брака детей (*vulgo concepti*) наделялись некоторыми правами наследования после родителей, был установлен порядок их узаконения и т.п. Ряд прав был признан и за конкубиной.

В то же время *lex Iulia de maritandis ordinibus*, изданная либо также в 18 г. до н.э., либо в 4 г. н.э., и дополнившая его *lex Papia Poppaea* 9 г. н.э. (оба эти закона обыкновенно объединяются юристами под единым названием *lex Iulia et Papia Poppaea*) установили для мужчин в возрасте от 25 до 60 лет и для женщин в возрасте от 20 до 50 лет, не состоявших в браке и не имевших детей, ряд ограничений в имущественных правах: не состоящие в браке (*coelibes*) не могут получать имущество по завещаниям, а состоящие в браке, но бездетные (*orbi*) могут получать только половину того, что им завещано.

При этом понятие бездетности является условным и различным для мужчин и для женщин: мужчина не бездетен, если у него один ребенок, женщина - только если у нее трое, а у вольноотпущенниц даже четверо детей. Женщины, удовлетворяющие этим требованиям, имеющие так называемое *ius trium liberorum*, помимо

неограниченного права получать по завещаниям, пользуются и рядом других преимуществ. Все то, чего не могут получить по завещанию лица, не состоящие в браке, или бездетные, объявляется *caducum* и обращается в пользу других лиц, назначенных в том же завещании, или в пользу казны. Все эти постановления, не сыгравшие никакой положительной роли в истории римского брака, просуществовали, однако, до начала IV в. н.э., когда и были отменены.

Эти и некоторые другие меры (см. п. 139) не поколебали основной концепции брака *sine manu* как свободно устанавливаемого и свободно прекращаемого союза мужа и жены. Вытеснение древнего брака *cum manu* этой концепцией составляет одну из интереснейших черт римского брачного права.

137. Заключение брака. Совершению брака обыкновенно предшествовало обручение (*sponsalia*). В древнейшее время обручение лиц *alieni iuris* совершалось их *patresfamilias* без участия брачующихся. Позднее обручение совершали жених и невеста с согласия *patresfamilias* обоих. Обручение совершалось в форме двух стипуляций (п. 433): по одной - *patresfamilias* невесты обязывался передать ее жениху, а по другой - обязывался принять невесту в качестве жены, а в самое древнее время может быть в форме односторонней стипуляции, по которой только *patresfamilias* невесты обязывался передать ее жениху, не принимавшему на себя никаких обязанностей и имевшему затем права прекратить брак односторонним волеизъявлением. В более позднее время допускалось, по-видимому, совершение обручения и путем неформального соглашения.

В древнейшее время нарушение *sponsalia* давало другой стороне право потребовать возмещения причиненного ущерба. По преторскому праву нарушение *sponsalia* влекло за собою только *infamia* и ограничение права выступать в суде в качестве представителя чужих интересов. В период империи было установлено, что сторона, без серьезных оснований нарушившая *sponsalia*, теряла право на возвращение сделанных ею по случаю обручения подарков (*arrahae sponsaliciae*, *donatio ante nuptias*); другой стороне сделанные ею подарки возвращались. В законодательстве IV в. утрата права на возвращение *donatio ante nuptias* была связана с христианским обычаем предбрачного поцелуя (*osculum*): в случае смерти жениха *osculo interveniente* невеста или ее наследники сохраняли половину предбрачных подарков.

138. Способы установления *manus*. Древнейшее римское право знало три способа совершения брака или, точнее, три способа установления *manus*, неразрывная в то время с браком: а) *confarreatio*, б) *coemptio*, в) *usus*.

(1) *Confarreatio*, которую ряд историков считает патрицианской формой совершения брака, по взгляду некоторых (Жирар, Пост) никогда не ставшей доступной плебейам, была религиозным обрядом. Название обряда произошло от *panis farreus*, особого хлеба, который во время брачной церемонии вкушали брачующиеся, а затем приносили в жертву Юпитеру. Церемония совершалась *certis verbis* в присутствии жрецов - *pontifex maximus* и *flamen Dialis* и 10 свидетелей, представлявших, быть может, древнейшие 10 курий (данной трибы). Только человек, рожденный от брака, заключенного *per confarreationem*, и состоящий в таком браке, мог занимать должности *rex sacrorum* и *flamen Dialis*.

(2) *Coemptio* является светской и, как думают, преимущественно плебейской формой брака. Эта "воображаемая" покупка жены мужем была, вероятно, пережитком подлинной купли. Она производилась в тех же формах, в каких покупались наиболее ценные вещи - а именно земля и рабы, и устанавливались права на лиц *in mancipio*, а именно в Форме *mancipatio*. Правда, слова, которые при этом произносятся, отличны от слов, произносимых при купле в собственном смысле, однако в остальном это по форме купля. По описанию, которое дает этой форме заключения брака Гай, а также по отдельным замечаниям Цицерона и других писателей, *coemptio* представляется так.

В присутствии пяти свидетелей и весовщика, *libripens*, которые участвовали во всякой *mancipatio* (п. 196), а также *paterfamilias* невесты, а равно и жениха, если он

persona alieni iuris, жених спрашивает невесту: an tu mihi materfamilias esse velis и, получив утвердительный ответ, сам отвечал установленными словами на соответствующий ее вопрос, также заданный в точно определенных словах. Ответ невесты, видимо, гласил: ubi tu Gaius, ibi ego Gaia (Cicero, Pro Murena. 12. 27). Затем жених произносил слова, установленные для совершения всякой купли путем mancipatio и передавал paterfamilias невесты, в виде покупной цены, слиток металла, якобы взвешенный весовщиком.

(3) Usus представлял собою своеобразное применение института приобретательной давности к области брачных отношений.

Из этих трех форм заключения брака раньше других отпал usus. Если usus еще существовал во времена Цицерона, то Гай уже говорит о нем как о форме, отчасти отмененной законом, отчасти просто забытой. По-видимому, в начале I в. н.э. редко встречались уже и браки per confarreationem. По крайней мере, Гай, а также Тацит сообщают, что в 23 н.э. был издан закон, в силу которого, в целях поощрения браков per confarreationem, с ними стала связываться не светская, а только религиозная manus (единство культа), которой достаточно было для того, чтобы лица, происшедшие от такого брака, могли быть верховными жрецами (Tacitus, Annales. 4. 16). Однако с таким ограниченным кругом действия confarreatio продолжала существовать до падения язычества.

Coeemptio, видимо, существовала еще во времена Гая (1. 113. 114). Менее достоверно, чтобы ее считали действующим институтом юристы III века, несмотря на упоминания о ней Папиниана и Павла (Жирар).

Параллельно с отмиранием или ослаблением роли старых форм заключения брака шел процесс утверждения неформального совершения брака путем простого соглашения брачующихся (consensus facit nuptias - брак совершается соглашением) (D. 35. 1. 15), за которым должно было, однако, необходимо следовать deductio feminae in domum mariti. Поэтому Павел и указывал: vir absens uxorem nubere potest, femina absens nubere non potest (Sent. 2. 19. 8).

139. Условия вступления в брак. Для совершения брака с соответствующими правовыми последствиями надо было, чтобы брачующиеся удовлетворяли определенным условиям. Одни из этих условий были абсолютными, должны были быть в наличии для заключения всякого римского брака. Другие практически играли роль условий относительных, наличие которых было необходимо для совершения брака между лицами, принадлежавшими к разным общественным группам.

Первым условием вступления в брак было достижение брачующимися брачного возраста, который, совпадая с возрастом совершеннолетия, после некоторых колебаний был установлен в 14 лет для мужчин и в 12 лет для женщин.

Вторым условием было согласие на брак. В древнейшее время это было согласие одного только paterfamilias. Жених выражал свою волю, если он был persona sui iuris; невеста sui iuris нуждалась в согласии опекуна, auctoritas tutoris.

Однако постепенно сложился другой взгляд: для вступления в брак лица alieni iuris нужно прежде всего его согласие и, наряду с ним, согласие paterfamilias невесты и согласие как paterfamilias жениха, так и лица, под отеческой властью которого жених может оказаться со смертью paterfamilias. Так, согласие на брак внука дает не только его paterfamilias - дед, но и отец, подчиненный patria potestas того же деда, ибо после смерти деда внук окажется in patria potestate своего отца, которому сын не вправе навязать наследников, будущих детей от заключаемого брака. Наоборот, внучка, вступая в брак, не только не навязывает наследников своему деду и отцу, но и сама перестает быть их наследницей, вступая в агнатическую семью своего мужа. На выход из старой агнатической семьи и дает согласие невесте ее paterfamilias.

Таким образом, первоначально все положения о согласии на брак исходили из той же идеи власти, на которой покоилась агнатическая семья вообще. Отец давал согласие на брак детей не потому, что он был отцом, а потому что он был

paterfamilias, носителем отцовской власти.

Но по мере того, как личность детей начинает эманципироваться от когда-то неограниченной власти paterfamilias, интересы и воля детей начинают все больше приниматься во внимание и в вопросе о согласии paterfamilias на вступление в брак. Так, закон Iulia (4 г. н.э.) предоставил нисходящим право обжаловать магистрату неосновательный отказ paterfamilias в согласии на брак. Затем детям было разрешено вступать в брак и без согласия paterfamilias, если он взят в плен или безвестно отсутствует. Был, наконец, и один случай, в котором согласие на брак испрашивалось не у агнатического родственника, а у родственников по крови: женщина sui iuris, которая, состоя под опекой, могла вступать в брак, не иначе как получив auctoritas tutoris, после отпадения опеки над женщинами, была обязана испрашивать разрешение на брак у отца, а за отсутствием отца - у матери или у других близких родственников.

Третьим условием вступления в римский брак является наличие у брачующихся ius copubii (о нем - выше, п. 102). Препятствия к вступлению в брак за отсутствием этого условия могли возникать либо из принадлежности жениха и невесты к различным слоям общества (позднее сословиям), либо из родственной связи между ними или иногда из других существовавших между ними отношений. Так, прежде всего до lex Canuleia (445 г. до н.э.) не допускались браки между патрициями и плебеями. До первого брачного закона Августа, lex Iulia (18 г. до н.э.), не допускались браки вольноотпущенников со свободнорожденными, а после закона Iulia - с лицами сенаторского сословия.

Далее, родство, и притом как агнатическое, так и когнатическое, служило препятствием к браку: в прямой линии без ограничения степеней, в боковых линиях - в древнейшее время, по-видимому, до шестой степени; по упразднении этого правила и до конца республики - между consobrinis, т.е. между лицами, матери которых были сестрами, а отцы братьями; наконец, в период империи только между лицами, из которых хотя бы одно является нисходящим первой степени общего для обоих предка, например, между дядей и племянницей, теткой и племянником и т.д. В это общее правило императорские постановления не раз вносили изъятия.

В период империи стало препятствием к вступлению в брак также и свойство по прямой линии без ограничения степеней, а при христианских императорах - и в боковых линиях между зятем и золовкой.

Кроме того, были запрещены браки между опекуном и подопечной, правителем провинции и жительницами последних. Lex Iulia de adulteriis запретила браки между супругом, виновным в прелюбодеянии, и его сообщником.

§ 45. Личные и имущественные отношения супругов

140. Отношения супругов при браке cum manu. Личные и имущественные отношения супругов были глубоко различны в браке cum manu и в браке sine manu. В браке cum manu жена, став юридически чужой своей старой семье, подчинена власти мужа, manus mariti (или власти его paterfamilias, если муж лицо alieni iuris), которая в принципе не отличается от patria potestas отца над детьми. Муж может истребовать жену, покинувшую дом, при помощи иска, подобного виндикации. Он может продать ее в кабалу (in mancipium). Он вправе наложить на нее любое наказание вплоть до лишения ее жизни. Так же, как рабы и дети, жена лишена правоспособности в области имущественных отношений. Все, что ей принадлежало до брака, если она была persona sui iuris, становится в момент заключения брака достоянием мужа. Все, чем она будет обладать во все время существования брака, например имущество, подаренное ей ее отцом, принадлежит мужу. Это бесправное положение жены юридически уравнивалось только тем, что она является наследницей мужа - heres sua, одна, если у него нет законного потомства, на равных началах с детьми, если они есть. Понятно, что она - агнатка всех агнатов мужа и, следовательно, наследует в соответствующих случаях и после них.

Однако обычаи значительно смягчали бесправное положение жены. Обычаи обязывали мужа не налагать на жену наказаний, не выслушав суждения совета,

состоявшего, как думают, из членов ее старшей семьи, из агнатов, оставшихся после вступления ее в брак ее когнатами. Наконец, почет, связанный с общественным положением мужа, распространялся и на жену.

141. Отношение супругов при браке *sine manu*. Совершенно иначе были построены отношения мужа и жены в браке *sine manu*. Брак *sine manu* не менял юридического положения, в котором жена была до вступления в брак. Она остается *in patria potestate*, если была подчинена отцовской власти до брака. Она по-прежнему *sua heres* своего *paterfamilias*, по-прежнему агнатка своих старых агнатов. Если до вступления в брак *sine manu* жена была *persona sui iuris*, она остается *persona sui iuris* и после вступления в брак. Понятно, что и имущество, принадлежавшее ей до брака, если она была *persona sui iuris*, остается ее имуществом, а все, что она приобретает во время брака, принадлежит ей одной. Она вправе вступить с мужем в любую имущественную сделку. Воспрещены были лишь дарения между супругами (для того, чтобы обеспечить полную имущественную независимость супругов одного от другого). Впрочем, в начале III в. н.э. было постановлено, что, если даритель умер, не потребовав дара обратно, то *donatio conualescit*, т.е. дарение становится действительным (D. 24. 1. 32).

С течением времени эта полная юридическая разобщенность супругов начинает, однако, смягчаться как в личных, так и в имущественных их отношениях. Было признано, что супруги не вправе предъявлять один к другому инфамирующие иски (п. 126), что в случаях имущественной ответственности одного супруга перед другим он пользуется *beneficium competentiae*, т.е. правом отвечать только в пределах имеющихся у него средств. Претор стал давать мужу интердикт для истребования к себе жены и отказывать в таком же иске отцу, когда тот пытался истребовать свою дочь, состоявшую в браке *sine manu*. Так постепенно сложилось некоторое общее положение о личных отношениях супругов: муж должен охранять жену: *defendi uxores a viris... aequum est* (D. 47. 10. 2), жена обязана почитать мужа, *reverentia quae maritis exhibenda est* (D. 24. 3. 14. 1).

142. *Dos*. Не менее глубоко изменились в браке *sine manu* имущественные отношения супругов. Издержки общей семейной жизни, содержание детей и т.п. лежали на муже. Но уже со времени появления брака *sine manu* вошло в обычай давать мужу особое приданое, *dos*, в целях облегчения ему бремени семейных расходов, *ad matrimonii opera sublevanda*. *Dos* устанавливалась либо *paterfamilias* жены (*dos profecticia*), либо самою женой, если она до брака была *persona sui iuris*, либо третьим лицом (*dos adventicia*). Как бы то ни было, но *dos* всегда должна быть установлена особым актом: *dos aut datur aut dicitur aut promittitur*, и, установленная так или иначе, становилась собственностью мужа.

Когда в конце республики семейная жизнь сильно расшаталась, создавалась как бы законная возможность спекуляции с *dos*: вступив в брак только с целью получения *dos*, муж мог потом, воспользовавшись неограниченной свободой развода, расторгнуть свой брак, сохранив *dos* за собою. Поэтому, для устранения этого положения, жена и лица, устанавливавшие *dos*, начали требовать от мужа обещания, в силу которого он обязывался обеспечить возвращение *dos* жене либо установителю *dos*, если брак будет прекращен разводом или смертью мужа. Обеспечение это называлось *cautio rei uxoriae*. В случае невозвращения *dos*, жена или установитель *dos* могли предъявить иск. Иногда прибегали к другому приему: *dos* при самом установлении ее оценивалась в известной сумме денег и рассматривалась как проданная мужу за эту сумму (*dos venditionis causa aestimata*), которую муж и обязан был в соответствующих случаях вернуть.

Когда обычай таких *cautiones* укрепился, претор считал справедливым давать жене иск о возврате ей приданого даже в тех случаях, когда *cautio* не была установлена, если муж давал развод жене без всяких с ее стороны поводов. В ходе разработки условий предоставления и сущности этого иска юристы и создали то, что впоследствии стали называть римским детальным правом, отдельные положения которого до сих пор определяют правовую судьбу приданого в некоторых капиталистических странах (Франция, Бельгия, Италия и др.). Основные черты

правового положения dos сводились к следующему.

В случае прекращения брака смертью жены, dos оставалась у мужа или возвращалась еще находившемуся в живых отцу жены, если dos была им установлена. Если брак прекращался смертью мужа, dos возвращалась жене или ей совместно с ее отцом. Dos возвращалась жене и в том случае, когда брак прекращался разводом по почину мужа или по его вине. Наоборот, dos оставалась у мужа, если жена брала на себя инициативу развода или вызвала развод своим поведением. В праве Юстиниана это единственный случай, когда dos оставалась у мужа.

Таким образом dos стала служить орудием борьбы со злоупотреблениями свободой развода и с ненадлежащим отношением к супружеским обязанностям.

Но эта роль dos значительно ослаблялась тем, что муж при существовании брака продолжал считаться собственником dos и, следовательно, мог ее законно отчуждать. Понятно, что обязательственное требование жены о выдаче ей денежного эквивалента отчужденной dos оставалось безрезультатным в случае несостоятельности мужа. Поэтому в целях охраны интересов жены *lex Iulia de adulteriis* в особой главе *de fundo dotali* запретила отчуждение без согласия жены детальных недвижимостей.

Практика стала подводить под понятие отчуждения всякую сделку, которая могла привести к отчуждению, например залог, а в праве Юстиниана дотальные недвижимости стали неотчуждаемыми даже и с согласия жены. Требование жены о возврате ей приданого удовлетворялось уже в классическом праве преимущественно перед требованиями других личных кредиторов мужа. Это преимущество превратилось в праве Юстиниана в законную ипотеку (п. 418) жены на все имущество мужа. Таким образом, хотя муж еще и в праве Юстиниана признается собственником приданого, однако права были римские юристы, когда говорили: "*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*", т.е. хотя приданое находится в имуществе мужа, однако оно принадлежит жене (D. 23. 5. 75). В сущности муж только пользовался dos во время брака и оставлял ее у себя в качестве штрафа за ненадлежащее отношение жены к вытекавшим из брака обязанностям.

Существовало, однако, и другое имущество, выполнявшее такую же штрафную функцию, но уже в интересах жены. Это была *donatio ante nuptias*, предбрачный дар, который в праве Юстиниана мог устанавливаться также и во время брака - *donatio propter nuptias* и представлял собою не что иное, как сумму, обыкновенно приблизительно равную сумме dos, которую муж обязывался выплатить жене в случае развода по его инициативе или вине. Таким образом, в этих случаях жена получала как подлежащую возврату dos, так и *donatio propter nuptias*. В этом заключалось и своеобразие этой последней, которая в действительности вовсе не была дарением: она не лишала мужа права собственности на соответствующее имущество в течение брака и не лишала его права собственности вообще, если брак не прекращался разводом по почину или по вине жены.

§ 46. Прекращение брака

143. Случаи прекращения брака. Для того чтобы брак мог юридически существовать, надо, чтобы все время были в наличии те условия, без которых брак не мог бы быть заключен. Отпадение какого-либо из этих условий было и основанием прекращения брака. Таким образом, кроме смерти одного из супругов, брак прекращался:

(1) *Capitis deminutio maxima* одного из супругов, т.е. обращением его в рабство, ибо у рабов не было *ius conubii*. При этом, если взятый в плен и обращенный в рабство супруг возвращался затем в Рим, то в силу *postliminium* (п. 108) считалось, что *manus* никогда не прекращалась. Брак же *sine manu*, как некоторая только фактическая, но не юридическая связь, считался прекращенным, ибо *postliminium* применялся к *res iuris*, но не к *res facti*; однако брак считался продолжавшимся все время, если оба супруга были вместе в плену.

(2) *Capitis deminutio media*, т.е. утратой права гражданства, ибо неграждане, кроме *latini veteres*, также не имели *ius conubii*.

(3) *Capitis deminutio minima*, т.е. изменением семейного состояния одного из супругов, которое устанавливало такую степень агнатического родства его с другим супругом, при которой вступление в брак было бы невозможно, например, *paterfamilias* усыновлял мужа своей дочери, не освободив ее предварительно от *patria potestas*.

(4) По воле мужа или его *paterfamilias* в браке *cum manu*; по воле мужа или жены либо по их соглашению в браке *sine manu*.

Для заключения брака *cum manu* требовалось согласие *paterfamilias* жены, а позднее и самой жены (см. п. 139), но, в силу установившейся над женой *manus mariti*, ее *paterfamilias* и она сама утрачивали право прекратить брак по своей воле: жена была в отношении мужа *loco filiae*. Поэтому только муж (или его *paterfamilias*) был вправе прекратить брак *cum manu*, совершив формальности, обратные тем, при помощи которых брак был заключен.

Брак *sine manu* мог быть прекращен волеизъявлением одного из тех лиц, согласие которых требовалось для совершения брака (п. 139). Свобода развода была, как уже сказано, одним из основных начал римского брачного права. И несмотря на множество разводов в конце периода республики и в период империи, несмотря на то, что разводы противоречили учению христианской церкви о браке, свобода развода никогда не была ни отменена, ни даже ограничена, если не считать указанных выше невыгодных имущественных последствий развода для супруга, по инициативе или по вине которого брак был прекращен разводом.

Вступление во второй брак после прекращения первого не встречало ни в период республики, ни в период принципата никаких ограничений. Более того, *lex Iulia et Papia Poppaea* даже распространяла установленную ею *incapacitas* на лиц, которые в течение определенного времени после прекращения брака не вступили в новый брак. Однако в дальнейшем появляются в интересах детей от первого брака некоторые ограничения прав родителя, вступившего во второй брак, на имущество, полученное им от первого брака (*lucra nuptialia*): это имущество остается лишь в пользовании родителя, вступившего в новый брак, а после его смерти переходит к детям от первого брака. Кроме того, новому супругу не может быть ни подарено, ни завещано больше имущества, чем детям от первого брака.

Вдова, вступающая в новый брак, обязана соблюсти так называемый траурный год, целью которого является отчасти соблюдение пиетета по отношению к покойному мужу, а главным образом предотвращение так называемой *turbatio sanguinis*, т.е. затруднений в определении отца ребенка, который родился бы в течение десяти месяцев со дня прекращения первого брака. В случае развода жена обязана заявить о своей беременности мужу, который вправе потребовать проверки в определенном порядке этого заявления.

Несоблюдение траурного года не влечет за собою недействительности нового брака, а лишь утрату женой *lucra nuptialia*, ограничение ее прав в сфере наследования, а также *infamia* жены.

Глава 13

ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ РОДИТЕЛЕЙ И ДЕТЕЙ

§ 47. *Patria potestas*

144. Отношения между матерью и детьми. Отношения между матерью и детьми глубоко различны, в зависимости от того, состоит ли мать в браке *cum manu* или в браке *sine manu* с отцом детей. Мать, состоящая в браке *cum manu*, для детей является *loco sororis* и вместе с ними подчинена власти своего мужа (или его *paterfamilias*, если муж состоит *in patria potestate*), на равных с детьми началах она наследует после мужа; взаимное право наследования соединяет ее в качестве агнатки детей с теми из них, которые вышли из *patria potestas* мужа. В качестве

агнатов ее сыновья осуществляют над нею опеку после смерти мужа. Связь матери с детьми в браке - наиболее тесная после связи *paterfamilias* со своими подвластными.

Наоборот, в браке *sine manu* мать в древнейшем праве юридически не связана с детьми. Она не член семьи отца своих детей, она - агнатка своих старых агнатов, член своей старой семьи, в которой она наследует и члены которой наследуют после нее и осуществляют над нею опеку.

Однако подобно тому, как с течением времени была значительно смягчена юридическая отчужденность мужа и жены в браке *sine manu*, она была почти устранена в отношениях между матерью и детьми, рожденными от брака *sine manu*. Когнатическая, кровная связь стала постепенно служить основанием права матери на совместное проживание с нею несовершеннолетних детей, находившихся под опекой постороннего лица или даже *in patria potestate* мужа, с которым мать была в разводе, позднее даже на осуществление матерью опеки. Матери было предоставлено право на алименты от детей, детям было воспрещено предъявлять к матери инфамирующие иски, привлекать ее к суду без разрешения магистрата, *beneficium competentiae* стал ограничивать пределы ее имущественной ответственности перед детьми. Наконец, сенатусконсульты II в., а затем императорские конституции установили и последовательно расширили допущенные претором взаимные права наследования детей и матери, состоявшей в браке *sine manu*.

145. Отношения между отцом и детьми. Иначе были построены отношения отца с детьми. Для этих отношений было безразлично, состоял ли отец в браке *cum manu* или *sine manu*. Дети всегда находятся под властью отца, *in patria potestate*.

Эта власть, первоначально безграничная, постепенно, однако, смягчалась. Основной причиной этого являлось распадение прежней крестьянской семьи (в связи с развитием рабовладельческих хозяйств), развитие в городах ремесел: сыновья все в больших размерах ведут самостоятельное хозяйство. Наряду с этим, сыновья приобретают самостоятельное положение в постоянной армии и в государственном аппарате.

Уже в древнейшее время власть *paterfamilias* над личностью детей умерялась воздействием семейного совета, суждения которого не были юридически обязательны, но и не могли, в соответствии с общественными воззрениями, игнорироваться при наложении на детей суровых наказаний. В конце же республики и в начале периода империи был введен ряд прямых ограничений прав *paterfamilias* на личность детей. Право продавать детей было ограничено случаями крайней нужды и распространялось только на новорожденных детей. Упразднено было право выбрасывать детей. Императорский указ IV в. приравнял убийство сына ко всякому *parricidium*. Согласно другому, более раннему (II в. н.э.) указу, власти могли принудить отца освободить сына от *patria potestas*. Наконец, за подвластными детьми было признано право обращаться к магистрату *extra ordinem* с жалобами на *paterfamilias*, а также право требовать алименты.

В сфере имущественных отношений подвластные дети были, по-видимому, рано допущены к совершению сделок от своего имени. Но все права из таких сделок (так же, как из сделок рабов, совершавшихся *ex persona domini*) возникали для *paterfamilias*. Обязанности же из этих сделок для *paterfamilias* не возникали. Совершенные подвластными деликты служили основанием для *actiones poenales* против *paterfamilias* о возмещении вреда или выдаче подвластного потерпевшему для отработки причиненного им вреда.

Одновременно с последовательным ограничением власти мужа над женой, с одной стороны, и параллельно с расширением круга юридических последствий из сделок рабов, с другой, осуществлялся и процесс постепенного признания имущественной право- и дееспособности подвластных детей. Претор стал предоставлять против *paterfamilias* такие же *actiones adiecticiae qualitatis* из сделок подвластных, какие он предоставлял на основании сделок рабов (п. 117). Но сами подвластные, после того как они становились *personae sui iuris*, стали признаваться ответственными по этим

сделкам не *iure naturali*, как рабы, а *iure civili*.

В то же время если пекулий, который нередко выделялся подвластному сыну, продолжал признаваться имуществом *paterfamilias*, так называемый *peculium profecticium*, то появились определенные группы имущества, права на которые стали возникать в лице не *paterfamilias*, а подвластного сына. Таким имуществом была признана постановлением Августа, а может быть, Цезаря, под влиянием создания постоянной профессиональной армии, военная добыча, а равно и все имущество, приобретенное сыном в связи с его военной службой: *paterfamilias* был не вправе отобрать это имущество у сына, сын не только свободно пользуется этим имуществом, он вправе и распоряжаться им, в частности завещать (сначала во время пребывания на военной службе, а начиная со II в. независимо от момента составления завещания). Однако в случае смерти сына без завещания это имущество переходит к отцу, и притом *iure peculii*, без обременения отца обязательствами умершего сына.

Правила, сложившиеся в период принципата для имущества, приобретенного сыном на военной службе, были в период империи, в связи с созданием большого административного аппарата принцепса, перенесены и на имущества, приобретенные на гражданской службе: государственной, в придворных или церковных должностях. Так, с IV в. н.э. постепенно сложилось *peculium quasi castrense*.

Наконец, с признанием права наследования детей после матери, состоявшей в браке *sine manu*, невозможно было не оградить от притязаний со стороны *paterfamilias* и имущество, унаследованное детьми от матери. В IV в. это имущество было объявлено принадлежащим детям с правом *paterfamilias* на пожизненное пользование и управление им.

В дальнейшем в такое же положение были последовательно поставлены имущества, унаследованные от родственников с материнской стороны. Развитие завершилось постановлением, что *paterfamilias* сохраняет право собственности лишь на то состоящее в обладании детей имущество, которое либо приобретено *ex re patris*, на средства отца, либо получено *contemplatione patris*, т.е. от третьего лица, желающего создать известную выгоду для *paterfamilias*, а также на имущество, которое отец передал подвластным, желая подарить его, но которое оставалось собственностью отца вследствие недействительности сделок между ним и подвластными детьми. Это - *bona profecticia*. Все остальные имущества, *bona adventicia*, принадлежат подвластному, который вправе распорядиться ими при жизни и лишь не вправе завещать эти имущества, переходящие после смерти подвластного к отцу, но уже *iure hereditario*, обременяя отца входящими в состав этого имущества обязанностями.

146. Прекращение *patria potestas*. Как уже указано, *patria potestas* была пожизненной и нормально прекращалась смертью *paterfamilias*.

При жизни его и независимо от его воли она прекращалась лишь с приобретением сыном звания *flamen Dialis* (одна из высших жреческих должностей), дочерью - звания весталки; в позднейшее императорское время ее прекращало приобретение сыном звания консула, *praefectus urbi*, *magister militum* или епископа. Но *paterfamilias* мог сам положить конец своей власти над сыном или дочерью путем *еманципации*. Формой *еманципации* служило использование правила законов XII таблиц о том, что троекратная манципация подвластного прекращает отцовскую власть: *paterfamilias* трижды манципировал подвластного доверенному лицу, которое трижды отпускало подвластного на волю. После первых двух раз подвластный возвращался под власть *paterfamilias*, после третьего он становился *persona sui iuris*.

В VI веке необходимость в этих формальностях отпала: были допущены *еманципация по рескрипту принцепса* (так называемая *еманципация Анастасиана*), *еманципация посредством заявления перед судом* (так называемая *еманципация Юстиниана*). После *еманципации* отец сохранял право на пользование половиной имущества сына.

§ 48. Узаконение и усыновление

147. Узаконение. *Patria potestas* предполагала рождение сына или дочери в римском браке. Над детьми, рожденными вне брака, она могла быть установлена путем узаконения, *legitimatio*. Однако *legitimatio* возникла лишь в период империи и допускалась только в отношении *liberi naturales*, т.е. детей, рожденных от конкубината (п. 136). Постепенно сложились три способа *legitimatio*: а) *legitimatio per oblationem curiae*, т.е. путем представления внебрачного сына в *ordo* местных декурионов с наделением его известным имущественным цензом; б) *legitimatio per subsequens matrimonium*, т.е. путем последующего брака родителей; в) путем издания специального императорского указа.

148. Усыновление. Но *patria potestas* могла быть установлена и над чужими детьми путем усыновления.

Существовали два вида усыновления, совершавшегося в разных формах: а) *arrogatio*, если усыновляемый был *persona sui iuris*, и б) *adoptio*, если усыновляемый был *persona alieni iuris*.

(1) *Arrogatio* в древнейшие времена производилась в народном собрании при участии *pontifex maximus* и в присутствии как усыновителя, так и усыновляемого. После расследования обстоятельств дела *pontifex maximus* предлагал народному собранию *rogatio* об усыновлении. Таким образом, каждая *arrogatio* была *iussus populi*, т.е. законом. Ввиду этого усыновлять и быть усыновляемыми в этой форме могли только лица, которые имели право участвовать в народных собраниях. К числу таких лиц не принадлежали ни женщины, ни несовершеннолетние. С падением значения народных собраний отпадает и законодательный характер *arrogatio*; она превращается в публичное оформление соглашения усыновителя с усыновляемым. С окончательным прекращением созыва народных собраний *arrogatio* производится *per rescriptum principis*.

(2) *Adoptio* совершалась так же, как *emancipatio*, путем использования правила законов XII таблиц о троекратной *манципация*. *Paterfamilias* трижды *манципировал* подвластного доверенному лицу, которое после первых двух *манципаций* освобождало подвластного от *манципия*, после чего подвластный возвращался под власть *paterfamilias*. После третьей *манципации*, прекращавшей *patria potestas*, выступал усыновитель и предъявлял к доверенному лицу, у которого подвластный был *in манципии*, *vindicatio filii*. В результате начинавшегося таким образом фиктивного процесса претора *addicit* усыновляемого усыновителю. Для *adoptio* дочери или внука достаточно было одной *манципации*. Юстиниан заменил эту сложную процедуру простым заявлением перед судом.

До Юстиниана *adoptio* так же, как и *arrogatio*, вводила усыновленного в агнатическую семью усыновителя, но Юстиниан ослабил ее значение: она не уничтожала *patria potestas* кровного отца, лишь устанавливая право наследования усыновленного после усыновителя.

Некоторые указания дошедших до нас памятников позволяют думать, что существовал еще и третий вид усыновления: усыновление в завещании усыновителя (*adoptio testamentaria*), но отчетливых сведений о нем нет.

§ 48-а. Опекa и попечительство

148-а. Лицо *sui iuris* в связи с возрастом, состоянием здоровья или некоторым особым положением может нуждаться в помощи и охране при осуществлении своей гражданской правоспособности. Этим целям служили в римском праве опека (*tutela*) над несовершеннолетними, над расточителями, а также рано утратившая практическое значение опека над женщинами и попечительство (*cura*) над безумными, над так называемыми минорами (т.е. не достигшими 25 лет), над расточителями. Различие между опекой и попечительством выражалось в порядке деятельности опекуна и попечителя. Опекун формальным актом согласия (*auctoritatis interpositio*) придает юридическую силу сделкам, к совершению которых подопечный не способен; попечитель же выражает свое согласие (*consensus*) неформально, возможно даже одновременно со сделкой.

148-б. В древнейшие времена опека устанавливалась в интересах не подопечного, а лиц, которые были его ближайшими наследниками по закону. Ее основной задачей была охрана имущества подопечного в интересах его наследников. Поэтому порядок призвания к опеке (если опекун не был назначен в завещании) совпадал с порядком призвания к наследованию, т.е. опекуном являлся ближайший агнат подопечного.

В древнейшее время опека представляла собою не обязанность опекуна, а его право, точнее - власть опекуна над имуществом и личностью подопечного, близкую по содержанию к власти *paterfamilias*.

Однако постепенно права опекуна начинают пониматься как средство для осуществления его обязанностей. Эти изменения, тесно связанные с последовательным ослаблением родовых связей, постепенно превращают понятие опеки как власти в понятие опеки как общественной повинности (*mopus publicum*).

В связи с этим, наряду с двумя указанными выше порядками установления опеки (в силу агнатического родства с подопечным и по завещанию *paterfamilias*), возникает третий порядок - назначение опекуна государством.

Вместе с тем постепенно развился и контроль государства над деятельностью опекунов. Устанавливаются особые основания (*excusationes*), по которым можно не принять назначения опекуном. Развивается система исков к опекуну в случаях непредставления им отчета о ведении дел подопечного и в случаях не только растраты, но и нерадивого ведения дел. Затем входит в обычай требовать от опекуна при вступлении его в должность представления обеспечения (*satisfactio rem pupilli salvam fore*), а в период империи вводится законная ипотека подопечного на все имущество опекуна.

Раздел V

ПРАВА НА ВЕЩИ

Глава 14

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ВЕЩАХ

§ 49. Понятие вещи

149. В классический период в римском праве выработалось понятие вещей в широком значении. Этим широким понятием охватывались не только вещи в обычном смысле материальных предметов внешнего мира, но также юридические отношения и права.

Rei appellatione et causae et iura continentur (D. 50. 16. 23).

(Названием вещи охватываются также юридические отношения и права.)

150. Вещи телесные и бестелесные. Гай (2. 13. 14) так и делит вещи на телесные (*corporales*), которые можно осязать (*quae tangi possunt*) и бестелесные (*incorporales*), которые нельзя осязать (*quae tangi non possunt*). В качестве примеров *res incorporales* Гай называет наследство, usufruct (п. 221), обязательства. Следует отметить, что в числе примеров *res incorporales* Гай не упоминает права собственности: римские юристы не различают четко право собственности на вещь и самую вещь, вследствие чего право собственности попадает у них в категорию *corpora*, телесных вещей.

В отрывке из комментария Ульпиана к преторскому эдикту в Дигестах (5. 3. 18. 2) на вопрос, что составляет предмет иска о наследстве, дается такой ответ: "*Universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive iura sive corpora sint*" [10], т.е. предмет этого иска составляют все вещи наследства, будут ли то "права" или "телесные предметы".

Сопоставляя это место источников с примерами, приводимыми Гаем, приходится

признать, что, разделяя вещи на телесные и бестелесные, Гай понимает под последними не вещи в смысле предметов внешнего мира, а именно права.

§ 50. Виды вещей

151. Вещи движимые и недвижимые. Деление вещей на движимые и недвижимые в римском праве не имело особого значения. И те и другие подлежали почти одинаковым юридическим нормам. Тем не менее это естественное деление играло некоторую характерную и для рабовладельческого Рима роль. Недвижимостями считались не только земельные участки (*praedia, fundi*) и недра земли, но и все созданное чужим трудом на земле собственника. Оно признавалось естественной или искусственной частью поверхности земли - *res soli*. Сюда относились постройки, посевы, насаждения. Все эти предметы, связанные с землей или фундаментально скрепленные с ее поверхностью, считались ее составными частями. Они подлежали правилу *superficies solo cedit* - сделанное над поверхностью следует за поверхностью. Невозможной представлялась отдельная собственность на дом и на землю. Воздушное пространство над участком тоже рассматривалось как часть поверхности.

Под *res mobiles* или *per se moventes* понимались мебель, домашняя утварь, рабы, животные.

Деление вещей на движимые и недвижимые приняло более четкий характер при принципате. В эпоху домината передача прав на недвижимость регламентировалась уже специальными правилами, направленными на обеспечение публичности соответствующих сделок. К этому же времени окончательно сложились особые права на недвижимость: оброчные земли, эфитевзис, суперфиций (пп. 231, 232). Впрочем, уже по законам XII таблиц приобретение земли и движимых вещей по давности владения (п. 203) требовало разных сроков: для давностного завладения землей был установлен в связи с системой двухпольного хозяйства более длительный (два года) срок, чем для движимых вещей (один год). Не все недвижимости были подчинены единообразной регламентации; учитывалось местоположение участков в связи с их хозяйственным назначением, различались *praedia urbana* - городские участки, застроенные для городских жилищ, городских ремесленных и промышленных заведений, и *praedia rustica* - сельскохозяйственные участки: поля, луга, леса, деревенские жилища и склады. Различались также земли италийские и провинциальные.

152. *Res mancipi et res nec mancipi*. Старое и главное деление гражданского права вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi* сохранилось до начала империи.

Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini, ceterae res nec mancipi sunt (Ulp. Reg. 19. 1).

(Все вещи считаются вещами манципия или неманципия. Вещами манципия являются земельные участки на италийской земле, и притом как сельские, каким считается поместье, так и городские, каков дом; также права сельских участков, например дорога, тропа, прогон, водопровод; также рабы и четвероногие, которые приручаются к упряжке или ярму, например быки, мулы, лошади и ослы. Остальные вещи считаются неманципийными.)

Как видно из текста, круг *res mancipi* был очерчен довольно узко. Он охватывал *ager romanus*, а с конца республики, когда владычество римлян распространилось на всю Италию, земельные участки, расположенные в Италии, построенные на них дома и предельные (земельные) сервитуты, на рабов и вьючных или упряжных животных, обслуживающих земли римских землевладельцев.

Наоборот, к числу *res nec mancipi* относились все вещи, не входящие в группу *res mancipi*, в частности провинциальные земли и все движимые вещи, мелкий скот (свины, овцы, козы), мебель, продовольствие и т.д.

Это деление определялось тем, что к числу *res mancipi* относились вещи, которые

издревле и еще ко времени законов XII таблиц рассматривались как наиболее ценные части римского земельного хозяйства. Глава семьи силою, хватая их рукой (*manu capere*), заставлял рабов и крупный домашний скот работать на себя. С экономическим значением *res mancipi* была связана и основная особенность их юридического положения: особо усложненный порядок перенесения права собственности на эти вещи. В то время как для отчуждения вещей *res pec mancipi* было достаточно простой передачи (*traditio*), для отчуждения *res mancipi* требовалось применение формальных и сложных способов - *mancipatio* или *in iure cessio* (пп. 196 - 197).

153. Вещи делимые и неделимые. Различались вещи делимые и неделимые. Делимыми признавались вещи, которые от разделения не изменяют ни своего рода, ни своей ценности; каждая отдельная часть представляет прежнее целое, только в меньшем объеме: *pro parte divisa* (Ulp. D. 8. 4).

Кроме материального разделения вещей, мыслилось и разделение права на так называемые идеальные доли. В таких случаях право на вещь, не разделенную материально, признавалось принадлежащим и нескольким лицам всем вместе, и каждому из них на известную долю ценности вещи, на 1/2, 1/3 и т.д.: *totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere* (D. 13. 6. 5. 15). При прекращении общей собственности на вещь, т.е. права собственности, принадлежавшего нескольким лицам в идеальных долях, имела большое значение юридическая делимость или неделимость вещи: только в первом случае допускалось ее разделение в натуре между бывшими общими собственниками. Во втором случае вещь оставалась в собственности одного из них, а остальные получали денежную компенсацию (п. 188).

Делимыми считались земельные участки; построенные на них здания делились, но только вертикально. Внешними признаками разделения служили стены, границы и межи. Делимыми считались и движимые вещи, как сырье, материалы однородного состава (руда, камни, песок).

154. Вещи потребляемые и непотребляемые. К потребляемым относились вещи, которые, согласно их прямому назначению, при первом же пользовании материально уничтожались - *res quae ipso usu consumuntur, tolluntur*. Сюда относились продовольствие и деньги, последние в том смысле, что при каждом расчете они терялись для собственника. Непотребляемыми вещами считались такие, которые не изнашивались от употребления (драгоценный камень), или если и уничтожались, то постепенно, теряя свою ценность и способность выполнять свое назначение - *res quae usu minuuntur*.

Так как пользование потребляемыми вещами связано с их уничтожением, то при предоставлении собственником другим лицам права пользования потребляемыми вещами возврат их эквивалента обеспечивался особыми гарантиями.

155. Вещи, определяемые родовыми признаками, и индивидуальные (*genus et species*). Знакомство с греческими приемами общей систематики привело еще старых римских юристов периода республики к применению понятий рода и вида в отношении вещей. Это естественно-научное и логическое деление вещей дополнялось требованием исследовать в каждом отдельном правоотношении намерения сторон - рассматривали ли они вещь, объект юридической сделки, как вещь родовую (*genus*), т.е. обладающую общими чертами данной группы вещей, или как индивидуальную (*species*), как данный экземпляр определенного рода вещей. Классики относили к *genus* вещи, имеющие один общий род и не имеющие в обороте индивидуальности. Их меновая ценность определялась по их роду, мере, весу, числу, как это видно из выражений - *res, quae in genere suo functionem suam recipiunt, res quae numero mensura, pondere consistunt* - вещи, которые своим родом осуществляют свое назначение, которые определяются числом, мерой, весом.

Родовым вещам противопоставлялись видовые, индивидуально-определенные вещи.

Значение этого деления выступало в различном решении вопроса о риске случайной гибели вещи или партии вещей. Если вещь или партия вещей рассматривалась участниками правоотношения как родовая, то она считалась юридически не

подверженной гибели, ибо всегда могла быть заменена другой однородной вещью или другой партией однородных вещей. Отсюда правило - *genere pop pereunt* (род не погибает). В случае же гибели индивидуально-определенной вещи, лицо, обязавшееся доставить ее, освобождалось от обязанности замены. Из понятия родовых вещей впоследствии развилось неизвестное ранее понятие вещей заменимых (*res fungibiles*), т.е. таких, которые оборот (а не участники каждого данного правоотношения) обычно рассматривает как определяемые родом, весом, мерой, числом.

156. Вещи простые и сложные. Следуя стоической философии, Помпоний различал три вида вещей:

Tria autem genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu et graece henomenon vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod synemmenon vocatur, ut aedificium, navis, armarium, tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura pop soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex (D. 41. 3. 30. pr.).

(Существует же три рода тел: один, который составляет одно целое и по-гречески обозначается как "единое бытие", как, например, раб, бревно, камень и подобное; другой род, который состоит из составных, т.е. нескольких между собой связанных тел, что называется составным телом, как, например, здание, корабль, шкаф; третий, состоящий из отдельных вещей, как многие не связанные одно с другим, но объединенные одним именем, например, народ, легион, стадо.)

(1) Простые вещи - *corpus, quod uno spiritu continetur* - образующие нечто физически связанное и однородное, не распадающееся на составные части (раб, бревно, камень и т.п.).

(2) Сложные вещи, состоящие из искусственных соединений разнородных вещей, имеющих между собой материальную связь и носящих общее наименование - *universitates rerum cohaerentium*, например здание, корабль, шкаф. Части сложных вещей не терялись вполне в целом, они были до их соединения отдельными вещами и могли даже принадлежать разным лицам. Права этих лиц определялись в зависимости от свойств соединения и отношений между соединенными вещами. Иногда права других лиц не прекращались и после того, как их вещь стала частью чужой сложной вещи. С другой стороны, соединенные части подчинялись праву, установленному на целое.

(3) Наконец, третью группу составляли совокупности отдельных вещей - *universitates rerum distantium*, материально не связанных, соединенных только одним общим назначением и именем, например стадо, легион. Это - временные хозяйственные или организационные объединения вещей или лиц.

В таких случаях предметами правоотношений могли быть лишь отдельные вещи, входившие в целое. Однако, уступая требованиям оборота, римляне допускали в области прав на эти вещи также и влияние целостного представления; например, собственник стада мог истребовать все стадо, доказав право собственности на большую часть отдельных животных, ответчику же предоставлялось доказывать, что остальные не принадлежали истцу; при узупрукте и залоге стада управомоченный должен был нормально эксплуатировать именно все стадо, пополняя убыль из приплода или путем прикупки, убоя и отчуждения негодного материала.

157. Вещи главные и побочные. Вещами побочными или придаточными (*accessorium*) являлись вещи, определенным образом зависящие от главной вещи и подчиненные юридическому положению последней. Основными видами побочных вещей считались: части вещи, принадлежности и плоды.

Части вещи не имели юридически самостоятельного существования. Когда вещь в целом являлась объектом юридической сделки, то последствия этой сделки распространялись и на все части вещи. Объектом самостоятельных сделок часть вещи могла быть лишь в случаях своего отделения от целого. Таким образом,

нахождение составных частей в составе главной вещи подчиняло их ее юридическому положению и прежние юридические отношения по поводу частей считались прекратившимися, пока длилось их соединение. Римляне проводили следующие различия: а) если соединение сопровождалось изменением сущности включенной вещи или нераздельностью полученного соединения, то права на присоединенную вещь прекращались навсегда для ее собственника, например растворенное вино; б) если ни присоединенная, ни главная вещь не меняли своей сущности, а совокупная вещь, сверх того, не становилась нераздельной, то при выделении вещи, присоединенной к главной, восстанавливалось прежнее юридическое положение присоединенной вещи.

Так, согласно законам XII таблиц, при застройке чужого бревна в здание собственник не мог требовать выделения бревна из чужого дома, пока собственник дома сам не разберет его и не выделит бревна. Тогда бревно снова признавалось собственностью прежнего хозяина и становилось самостоятельным объектом иска (*actio de tigno iuncto, rei vindicatio*).

Принадлежностью называется вещь, связанная с другой (главной) вещью не физически, а экономически: главная вещь не считается незаконченной, если от нее отделена принадлежность; принадлежность также может существовать отдельно от главной вещи; однако лишь при совместном использовании той или другой вещи достигается хозяйственный результат (например, замок и ключ).

Ввиду самостоятельного физического существования, принадлежность может быть предметом самостоятельных прав на нее. Однако при отсутствии специальных оговорок заинтересованных лиц все правовые отношения, устанавливаемые на главную вещь, считаются распространяющимися (ввиду хозяйственной связи между обеими вещами) и на принадлежность к ней (отсюда афоризм: "принадлежность следует судьбе главной вещи").

Плоды. Плодами естественными считались прежде всего органические произведения вещей, постоянно и регулярно получаемые от эксплуатации плодоприносящих вещей, без изменения их хозяйственного назначения, в мире как растительном (огороды, деревья), так и в животном (шерсть, молоко).

Охота на водных и земельных пространствах составляла плод участков, если они специально были отведены для охоты. Относительно недр земли мнения классиков расходились, но большинство относило продукцию недр земли к плодам. Право Юстиниана стало на ту же точку зрения и относило к плодам продукцию каменных карьеров, что было в духе охватившего ту эпоху интереса к монументальному строительству.

Плоды делились на: а) *fructus pendentes* - плоды, еще соединенные с производящей их вещью; б) *fructus separati* - плоды, уже отделенные от производящей их вещи; в) *fructus percepti* - плоды, не только отделенные, но и захваченные кем-либо для себя или для другого. Они, в свою очередь, подразделялись на *fructus exstantes* - плоды, наличные в натуре, и *fructus consumpti* - плоды потребленные, переработанные или отчужденные. Различали еще категорию плодов - *fructus percipiendi*, не собранных по упущению, но подлежащих сбору при правильной хозяйственной эксплуатации вещи.

Юридическое значение понятия плодов и различия их видов заключалось в различии их правовой судьбы при наличии права собственности, какого-либо иного права на плодоприносящую вещь или при установлении особых правоотношений по поводу такой вещи (п. 199).

При истребовании вещи собственником путем индикационного иска наличные плоды всегда подлежали возвращению собственнику вместе с вещью. За потребленные же плоды добросовестный приобретатель ответственности не нес. Это ограничение прав собственника вещи было объяснено на основе анализа римских источников Л.И. Петражицким, доказавшим, что, ограждая добросовестного владельца от требований по поводу потребленных им плодов, римское право стремилось обеспечить устойчивость хозяйственных отношений, охранить лицо, неправоммерно, но

добросовестно владевшее чужой вещью, от обременительной обязанности возмещать доходы, которые были, может быть, давно потреблены в ошибочной уверенности, что они принадлежат тому, кто их потребил.

Доходы. Юридическое понятие плодов было римскими юристами расширено и обнимало всякий регулярный доход, как приносимый вещью естественным путем, так и получаемый на основании особых правоотношений по поводу плодоприносящей вещи, например проценты, получаемые с капитала.

158. Имущество. Постепенно римляне пришли к представлению об объединенных хозяйственным назначением целых имущественных комплексах.

Самое раннее обозначение имущества гражданина дано в законах XII таблиц термином *familia rescupiaque* - первоначально совокупность рабов и скота (*pecus-rescupia*). Позднее *familia* обозначала и всю совокупность имущества. В гражданском праве укрепилось понятие имущества, добытого трудами домовладыки - *patrimonium* (отчины), переходящего с соответствующими культовыми обязанностями к наследникам.

В преторском праве иногда употребляется термин "отцовское и дедовское добро" (*bona paterna avitaque* - в формуле объявления лица расточителем). Но, конечно, понятие имущества обнимает собой все то, что принадлежит данному лицу, независимо от того, само лицо приобрело это имущество или имущество досталось ему по наследству. При жизни собственника его добро - *bona* - гарантирует кредиторов в платеже долгов. Отсюда Павел сделал вывод, что имуществом каждого лица считается то, что остается после удовлетворения кредиторов, за вычетом долгов. Как некоторое обособленное имущество рассматривалось имущество, выделенное домовладыкой в пользу раба или подвластного для самостоятельного хозяйствования и управления (так называемый *пекулий*, см. п. 117).

159. Вещи в обороте и вне оборота - *res in commercio et res extra commercium*. Римские юристы различали вещи в обороте, *res in commercio*, и вещи вне оборота, *res extra commercium*. К первой категории относились все вещи, составляющие объекты частной собственности и оборота между отдельными людьми. Выражение *in commercio esse* означало, что такие вещи могли быть предметами мены, оборота по оценке - *aestimationem recipiunt*.

Внеоборотными вещами - *res extra commercium* - считались такие вещи, которые или по своим естественным свойствам, или в силу своего особого назначения не могли быть предметами частных правоотношений: *res quarum commercium non est* (D. 18. 1. 16. pr.). Классические юристы признавали группу вещей *omnium communes*, а в Институциях Юстиниана повторили, что есть вещи, которые согласно естественному праву принадлежат всем. Сюда относились: а) воздух, б) текучая вода и в) моря со всем, что в них водится.

Другую группу внеоборотных вещей составляли публичные вещи (*res publicae*). Основным и единственным хозяином публичных вещей считался римский народ.

Имущества общин-городов (*civitates*) на практике также назывались *res publicae*. Таким образом, *res publicae*, во-первых, служили по воле государства или общин удовлетворению их потребностей как носителей власти. Во-вторых, *res publicae* служили источником государственных доходов и покрывали фискальные нужды - *in patrimonio populi vel fisci* - в имуществе народа или фиска. Сюда входили общественные здания и укрепления, служившие целям управления и защиты.

Следующую категорию публичных вещей составляли вещи, назначенные для общего пользования всех граждан государства или общины и служившие для удовлетворения общественных потребностей и целей, - *res universitatis*. Сюда относились, прежде всего, публичные дороги и реки.

Реки делились римлянами на *flumina publica* и *privata*, в зависимости от того, пересыхали ли они на известное время года или нет. К публичным относились непересыхающие реки, т.е. реки, на которых было возможно постоянное

судоходство. В случаях, когда реки пересыхали или покидали свое русло, последнее переходило в собственность прибрежных владельцев.

Помимо публичных рек и дорог, римские источники относили в группу вещей общего пользования театры, стадионы, бани и пр. - *quae in usu publico sunt*. Пользование этими вещами предоставлялось всем гражданам.

Наконец, вне оборота были *res divini iuris* - вещи божеского права, которые не были способны быть предметом чьего-либо гражданского права. Сюда относились вещи, посвященные богам (*res sacrae*), - храмы, богослужебные предметы (Гай. 2. 9); места погребения членов рода, семьи, отдельного человека и даже раба - *res religiosae* (Гай. 2. 4) Наконец, публичное право считало *res sanctae* городские стены и ворота каждой общины. Они принадлежали городу, но в оборот могли поступить только после срытия (Гай. 2. 8). В праве Юстиниана было допущено отчуждение священных вещей - *res sacrae* - для выкупа пленных или уплаты церковных долгов.

§ 51. Виды прав на вещи

160. Из прав на вещи раньше всех оформилось владение, за которым стоит право частной собственности. И то и другое понималось юристами-классиками как непосредственное господство над вещью, направленное прямо на вещь, без чьего-либо посредства - *ius in re*. Когда же вещь не принадлежала самому заинтересованному лицу, но он притязал на пользование вещью, принадлежавшей другому лицу (*res aliena*), то возникали права, называемые позднейшими юристами *iura in re aliena*, права на чужую вещь.

Этим определяется порядок дальнейшего изложения. В следующих главах будут рассмотрены: а) владение, б) собственность и в) права на чужие вещи.

Глава 15

ВЛАДЕНИЕ (POSSESSIO)

§ 52. Понятие владения

161. История возникновения. Понятие владения возникло первоначально в отношении земли.

Старое гражданское право для выражения понятия владения пользовалось термином *usus* - пользование, дополняя его извлечением плодов - *usufructus*. Этот комплекс представлял реальное и почти полное господство домовладыки над отведенной ему индивидуально во владение землей и своим манципием (п. 152). В случаях самостоятельного осуществления им такого пользования, последнее приводило, по законам XII таблиц, по истечении двухлетнего срока, к признанию за ним права собственности по давности - *usucapio*.

Римские юристы - классики (Лабейон, Павел) этимологически производили слово владение - *possessio* от *sedere* - сидеть, оседать, а самое владение описывали как *positio* - поселение (на земле). Они связывали таким образом владение с освоением земли родами и видели в нем естественное выражение непосредственного и властного отношения к земле, по-гречески *katoche*.

Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katochen dicunt (D. 41. 2. 1).

(Владение было названо, как говорит и Лабейон, от оседаний, (будучи) как бы поселением, так как оно естественно удерживается тем, кто на нем стоит, что по-гречески называется *katoche*.)

В этом же тексте владение представлено с исторической точки зрения как отношение, предшествовавшее собственности и породившее ее.

Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait (D. eod. 2).

(Нерва-сын говорит, что и собственность на вещи произошла от естественного владения.)

В классовом обществе, однако, это "естественное" владение получило правовую защиту.

162. Определение владения. Из сказанного видно, что владение есть прежде всего реальное господство лица над вещью, вытекающее из фактического, физического отношения лица к предмету владения. Лицо стоит или сидит на земле, оно держит вещь. Это состояние, однако, должно быть не преходящим, а представлять упрочившееся отношение лица к вещи; тогда оно может обеспечиваться от нарушений со стороны других лиц и получает защиту (см. п. 179 и сл.).

Из признания реального господства над вещью основным признаком владения вытекало далее, что это господство распространяется целиком на всю вещь в совокупности всех ее свойств и отношений. Поэтому невозможно одновременное владение одной и той же вещью со стороны двух или нескольких лиц; допустимо только их владение в идеальных, нераздельных частях.

С другой стороны, материальный характер владения исключал возможность для лица владеть сразу совокупностью отдельных вещей (п. 156); в этих случаях владение осуществляется в отношении каждого отдельного предмета (лошади, раба-актера или хориста), входящего в состав совокупности вещей (*universitas rerum distantium*).

163. Элементы владения. Анализируя состав фактического отношения лица к вещи при владении, римские юристы различали два элемента: а) субъективный - *animus possidendi* - намерение или воля владеть вещью, для себя, на себя и б) объективный - *corpus possessionis* - реальное господство над предметом владения.

Наличие первого элемента не требует особых форм проявления, а всегда предполагается, если существует второй, т.е. фактическое господство лица над вещью. Это предположение, что владеющий вещью имеет волю владеть ею на себя, может быть, однако, опровергнуто особым доказательством противного. В спорных случаях обращаются к основанию приобретения владения, к его *causa* (п. 171).

Второй (объективный) момент владения *corpus possessionis* в первоначальном своем значении представлял физическое соприкосновение лица с вещью, материальное или телесное проявление господства и власти над ней. В отношении движимых вещей это был захват и держание их рукой - *manu capere, tenere*, в отношении же земельных участков, кроме вступления на участок, оседания и освоения (*stare и sedere*), также - отграничение земельных участков от соседних или принятие мер по их охране, так называемый *custodia*.

164. Владение и собственность. Владение как внешнее материальное отношение господства лица над вещью представляет наглядное проявление права собственности. В этих случаях оно выступает как соединенное с собственностью; владеющий собственник, осуществляющий свои права и полномочия, является типичной фигурой оборота, охраняемой правом. Как будет показано в главе о праве собственности, владение является образующим признаком возникновения, осуществления, прекращения и защиты права собственности, почему иногда на практике оба понятия смешиваются, что, конечно, недопустимо с юридической точки зрения.

Владение может появляться вне всякой связи с правом собственности и быть даже его нарушением. Римские юристы говорили даже, что собственность не имеет ничего общего с владением - *nihil commune habet proprietas cum possessione* (D. 41. 2. 12).

Лицо, приобретшее каким-либо образом чужую вещь, будет отвечать перед собственником как владеющий несобственник. Тем не менее римское право охраняло и владение само по себе и не допускало произвольных его нарушений, независимо от оснований его возникновения. Владельческое отношение признавалось правовым и охранялось преторскими интердиктами, что приводило иногда к тому, что ими пользовались лица, неправомочно установившие свое владение. Поэтому юристы-классики нередко отделяли владение и противопоставляли его собственности, рассматривая его как особое правоотношение,

независимое от собственности и охраняемое особыми облегченными средствами защиты.

§ 53. Виды владения

Римские юристы различали несколько видов владения.

165. Цивильное владение - *possessio civilis*. Начало цивильному владению было заложено еще до издания законов XII таблиц, которым уже известны особые сроки для обращения владения в право собственности - *possessio ad usucapionem* - для приобретения права собственности по давности владения. В древнейшем праве от цивильного владельца требовалось, чтобы он был самостоятельным лицом - *persona sui iuris*. Если он располагал имущественной дееспособностью и проявил в отношении своего владения требуемые элементы намерения и фактического господства, то получал для защиты и охраны его владельческие интердикты - *possessio ad interdicta*.

Главным случаем цивильного владения являлось владение *patrisfamilias* собственно на себя, на свое имя, причем уверенности в своем праве собственности - *opinio dominii* не требовалось. Бывали и случаи, когда даже явно неуправомоченные лица, как вор и грабитель, считались лицами, владеющими для себя, и защищались как таковые. Подвластные осуществляли *corpus* владения для домовладыки, кто бы он ни был и хотя бы он даже не знал об этом.

166. Посредственное владение. Владению римляне противопоставляли нахождение вещи во владении, держание ее - *in possessione esse, tenere*. Это было фактическое осуществление владения за других лиц на почве экономической зависимости от них: это было *naturalis possessio*. Оно не признавалось владением и характеризовалось как держание, т.е. хотя это и было фактическое воздействие на вещь, но без признания правом за держателем воли владеть вещью на себя. Такое отношение выражало противоречие интересов обеспеченных и необеспеченных слоев свободного гражданства. Существовал ряд безвозмездных договоров, в силу которых одни лица осуществляли для других владение, которое по усмотрению последних, как настоящих господ владения, могло быть прекращено в любой момент. Так, давший поручение относительно вещи (мандат) или отдавший вещь на хранение (депозит) или предоставивший вещь в пользование (ссуда) могли в любой момент взять обратно свое поручение, потребовать возвращения сданной на хранение или ссуженной вещи. Для римского права поверенный (мандатарий), поклажеприниматель (депозитарий) и ссудоприниматель (коммодатарий) представлялись простыми держателями - они были экономически и социально слабейшими (например, вольноотпущенники сравнительно с патронами). Они владели "для других".

Так развивалось представление о посредственном владении. При этом, однако, посредники считались только держателями, те же, для кого они служили посредниками в осуществлении владения, признавались владельцами. Отношение держания укрепилось в обороте и было распространено и на возмездные договоры найма земли, жилищ, движимых вещей, а также на случаи предоставления пожизненного пользования на такие же объекты. За перечисленными категориями держателей признавалось право извлечения плодов и пользования, но всегда с оговоркой - по воле собственника, *voluntate domini*.

Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus per eos quoque, apud quos deposuerimus aut quibus commodaverimus aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur... quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem... si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus (Гай. 4. 153).

(Мы считаемся владеющими не только (тогда), когда владеем сами, но и когда кто-нибудь находится во владении от нашего имени, хотя бы он не был подчинен нашей власти, каковыми являются арендатор и жилец, а также через тех, у кого мы сложили или кому ссудили (вещи) или кому безвозмездно предоставили жилище, мы

считаемся владеющими лично сами... так что даже многие считают владение удерживаемым одним намерением... если только мы не намерены покинуть владение, а только уйдем отсюда, чтобы позднее вернуться.)

Последняя фраза Гая сводит волю владеющего посредственно к сохранению за собой намерения вернуться к объекту при предоставлении его на время в полное распоряжение держателя, почему большинство юристов считало, что надо охранять и владельца, пассивно относящегося к вопросам своего хозяйствования.

167. Преторское владение. Практика претора предоставляла еще до истечения срока давности владельцу защиту интердиктами - *possessio ad interdicta* - владение приводило к интердиктам (п. 180). В итоге развития эта защита предоставлялась всякому, кто осуществлял фактическое господство над вещью, при наличии обоих элементов владения - *animus* и *corpus possidendi*. Таким считалось всякое владение на себя, осуществляемое не только лично и непосредственно, но и через управляющих, держателей и других посредников. *Beati possidentes* - блаженны владеющие.

Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet (D. 43. 17. 2).

(В этом интердикте (*uti possidetis*) никакого значения не имеет, является ли владение законным или незаконным в отношении прочих лиц; ведь любой владелец тем самым, что он является владельцем, имеет больше права, чем тот, кто не владеет.)

Павел подтверждает недопущение при владельческом интердикте постановки вопроса о правомерности или неправомерности владения в отношении прочих лиц, кроме самих спорящих сторон, оставляя место лишь рассмотрению фактов и исключая всякие правовые вопросы. Мотивировка юристом положения, что самый факт владения сообщает владельцу больше права, чем лицу не владеющему, подразумевает признание преторским правом за фактами значения основания права владения.

Приведенное Павлом различие правомерного и неправомерного владения - *possessio iusta* и *iniusta* - имело двоякий смысл. Первое - *possessio iusta* - признавалось при наличии какого-либо юридического основания и противопоставлялось владению неправомерному, лишенному всякого юридического основания, как у вора или грабителя. В другом смысле *possessio* считалась *iniusta* - неправомерным владением лишь в тех случаях, когда оно осуществлялось кем-либо неправомерно, злоумышленно или порочно, вопреки воле предшествующего владельца - "порочное владение" (*vitiosa possessio*). Сюда относились случаи, когда владение отнималось у предшествующего владельца насильственно или тайно - *possessio violenta*, *possessio clandestina*, или удерживалось, несмотря на требование возврата, прекаристом - *possessio precaria*.

Владение неправомерное (*iniusta*) могло быть одновременно недобросовестным, а именно, если владелец знал или должен был знать о неправомерности своего владения, или добросовестным, если он не знал и не должен был знать об этом.

168. Случаи предоставления владельческой защиты держателям. Римское право знало, однако, и таких держателей, которые в собственных интересах охранялись путем интердиктной защиты. Владение как бы раздвоялось: одни владели для давности - *ad usucapionem*, другие для защиты - *ad interdicta*. Сюда относились:

(1) Залоговые кредиторы (п. 406), как правило принадлежавшие к классу землевладельцев и ростовщиков, получавшие до уплаты долга вещи должника в залог, рассматривались как юридические владельцы, хотя хранили вещи для залогодателя. По уплате обеспеченного залогом долга они обязаны были вернуть вещь, находившуюся в их временном владении, по принадлежности. Практические интересы залогодателей по продолжению давностного владения, начатого до установления залога, обеспечивались фикцией, что владение для них

осуществлялось залогодержателем.

Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet (D. 41. 3. 16).

(Тот, кто отдал в залог, владеет только для давности.)

(2) Пережитком прежних аграрных отношений было признание юридическим владельцем того, кто владел вещью прекарно, до востребования (п. 474).

Основания, по которым защищалось прекарное владение, являвшееся по существу простым держанием, не могут считаться выясненными.

(3) Юридическими владельцами считались также и секвесторы, т.е. лица, которым отдавались на хранение предметы, по поводу которых велся судебный спор (п. 484). Очевидно, основанием предоставления таким лицам владельческой защиты служила неизвестность (до решения спора о вещи), для кого держит секвестор спорную вещь и кто должен считаться ее владельцем.

§ 54. Приобретение владения

169. Характер приобретения. Приобретение владения всегда устанавливается впервые и самостоятельно самим лицом, желающим владеть предметом. Все способы приобретения владения в классическую эпоху представлялись римским юристам как первоначальные, всегда осуществлявшиеся впервые приобретателем. "Мы приобретаем владение через нас самих" (*per nosmet ipsos*) - утверждал Павел (D. 41. 2. 1. 2). Это, конечно, не исключало помощи и содействия подвластных и рабов римского домовладыки, но владение возникало только в лице последнего. Требовалось лишь, чтобы оба элемента владения - волевой и материальный (п. 163) - были осуществлены им или для него самого. В тех случаях, когда приобретение владения облегчалось тем, что шло от лица, уже осуществившего владение, путем передачи предмета владения, можно было говорить о производном владении. Но и в этих случаях не признавалось никакого преемства и тождества между старым и новым владением. Объем и содержание последнего определялись собственными фактическим господством и волей нового владельца.

170. Завладение (*apprehensio*). Общим термином для акта установления фактического господства над вещью было завладение, *apprehensio*. В нем явственно выступал момент материального захвата, осуществляемый *corpore*. Особенно широкое поле для применения его как преимущественно первоначального способа приобретения владения открывало приобретение никому не принадлежащих движимых вещей - *res nullius* - и диких животных, *ferae bestiae*, населяющих природу. В этих случаях акт владения сводился к окончательному захвату их в руки или к преследованию и поимке их. Так, диким зверем завладеть можно не путем ранения, а по окончательной поимке, так как в промежуток времени после ранения может случиться много такого, что помешает поймать зверя (D. 41. 1. 5. 1).

Поимка и захват должны быть окончательными, обеспечивающими фактическое господство, т.е. обычное в жизни положение владельца, согласно экономическому назначению данной вещи. В случаях споров о совершенном захвате он доказывается на основании всей совокупности обстоятельств и воззрений оборота и сводится к установлению волевого и материального моментов владения.

Волевой момент, как указано выше (п. 163), всегда предполагается: раз было проявлено внешне намерение иметь вещь для себя, остается доказать лишь материальный элемент, приведя соответствующие факты.

Probatio... possessionis non tam in iure, quam in facto consistit, ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam (Sent. Pauli. 5. 11. 2).

(Доказательство... владения состоит не столько в праве, сколько в факте, поэтому для доказательства достаточно, если я материально держу вещь.)

Эти факты, из которых возникло и на которых обосновано владение лица, назывались юристами *causa possessionis*, т.е. основанием владения. Они служили вместе с тем и для определения и волевого элемента владения (например, организация охраны и т.п.).

171. Неизменяемость основания владения. В случаях первоначального приобретения владения вещью, не состоявшей ни в чьем владении, факт завладения связан, естественно, с волей владеть на себя, т.е. основание владения (*causa possessionis*) заменяет другое проявление воли. Гораздо сложнее вопрос, когда владение устанавливается на основании каких-либо соглашений с предшествующим владельцем. Характер этих соглашений определяет, порвал ли последний окончательно свое владение вещью, чтобы всецело уступить место новому владению (например, при продаже) или наоборот (сдача в наем, в ссуду или на хранение). В приведенных отношениях *causa possessionis* создает для нового владельца равное положение: или гражданского владельца, или простого держателя (п. 166). Определившееся из основания *causa possessionis* положение владельца или держателя не может быть изменено самим обладателем вещи: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* - никто не может изменять себе основания владения. Перемена намерения держателя не может превратить его во владельца.

Таким образом, только фактическими действиями против владельца держатель может изменить основание своего отношения к вещи (первоначальным способом) или установить иное путем соглашения с владельцем (производным способом).

172. Передача владения (*traditio*). Приобретение владения считается всегда первоначальным (см. п. 169), даже если владение передается одним лицом другому. Для приобретения владения в любом случае требуется наличие у приобретающего владения обоих его элементов - *animus possessionis* и *corpus possessionis*:

...et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore (D. 41. 2. 3. 1).

(...и приобретаем мы владение посредством материального и волевого элементов, а не одним материальным или одним волевым элементом.)

Si venditorem quod emerem deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quam quam id nemo dum attigerit (D. 41. 2. 18. 2).

(Если я прикажу продавцу сложить купленный у него товар в моем доме, несомненно, я уже владею, хотя, впрочем, до тех пор, пока никто не захватит его.)

Однако, если владение переходит от одного лица к другому по их обоюдному согласию (посредством передачи), тем самым облегчаются требования в отношении *corpus possessionis* и *animus possessionis* нового владельца.

(1) При приобретении движимых вещей от прежнего владельца с его согласия достаточно было, чтобы вещи были перемещены отчуждателем в дом приобретателя и находились там под охраной.

По аналогии способом передачи товаров считалась передача ключей от помещений, где находились проданные товары. Она рассматривалась как установление власти над всем, что находится в запертом помещении.

Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sunt: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, et si non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur (Pap. D. 18. 1. 74).

(Владение товарами, сложенными в складах, представляется переданным с передачею ключей, если последняя была совершена при складах. Этим путем покупатель немедленно приобретает и собственность, и владение, если даже и не откроет складов. Поэтому, если товары окажутся не принадлежавшими продавцу, давность немедленно начнется в пользу покупателя.)

Требовалось, чтобы передача ключей происходила перед складами, чем подчеркивается наличие товара - *praesentia* - и момент свободного доступа к передаваемому объекту.

Благодаря постоянному фактическому содействию подвластных и рабов римские владельцы могли вдали от своего домицилия через них осуществить передачу.

Possessionem... adquiri per eos (servos), quos in provincia habemus (D. 41. 2. 1. 14).

(Приобретать... владение через тех (рабов), которых имеем в провинции.)

(2) Точно так же при приобретении владения недвижимостями от предшествующих владельцев требование полного материального овладения ослаблялось допущением частичного овладения, при полноте знания плана и границ имения.

(Non accipiendum est) ut qui fundum possidere velit omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere (D. 41. 2. 3. 1).

((Не следует полагать), что желающий владеть имением должен обойти каждый участок поверхности: но достаточно войти на какую-либо часть этого имения, только бы он оставался мысленно в намерении, что хочет овладеть им всем до самых границ.)

Продавцу при отчуждении недвижимости достаточно было показать покупателю передаваемый участок с соседней башни, чтобы совершить акт передачи участка.

Aut si vicinum mihi fundum mercatum venditor in mea turre demonstrat vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intullessem (D. 41. 2. 18. 2).

(Если при покупке продавец покажет мне соседний участок с моей башни и скажет, что передает свободно владение, то я начинаю владеть точно так, как если бы и обошел границы.)

Те случаи, когда прежний владелец, не передавая предмета, лишь указывает на него приобретателю, получили название "передачи длинной рукой" (traditio longa manu).

В приведенных случаях обмен волеизъявлений между владельцами сопутствует акту упрощенной передачи. Но иногда выражение и изменение воли могло также предшествовать или следовать за установлением фактического господства над вещью.

(3) Право Юстиниана пошло дальше по пути облегчения передачи владения и стало пользоваться наличным материальным отношением к вещи, чтобы изменять его значение путем выражения соответствующих намерений сторон. Оно ввело traditio brevi manu - передачу короткой рукой (сокращенно). Прежний держатель с согласия прежнего владельца становился сам владельцем, что бывало, например, когда наниматель покупал вещь у наймодателя.

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio (D. 41. 1. 9. 5).

(Иногда достаточно даже одной голой воли собственника, без передачи владения, чтобы перенести владение вещью, например, если я продам тебе вещь, которую ссудил, или сдал тебе в наем, или положил у тебя на сохранение. Ведь хотя бы я и не передал ее тебе на новом основании (продажи), однако тем самым что я допускаю нахождение ее у тебя на основании покупки, я делаю ее твоею.)

Наряду с этим некоторые классики сформулировали еще один способ приобретения владения, при сохранении материального момента, но путем изменения волевого элемента. Это бывало в тех случаях, когда собственник продавал кому-нибудь вещь и одновременно брал ее у покупателя в наем, не выпуская вещи из рук. В средневековом праве этот способ получил название constitutum possessorium (от constituere - устанавливать).

Quod meo nomine possideo possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio (D. 41. 2. 18. pr.).

(Тем, чем я владею от своего имени, я могу владеть и на чужое имя; ведь я не меняю основания своего владения, но перестаю владеть и делаю при моем содействии владельцем другого.)

Эта мысль Цельза не встречала сначала поддержки у современников, и Гай, Марцелл и Павел прямо отрицали возможность приобретения владения одним актом воли. Позднее отношение изменилось; в праве Юстиниана были устранены все сомнения, и этот способ дополнил виды передачи.

173. Самовольный захват владения. Более сложным вопрос представлялся в тех случаях, когда выступало постороннее лицо и завладевало участком в отсутствие и без ведома владельца. Самовольный захватчик, по воззрению Ульпиана, насильственно (*vi*) нарушивший существовавшее до тех пор владение, окончательно приобретал владение только в том случае, если прежний владелец, узнав об этом, не оспаривал захвата, или если и оспаривал, то без успеха. С более древней точки зрения Лабеона признавалось за таким захватчиком только тайное владение - *possessio clandestina*, которое становилось сразу недействительным, если прежний владелец оспаривал его.

Насильственное вытеснение владельца из земельного участка не прекращало его владения, если его подвластным удавалось удержаться на нем.

Si quis me vi deiecerit, meos non deiecerit... per eos retineo possessionem, qui deieci non sunt (D. 43. 16. 1. 45).

(Если кто-нибудь насильственно изгнал меня, но не изгнал моих (подвластных)... я удерживаю владение через тех, которые не были изгнаны.)

174. Приобретение владения через других лиц. Приобретение владения домовладкой через подвластных ему лиц вытекало из строения римской *familia*. Приобретение владения через третьих свободных лиц получило признание лишь в эпоху классической юриспруденции. Одной из причин этого является то обстоятельство, что в этот период крупную роль в ведении хозяйства богачей играли вольноотпущенники. *Per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* - мы приобретаем через любое лицо, раз мы желаем владеть.

Значение воли хозяина при приобретении подчеркивал Павел:

Possessionem adquirimus animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno (Paul. S. R. 5. 2. 1).

(Мы приобретаем владение, только если имеем сами волю владеть, фактическая же сторона владения может осуществляться или нами самими, или посторонними.)

Посторонний мог или непосредственно приобрести владение для другого, или сделаться сам владельцем с тем, чтобы позже передать вещь другому. Приобретение владения через постороннего предполагало, что: а) последний подчинил вещь своему господству, б) имел намерение приобрести владение для другого лица, и в) этим другим лицом была изъявлена воля приобрести владение через постороннее лицо. Это выражение воли могло предшествовать владению в виде поручения приобрести владение или следовать за ним, в виде одобрения. Юристы-классики признавали наличие всех этих условий за управляющим, прокуратором в назначенном ему кругу дел, а также за опекуном при опеке.

Per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est (Paul. S. 5. 2. 2).

(По соображениям полезности было установлено, что мы можем приобрести владение через прокуратора.)

В таком же смысле высказывался Нераций (D. 41. 1. 13; D. 41. 3. 41). За возможность приобретения владения через любое свободное лицо *per liberam personam* категорически высказывались Ульпиан (D. 41. 1. 20. 2) и Модестин (D. 41. 1. 53). Такое широкое обобщение объяснялось фактическим характером самого владения. Привлечение третьих (посторонних) лиц к приобретению владения было

допущено раньше, чем в сложных процессуальных отношениях. Императорские конституции и право Юстиниана лишь завершили укрепившуюся практику.

§ 55. Прекращение владения

175. Общие положения. О потере владения имеется текст, приписываемый Павлу:

...(quemadmodum) nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est (D. 41. 2. 8).

(Как никакое владение не может быть приобретено иначе, как намерением и материально, так никакое владение не теряется иначе, как с утратой намерения и прекращением материальной связи с вещью.)

Мысль Павла слишком категорически требует для потери владения отпадения каждого из элементов владения (волевого и материального), другими словами, отказа от намерения владеть и одновременного прекращения фактического осуществления. В такой формулировке мысль Павла сужает понятие потери владения, так как предполагает активность только самого владельца. Между тем для потери владения характерно влияние ряда внешних обстоятельств и намерений третьих лиц, действующих без ведома и даже против воли владельца.

Если переводить в тексте Павла слово *utrumque* как "одно из двух", то это привело бы к признанию отказа от одного из элементов достаточным для потери владения, что оправдывается только в приведенном выше исключительном случае установления *pudo animo*, так называемого *constitutum possessorium*.

Правильное учение о потере владения можно вывести, различая случаи недобровольной потери владения, когда достаточно утраты фактического господства - *solo corpore*, и обратные случаи добровольной утраты, когда требуется утрата владения *corpore et animo*, т.е. обоих элементов. Рабовладельческая организация хозяйства давала владельцам все средства, чтобы задержать недобровольную потерю владения. Считалось, что все держатели, находившиеся под властью римского домовладыки, всегда оставались орудиями его власти и исполнителями воли.

Пока они оставались во владении вещью, оно сохранялось за их хозяевами. Только собственная нераспорядительность хозяев полагала конец их владению.

176. Недобровольная утрата владения. Недобровольная утрата владения в пользу другого лица могла происходить путем длительной потери материального господства над вещью. Случайная потеря вещи в определенном месте или помещении, блуждание скота по окрестности не влекли потери владения, так как эти временные перерывы легко устранялись при тщательном розыске. Похищение движимых вещей путем кражи, побега и укрывательства беглых рабов прекращали материальное господство владельца, но тайным для него образом. Прочное завладение земельным участком прекращало владение при применении захватчиком насилия. Оставление имущества владельцем без обработки и в пренебрежении также влекло прекращение владения.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore affuerit (Гай. 2. 51).

(Каждый может без насилия приобрести владение также чужим имением, которое пустует, или вследствие небрежности собственника, или потому, что собственник умрет, или будет долгое время отсутствовать.)

Делались попытки дать и положительные признаки осуществляемого и потому не теряемого владения в отношении движимостей и недвижимостей. Их искали в огораживании участков, установлении охраны - *custodia*, другими словами, во всяком действии, подтверждающем господство над вещами.

Nerva filius res mobiles, excepto homine quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possumus (D. 41. 2. 3. 13).

(Нерва-сын (считал), что движимые вещи, за исключением раба, пока они находятся под нашей охраной, до тех пор находятся во владении, т.е. пока мы можем, если пожелаем, осуществить естественное владение.)

Таким образом, главным средством сохранения владения от потери считалась хозяйственная организация его охраны и ограждения. Отсюда вывод, что всякое вообще упущение хозяина с этой стороны приравнивалось к его отказу, к прекращению владения, и владение лишалось защиты. Относительно рабов и колонов юристы соблюдали презумпцию, что они всегда являлись выразителями воли хозяина.

177. Смерть владельца. Прекращение владения всегда наступало в случае смерти владельца, и его наследники должны были вновь осуществить и обосновать весь состав владения в своем лице.

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet (D. 41. 2. 23. pr.).

(Когда мы назначены наследниками, к нам, после принятия наследства, переходят все права. Владение, однако, не касается нас, если не будет захвачено естественным путем.)

178. Прекращение владения, осуществляемого через постороннее лицо. Из общих правил приобретения владения через посторонних лиц право Юстиниана вывело правила и о его потере в этих случаях. Владение прекращалось при нахождении вещи у постороннего лица: а) по воле владельца, б) вследствие его смерти и в) при гибели вещи.

Если владелец был только вытеснен из владения, то последнее сохранялось, пока посторонние лица продолжали владеть для и за него. Потеря ими владения влекла за собой утрату владения хозяина в том случае, если для последнего была исключена возможность воздействия на вещь. Когда захватчик овладевал земельным участком в отсутствие лица, через которого владелец осуществлял свое владение, то захватчик становился владельцем только в том случае, если это лицо, узнав о завладении, терпело его или не могло восстановить потерянного владения. Если же это обуславливалось обманом или небрежностью самого лица, через которое осуществлялось владение, то владение сохранялось за прежним владельцем.

§ 56. Защита владения

179. Общий характер владельческой защиты. Владение защищалось, в интересах господствующих групп населения, путем решительных административных актов претора. Общей чертой средств этой защиты - интердиктов (см. п. 87) были нормирование владения как общественно признанного факта пользования вещами и недопущение вопросов права при разбирательстве дел о владении - *controversia de possessione*. Ни тот, кто желал охранить свое владение, ни тот, кто оспаривал его, не могли приводить правовых обоснований своих претензий. Природа владельческой защиты и интердиктов определялась тем, что они были продуктом административной деятельности претора. В данном случае эта деятельность не ставила себе задачи разрешения вопросов о правовом основании владения, а ограничивалась сохранением существующего фактического состояния, которое оказалось, таким образом, юридически защищенным. В этом отличие посессорной защиты от петиторной, при которой, наоборот, выяснялся вопрос о праве.

180. Виды владельческих интердиктов. Владельческие интердикты известны трех категорий:

(1) Интердикты, направленные на удержание существующего владения, - *interdicta retinendae possessionis*, в которых за лицом утверждалось осуществление владения и воспрещались какие-либо посягательства на его нарушения другой стороной.

(2) Интердикты о возвращении насильственно или тайно утраченного владения - *interdicta recuperandae possessionis*, с помощью которых вытребовалось и

возвращалось назад утраченное таким образом владение.

(3) Интердикты об установлении владения впервые - *interdicta adipiscendae possessionis* (например, в области наследования, см. п. 268). Интердикты этой категории носят особый квазивладельческий характер.

181. *Interdicta retinendae possessionis*. В число интердиктов, направленных на сохранение и удержание существующего владения, входили два: для недвижимостей - *interdictum uti possidetis* и для движимостей - *interdictum utrubi*.

Формула первого интердикта гласила:

Ait praetor: "Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altera possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto" (D. 43. 17. 1. pr.; Гай. 4. 110).

(Претор говорит: "Запрещаю применять насилие, - и впредь вы да владеете, как владеете (теперь) теми строениями, о которых идет спор, если это владение не является насильственным, тайным или прекарно полученным друг от друга".)

Строение формулы этого интердикта ясно определяет его характер. Претор исходит из существующего положения ("как владеете теперь"), запрещает насильственно изменять его в будущем, но ставит условием защиты, чтобы наличное владение не было порочным с точки зрения отношений сторон.

Гай утверждал (4. 148), что целью интердикта об утверждении владения - *uti possidetis* - было определить заранее роли сторон в будущем процессе о собственности, установить, кто из спорящих являлся невладельцем и потому должен был взять на себя роль истца и кто, как владелец, роль ответчика. Но Гай смешивал следствие с причиной. Последней было применение издревле этого интердикта для облегченной охраны владения патрициев и плебеев на общественных землях (*ager publicus*). Владельцы этих земель до конца республики не имели исков о праве собственности, а когда, после 111 г. до н.э., получили его, продолжали пользоваться интердиктом ввиду его быстроты и удобства.

Исторически интердикт по *uti possidetis* возник раньше интердикта *utrubi* об охране движимых вещей. Плавт упоминает последний в комедии, относящейся к 200 г. до н.э. По-видимому, спорящие приносили спорные вещи (приводили рабов) к претору, который и объявлял сторонам свой интердикт, в котором обычно обещал признать владение за тем из них, кто провладел вещью большую часть последнего года. Формула этого второго интердикта гласила:

Praetor ait: "Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni (nec vi nec clam nec precario ab altero) fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto" (D. 43. 31. 1. pr.; Гай. 4. 160).

(Претор говорит: "Запрещаю применять насилие: против того, у кого из двух этот раб, о котором идет спор, пробыл большую часть этого года, не будучи сам насильственно, тайно или прекарно отнят другим, чтобы тот отвел его к себе".)

Первое слово этого интердикта - *utrubi* (где из двух, у кого из двух) показывает, что он охранял не наличное владение во время издания интердикта, а то владение из двух претендующих на него сторон, которое продолжалось большую часть последнего года, считая от издания интердикта. Побеждает владелец, в доме которого типичный предмет спора (раб) пробыл во владении больше времени, чем у другой стороны. В силе остается условие, чтобы более продолжительное владение не было порочным по отношению к более короткому. Если же имела место такая порочность и владение рабом находилось в руках виновной стороны, то претор разрешал первому владельцу "отвести его к себе в дом". *Interdictum utrubi* осуществлял таким образом функцию возвращения утраченного владения, т.е. рекуператорную. В праве Юстиниана это действие *interdictum utrubi* было отменено, и он отличался от *interdictum uti possidetis* только объектом.

Оба интердикта об удержании владения Гай называет еще запретительными - *prohibitoria*, так как в формулах этих интердиктов содержалось преторское запрещение применять насилие - *vim fieri veto*, направленное против существующего

фактического положения и лица, осуществляющего его (Гай. 4. 142). Он характеризует их также как двусторонние - *duplicia*, так как в них претор обращался к обеим сторонам и оговоркой о незащите порочного владения угрожал виновной стороне, вместо защиты, потерей владения (Гай. 4. 156). Это двустороннее действие интердиктов соответствовало характеру власти претора (империй).

182. *Interdicta recuperandae possessionis*. Вторую группу владельческих средств защиты составляли рекуператорные интердикты. Они содержали условный приказ, обращенный только к одной стороне как ответчику, почему Гай в противоположность двусторонним интердиктам первой группы называет их простыми, *simplicia* (Гай. 4. 156). Приказ содержал предписание правонарушителю, активному насильнику возвратить (*restituere*) потерпевшему неправомерно отнятые объекты. В эту группу входили два интердикта: *de vi* и *de precario*.

Насильственное вытеснение из владения земельным участком давало изгнанному (*vi deiectus*) в течение года право требовать *interdictum di vi* о восстановлении владения, кроме случаев, когда последнее было опорочено обыкновенным насилием - *vis cottidiana* самого просящего защиты. Этому обыкновенному насилию во II - I вв. до н.э. стали противопоставлять вооруженное *vis armata* и с помощью приведенных рабов, *hominibus coactis*, - частое явление в эпоху рабских восстаний, революций и разгара борьбы групп внутри господствующей рабовладельческой верхушки. Преторы предоставляли защиту менее опасному для общественного спокойствия владельцу и, не обращая внимания на его обыкновенное насилие, давали интердикт против квалифицированного насильника. Ко времени Гая память об этой обстановке утратилась, и он мотивирует такой характер интердикта (Гай, 4. 155) реакцией против дикости и крайности вооруженного насилия - *propter atrocitatem delicti*.

Текст интердикта передан Гаем:

Recuperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ex possessione vi deiectus sit nam ei proponitur interdictum cuius principium est "unde tu illum vi deiecisti" per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario ab eo possideret namque eum, qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio (Гай. 4. 154).

(Интердикт о возвращении владения обычно дается, если кто-нибудь будет насильственно выгнан из владения; ведь ему предлагается интердикт, начало которого гласит: "откуда ты насильственно выгнал его", с помощью которого тот, кто выгнал, вынуждается восстановить ему владение вещь, если только тот, кто был выгнан, (сам) не владел от него вещь ни насильственно, ни тайно, ни прекарно. Ведь я безнаказанно изгоняю того, кто владеет от меня насильственно, или тайно, или прекарно.)

Истцом являлся всякий, кто утрачивал, вследствие насилия, юридическое владение земельным участком, а ответчиком, кто вытеснил истца, независимо от того, сохранялось ли владение за ним, или он переставал уже владеть. Третьи лица, получавшие насильственно отнятое имение, не подлежали действию интердикта. Ответчику предписывалось возвратить владение и возместить убытки. Насильственное отнятие третьим лицом в интересах другого, без его поручения или согласия, влекло ответственность инициатора вытеснения за все, что ему досталось. В случае подобного поручения или согласия давший его считался сам совершившим насилие.

В праве Юстиниана возражение о порочности владения вообще не допускалось, и *interdictum de vi* действовал неограниченно в течение года. Рядом появился *interdictum momentariae possessionis*, действовавший в течение 30 лет в пользу отсутствовавшего владельца в лице всех его заместителей и даже всякого гражданина (*interdictum popolare*) против того, кто в данный момент владел, хотя бы и не насильственно, имуществом. Оно подлежит немедленному возвращению.

Для возврата движимых и недвижимых вещей, предоставленных во временное пользование до востребования, служил интердикт *de precario* - о прекарном

владении. Давший в прекарий вещи истец имел то преимущество, что приказ о возврате не содержал оговорки о порочном владении, а потому был действительным и при недостатках владения самого просящего защиты.

Ait praetor: "Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur id illi restituas" (D. 43. 26. 2. pr.).

(Претор говорит: "Что ты имеешь от него, в качестве прекария, или чем по злему умыслу перестал владеть и о чем идет спор, то ты ему возвратишь".)

Ответчик по этому интердикту отвечал и в этом случае, если он умышленно перестал владеть объектом прекария, т.е. был не действительным, а фиктивным владельцем - *fictus possessor*.

§ 57. Владение правами

183. Кроме непосредственного владения вещью, возможны были случаи материального осуществления прав на чужие вещи - *iura in re aliena* (п. 216), например, проход по чужому участку, пользование плодами чужой вещи, и притом постоянное длительное осуществление владения, но в ограниченном объеме. Римские юристы допускали владельческую защиту этих отношений, называя их "как бы владением правом" - *iuris quasi possessio* (D. 8. 1. 20). Конечно, это было отступление от первоначального учения о материальности владения, но оно оправдывало применение владельческой защиты в области прав на чужие вещи и затем было использовано при рецепции римского права новыми законодательствами.

Глава 16

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

§ 58. Понятие собственности

184. Происхождение собственности. Каждому из пяти основных типов производственных отношений соответствует известная форма собственности. Право собственности во всякой системе права является центральным правовым институтом, предопределяющим характер всех других институтов частного права (договоров, семьи, наследования). Классическая римская собственность была высшим проявлением господства лица над землей и рабами. Однако выработка понятия права собственности происходила весьма медленно.

В доклассическое время не существовало общего определения собственности, а давалось перечисление отдельных полномочий собственника, которые выражались словами *uti frui*, *habere*, а также *possidere*; при обобщении всех этих отдельных определений частная собственность не обособлялась еще юристами от владения (п. 161 и сл.).

С образованием римского государства вокруг земли, принадлежавшей государству, вращалась вся внутренняя история республики. Государство наделяло всех граждан в наследственное пользование двумя югерами земли (*heredium*). Благодаря непрерывным завоеваниям и расширению римской территории земельный государственный фонд (*ager publicus*) стал давать государству возможность предоставлять своим гражданам обширные пространства. Верхушка рабовладельческого класса широко пользовалась этим для захвата огромных пространств земли. Возникшее таким образом землевладение имело юридический характер публичного предоставления земли в пользование отдельным членам римской общины. В аграрном законе 111 г. до н.э. они постоянно называются старыми владельцами - *vetus possessor*. Из этого владения развилось право частной собственности на землю, предоставленную государством первоначально лишь в пользование.

185. В древнейшем праве не было специального термина для обозначения собственности. Весьма древний термин *dominium* (от глагола *domare* - укрощать) означал "господство" и применялся ко всем случаям, когда какая-нибудь вещь находилась в чьей-либо власти, применялся ко всему тому, что находится в хозяйстве, в доме (*domus*). Подчеркивая древность соответствующих отношений,

римляне прибавляли к этому термину ссылку на право одного из древнейших римских племен, квиритов, и говорили "dominium ex iure Quiritium". Отношения собственности обнимались этим термином наряду с другими отношениями господства над вещами. Лишь с I в. н.э. юристы начали постепенно ограничивать значение термина *dominium*, но и тогда он все еще обозначал более широкий круг явлений, чем собственность. Юлиан (II в. н.э.) употребляет термин *dominium* для наименования вообще прав на вещь - *in rem*; вещь, на которую существовало право, называлась *proprietas*, а сам частный собственник - *dominus proprietatis*. В конце классического периода (III в. н.э.) разработка частноправового понятия собственности была завершена, и обычным обозначением для собственности является с этого времени термин *proprietas*. Этот термин обозначал собственность как особо характерное отношение господства над вещами, высшее среди других. Как таковое оно могло продолжаться без фактического осуществления как голое право - *nudum ius*.

Собственность открывала носителю этого права всестороннюю возможность пользования и распоряжения вещью (отчуждение, обременение) и исключала вмешательство всех посторонних лиц в сферу господства частного собственника. По установленному еще в квиритском праве правилу, она обладала способностью восстанавливаться во всей полноте по отпадении установленных собственником ограничений своего права (*ius recedentiae*) и распространялась и на все материальные приращения вещи (*omnis causa*), кем бы они ни были сделаны. По тому же квиритскому праву, все участки и поместья на италийской земле (*in solo Italico*) были изъяты от земельного обложения (ему они подвергались только с III в. н.э.). Поэтому классическая юриспруденция понимала собственность как неограниченное и исключительное правовое господство лица над вещью, как право, свободное от ограничений по самому своему существу и абсолютное по своей защите. В праве Юстиниана оно обозначалось уже как полная власть над вещью - *plena in re potestas*.

Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudaе proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem (D. 1. 2. 4. 4).

(Когда же узуфрукт прекратится, он, разумеется, возвращается к собственности, и с этого времени собственник голый собственности начинает пользоваться полной властью над вещью.)

Признанный классиками и закрепленный законом признак полноты господства собственника вызывал, однако, еще у классиков попытки разложить содержание собственности на его составные части. Так, Павел считал, что право пользования и извлечения плодов (*ususfructus*) составляет существенную часть собственности, *pars dominii* (D. 7. 1. 4). Его современник и антагонист Ульпиан отбрасывал всякие попытки частных перечислений состава собственности и настаивал на единстве господства собственника и всеобщности содержания его права.

§ 59. Ограничения права собственности

186. Понятие ограничений права собственности. Ограничения права собственности, в особенности земельной собственности, существовали с древнейших времен. При мелкой земельной собственности эксплуатация участка часто вызывала необходимость в использовании соседнего участка (например, брать воду у соседа при отсутствии своего источника). Путем особых юридических сделок стали оформлять в области сельскохозяйственных, а потом и городских отношений права на чужую собственность, названные сервитутами, так как, по учению римских юристов, собственнику своя вещь не служит (*res sua servire non potest*), т.е. собственник не мог быть носителем другого права на свою вещь, но он мог предоставить такое право другим, воспринимая это как некую службу (*servitus*) своей вещи (п. 217). Кроме того, обычное право и закон, а в дальнейшем и преторское право во многих отношениях сузили свободное осуществление права собственности по соображениям "общего блага" и в интересах определенных частных лиц, преимущественно соседей. В императорскую эпоху понятие собственности было юристами утончено и понималось как право по существу

свободное. Ограничения требовали всегда особых обоснований. Отсюда вытекали важные последствия. Собственник не обязан был доказывать свободу своей собственности - свобода эта презюмировалась; наоборот, всякое ограничение собственности должно было быть доказано. С отпадением по каким-либо причинам ограничений восстанавливалась свобода собственности полностью. И, наконец, собственник не мог иметь на свою вещь никаких иных прав, кроме собственности, и если к нему переходила в собственность вещь, на которую раньше он имел какие-нибудь ограниченные права, то они прекращались, растворяясь в его праве собственности.

187. Отдельные ограничения. Законные ограничения собственности были введены еще законами XII таблиц и в новейшей литературе названы легальными сервитутами. Сюда относились четыре.

(1) Собственник участка обязан допускать на свой участок через день соседа для сбора плодов, падающих с деревьев, растущих на участке соседа.

(2) Перевешивание ветвей дерева и перерастание самого дерева на соседний участок дают собственнику этого последнего право самому срезать свисающие до 15 футов ветви или срубить дерево, если этого не сделает сосед.

(3) Собственник не обязан терпеть надстройку соседа над границей своего участка, равно как и выпячивание стены более чем на полфута.

(4) Собственник обязан допускать за определенное вознаграждение проход через его участок к оказавшимся на нем местам погребения.

§ 60. Общая собственность

188. Исключительный характер права побуждал юристов считать невозможным существование права собственности нескольких лиц на одну и ту же вещь. Однако и договорная практика товарищеских соединений, и события, не зависящие от воли будущих участников, например, при совместном наследовании создавали положения, когда нужно было определить взаимоотношения лиц, из которых каждое притязало на право собственности на вещь наряду с другими лицами. Древний классик Кв. Муций Сцевола выдвинул идею собственности многих лиц на одну вещь в идеальных долях - *pars pro indiviso* (D. 50. 16. 25).

Более подробно останавливается на этом вопросе Цельз-сын.

Celsus filius... ait duorum, quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere (D. 13. 6. 5. 15).

(Цельз-сын... говорит, что не может существовать собственности или владения [11] двух лиц в целом: и никто не является собственником части предмета, но имеет собственность на часть всего нераздельного целого.)

Цельз подчеркивал, что идеальные части постигаются более сознанием, чем физически, а потому выдвинул идею одновременного существования и собственности на всю вещь в нераздельности, и собственности на определенную ее долю, принадлежащую каждому из общих собственников.

Общие собственники имели право совместного владения и пользования вещью. Плоды приобретались ими тоже в идеальных частях. Если пользование вещью выходило из рамок обыкновенного порядка, то требовалось согласие всех (D. 2. 22. 7. 1). Для принятия необходимых мер к сохранению вещи каждый участник мог требовать согласия остальных участников. Каждый участник мог отчуждать и обременять свою долю в общей собственности. В этой же доле он мог защищать свое право против третьих лиц. Отношения общих собственников источниками характеризовались как отношения лиц, как бы взаимно связанных между собой соглашением, даже если они попадали в состояние общности случайно. Эта общность называлась *communio in quam incidimus* - общность, в которую, мы впадаем, т.е. случайная; отсюда название *communio incidens*.

Развивавшийся индивидуализм производственных отношений способствовал борьбе

против коллективных форм собственности, и римские юристы провозгласили два правомочия общих собственников: право воспрещения любым из участников актов распоряжения со стороны других и право каждого участника требовать раздела общей собственности (кроме тех случаев, когда интересы самой вещи и ее качеств требовали временного недопущения раздела).

При разделе судья руководился собственным усмотрением, но оценивать делимую вещь должен был по справедливой цене - *iusto pretio aestimare*. Древнейшим иском о разделе представляется указанный законами XII таблиц иск о разделе наследства - *actio familiae herciscundae*; к нему примыкали иски о проведении границ - *finium regundorum* и о разделе общности - *communi dividundo*.

§ 61. Виды права собственности

189. Виды собственности в классический период. В древнейшем праве собственность имела однородный характер. Однородностью собственности римское право закончило свой путь в законодательстве Юстиниана. В классическую же эпоху, под определяющим влиянием изменений в характере экономических отношений, формы собственности разветвлялись и появлялись новые виды собственности. Однако все эти виды сохраняли свой рабовладельческий характер.

Прежде всего смягчился формализм прежней квиритской собственности и появилась более гибкая преторская собственность. Выделилось вступившее в широкий оборот право собственности peregrinov. Наконец, встал вопрос о признании прав частных лиц на провинциальные земли. Этим определяется порядок дальнейшего рассмотрения видов собственности.

190. Квиритская собственность. Квиритская собственность - *dominium ex iure Quiritium* - могла принадлежать только полноправным римским гражданам и тем, кто был наделен *ius commercii*. Кроме римской правоспособности лица требовалось, чтобы и вещь была способна к участию в римском обороте. Такими вещами прежде всего были *res mancipi*, к числу которых принадлежал, как уже указано (п. 152), строго очерченный круг объектов, в частности все земельные участки на италийской почве (*solum Italicum*). Для квиритской собственности на *res mancipi* существовали специальные способы приобретения по договорам, как манципация или уступка права в ходе процесса - *in iure cessio* (пп. 196 - 197). Сюда относились далее *res nec mancipi*, приобретение которых не требовало особых формальностей (впоследствии говорили, что оборот с *res nec mancipi* регулируется началами *ius gentium*). Передача владения посредством традиции была усвоена, на почве общейталийских обычаев, и римским квиритским правом.

191. Собственность peregrinov. Неримские граждане (латины и peregriny) подчинялись в Риме праву своей родины (*origo*). Доступ к римской собственности путем совершения сделок права народов, *ius gentium*, был открыт в начале республики, главным образом в области оборота движимых вещей, в интересах самих римлян. По цивильному праву некоторым общинам и даже отдельным лицам из иностранцев предоставлялось право участия в обороте римлян - *ius commercii*. Оно относилось только к сделкам между живыми - *inter vivos* - и определялось как взаимное право купли-продажи - *emendi vendendique invicem ius* (Ulp. Reg. 19. 5). Это не называлось даже передачей собственности и отнюдь не означало участия в квиритском праве, а только в отдельных квиритских оборотных сделках. Из этих сделок иностранцам были доступны манципация и литеральные (счетно-письменные) договоры. Приобретаемое иностранцами право защищалось только эдиктом peregrинского претора при помощи "фиктивных" исков (п. 61), где за истцом "фингировалось" (воображалось) свойство римского гражданина. Эти иски были направлены против частых нарушений права и влекли наложение штрафов. В источниках нет однако следов "фиктивных" или иных исков, направленных на отыскание и возврат утраченной вещи, какие предоставлялись квиритскому собственнику. По-видимому, peregrинам приходилось довольствоваться владельческими интердиктами для охраны своих прав на приобретаемую по сделкам цивильного права собственность.

192. Провинциальная собственность. Провинциальная земля была собственностью римского народа по праву завоевания и носила публично-правовой характер - *res publicae*. Обыкновенно ее делили на две части: одна составляла *ager publicus*, дублировавший древне-италийский *ager publicus* и считавшийся государственной собственностью; другая - *ager redditus*, предоставлявшийся прежним владельцам для пользования, согласно их национальным законам и обычаям. Соответствующие законы выражали это формулой - *habere possidere, uti frui liceto* - пусть им будет позволено иметь, владеть, пользоваться и извлекать плоды. Но по воле римского государства прежние владельцы могли быть в любое время лишены предоставленного им права пользования. Государственный провинциальный фонд рано был захвачен лицами, принадлежавшими к верхушке класса рабовладельцев. Во II в. н.э. за владельцами провинциальных земель было признано право, которое терминологически обозначалось как владение или узупрукт - *possessio* или *ususfructus*, но по существу это было правом собственности. Надо думать, что распространение начал владельческой защиты на провинциальные имения произошло еще раньше, в последнем столетии до н.э. Владением этого типа широко пользовались наиболее влиятельные группы римских граждан, для которых провинциальные земли служили, с развитием оборота, источником огромных доходов.

Провинциальная собственность отличалась от квинтиской собственности на италийские земли в области публичного права главным образом тем, что с провинциальных земель взимались в пользу казны особые платежи - *stipendium* или *tributum*. В сфере частного оборота провинциальные собственники не могли пользоваться юридическими актами гражданского права, а обращались исключительно к праву народов. Это упрощало и облегчало установление и передачу права собственности и не мало способствовало развитию в провинциях оборота недвижимости.

193. Добросовестное владение и бонитарная собственность. Устарелое деление имущества на *res mancipi* и *res nec mancipi* и применение связанных с первой группой формальных и громоздких способов приобретения и отчуждения, при постоянно увеличивавшемся приросте земель и рабов, еще в период республики признавались обременительными и задерживающими оборот препятствиями. Поэтому, например, прокулианцы настаивали на изъятии приплода, крупного рогатого скота из разряда *res mancipi* (Гай. 2. 15), чтобы облегчить приобретение и сбыт молодняка, которым славилась Италия. С другой стороны, собственники земель и рабов, отчуждая их на разных условиях (платежа, сроков, кредита), нередко ограничивались простой передачей - *traditio*, откладывая до выполнения условий или уплаты покупной цены совершение формальных сделок (*mancipatio*, *in iure cessio*). Введенная же для *res nec mancipi* гораздо раньше правом народов (*ius gentium*) неформальная традиция вследствие отсутствия публичной проверки тайла в себе для добросовестных приобретателей опасность приобретения чужих вещей от недобросовестных отчуждателей и угрозу последующих требований со стороны собственников. Таким образом, добросовестному приобретателю грозила опасность как при приобретении вещи от несобственника, так и при приобретении от собственника путем передачи без осуществления формальностей *mancipatio* или *in iure cessio*.

Отчуждатель *res mancipi* при ненормальной передаче оставался квинтиским собственником и мог, в случае невыполнения не только кредитных, но и всяких других условий сделки, вернуть от приобретателя переданную им вещь как свою собственную. Только по истечении установленных законами XII таблиц сроков приобретательной давности добросовестный приобретатель сам становился квинтиским собственником.

Несмотря на то что все эти возможные осложнения находили основание в гражданском праве, преторы пошли навстречу требованиям экономически сильнейших участников оборота и допустили широкое применение именно ненормальной передачи для приобретения вещей всех видов, требуя только *bona fides* (добрая совесть) на стороне приобретателя. Этим термином обозначалась уверенность приобретателя в

правомерности полученного владения вещами или, точнее, незнание о недостатках приобретаемого права. Оборот недвижимостей стал более подвижным (мобильным) и потому более выгодным для самих квиритских собственников, поднимая и понижая ценность земель и рабов соответственно конъюнктуре рынка. Тем самым реформы преторов вполне соответствовали интересам крупных землевладельцев и рабовладельцев.

Если квиритский собственник после отчуждения *res mancipi* передал ее приобретателю не путем манципации или *in iure cessio*, а при помощи неформальной *traditio*, а затем, основываясь на своем квиритском праве, предъявлял иск об истребовании вещи от приобретателя, последнему была дана возможность отклонить такое требование квиритского собственника посредством возражения о продаже и передаче этих вещей - *exceptio rei venditae et traditae*. Если же лицо, приобретшее *res mancipi* посредством *traditio*, утрачивало фактическое владение вещью, ему стали давать особый иск, получивший название по имени претора Публиция (I в. до н.э.) - *actio Publiciana*. В формуле этого иска допускалось предположение, что приобретатель провладел давностный срок (*actio ficticia* - см. п. 61). Таким образом, в конечном итоге лицо, приобретшее *res mancipi* при помощи *traditio*, хотя и не становилось квиритским собственником, но фактически вещь закреплялась в его имуществе - *in bonis*; отсюда идет название бонитарной или преторской собственности.

Бонитарному или преторскому собственнику *actio Publiciana* давалась против любого третьего лица.

Такой же иск давался и добросовестному приобретателю даже чужих вещей. В случаях потери владения этими вещами он получал этот иск для истребования вещи, но не от всякого третьего лица, а только от недобросовестного владельца. В классическом праве квиритская собственность и преторская собственность или бонитарная (*rem in bonis habere*) существовали параллельно.

Certum cum apud cives romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiam si simul ex iure Quiritium eiusdem non sit, nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur (Гай. 1. 54).

(Так как у римских граждан существует двойная собственность (ведь раб признается чьей-либо собственностью или по принадлежности к имуществу, или по квиритскому праву, или по обоим основаниям), то мы говорим, что раб находится во власти собственника, если он состоит в его имуществе, хотя одновременно он не является его квиритской собственностью, так как кто имеет на раба голое квиритское право, тот больше не считается имеющим власть (над ним).)

194. Собственность в праве Юстиниана. Постепенное сглаживание после III в. н.э. противоположности между гражданским и преторским правом, признание возможности простой передачей переносить право собственности даже на *res mancipi*, побудили законодательство Юстиниана в интересах рабо- и землевладельцев отменить дуализм квиритской и бонитарной собственности. Распространение на италийские земли земельного налога, применение к сделкам относительно земли публичной регистрации - *transcriptio* - сгладил всякое различие между италийскими и провинциальными землями. Поэтому в законодательстве Юстиниана возрождается единый вид собственности, называемый старым именем - *dominium ex iure Quiritium*.

Практические попытки оживить падающий земельный оборот в праве Юстиниана были подкреплены допущением перенесения собственности на время - *ad tempus*. Отчуждателю в случае отказа в возвращении предоставлялся иск на вещь по аналогии с собственником - *rei vindicatio utilis*, основанный на своего рода естественном праве и той власти, которую сохранил над вещью отчуждатель (С. 5. 12. 30).

§ 62. Приобретение права собственности по договору

195. Классификация способов приобретения права собственности. Римляне разделяли способы приобретения собственности по историческому признаку принадлежности к гражданскому праву или к праву народов. В систематическом изложении их удобнее различать по признаку производного перехода права собственности от одних лиц к другим и первоначального возникновения в лице данного приобретателя - впервые или, во всяком случае, независимо от права предшественника. Обычно закон указывал, в каких случаях имеет место такое первоначальное приобретение права собственности.

Переход собственности допускался только между лицами, способными отчуждать и приобретать имущество, и осуществлялся путем договоров и сделок в обороте между живыми (*inter vivos*), а также на основе сделок *mortis causa*, т.е. путем наследования по завещанию и отказов (п. 233), а равно и путем наследования по закону.

В классическом праве для договорного приобретения собственности применялись три способа *mancipatio*, *in iure cessio* и *traditio*.

В праве Юстиниана из них сохранилась только традиция. Каждая сделка, направленная на перенесение права собственности, требовала на стороне отчуждателя действительного наличия права собственности, так как иначе и другая сторона не могла приобрести этого права согласно правилу, сформулированному классиками:

Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet (D. 50. 17. 54).

(Никто не может перенести на другого больше права, чем имел бы сам.)

Ложное мнение приобретателя об отсутствии права собственности у отчуждателя не могло помешать переходу права собственности. Такое правило было высказано Сабинем: *plus in re est quam in existimatione mentis* - больше значения заключается в самом деле, чем в представлении ума (D. 22. 6. 9. 4). Исходя из этого критерия были объявлены объективно неспособными к передаче права собственности ворованные вещи - *res furtivae*. Этот порок вещей (*vitium rei*) снимался с них, если они снова проходили через руки собственника, даже без его ведома.

Необходимым условием договорного перехода права собственности являлось соглашение сторон о переходе и приобретении права собственности.

196. *Mancipatio*. Манципация была древним способом квинтского права, представлявшим вначале реальную передачу вещи путем обмена ее на цену перед пятью свидетелями и при содействии весовщика (*libripens*). Это была одновременно и купля, и передача, но акт разыгрывался как внесудебное истребование своей вещи. "Этот раб мой", - авторитарно заявлял приобретатель и передавал отчуждателю в уплату за вещь слиток металла, для взвешивания которого и привлекался весовщик (Гай. 1. 119 и сл.). Этот способ применялся в отношении всех объектов, входивших в число *res mancipi* (п. 152). Первоначально передававшийся продавцом металл взвешивался реально, но позднее, с появлением чеканной монеты и по мере развития оборота, взвешивание стало представляться символическим, и ко времени Гая манципация превратилась в фиктивную продажу - *venditio imaginaria*. Порядок совершения манципации сделал ее пригодной для продажи в кредит, для дарений, установления приданого, так как позволял передавать продавцу в момент совершения сделки незначительную сумму (*pignus* и *upo*).

Манципация предполагала наличие у сторон права на участие в обороте (*ius commercii*). Если отчуждатель не был собственником манципируемой вещи, а действительный собственник истребовал затем ее у приобретателя, то отчуждатель присуждался по иску последнего (*actio auctoritatis*) к уплате двойной цены, заявленной при манципации по аналогии с *furtum* (кражей). До Лабейона и все последующие приобретатели порочно переданной вещи подвергались такому же взысканию. Лабейон ввел положение о том, что последующие приобретатели могли отклонить от себя этот штрафной иск путем возражения о личной непричастности. Точно так же ложное указание размера продаваемого участка открывало место для

иска *actio de modo agri* (иск о размере земли), по которому взыскивалась двойная цена недостающего количества земли.

197. *In iure cessio*. Этот способ перенесения права собственности представлял собой мнимый судебный процесс: судебный процесс о собственности был приспособлен для цели перенесения права собственности (Гай. 2. 24. 96).

В качестве мнимого судебного процесса этот способ был доступен только лицам, допускавшимся к участию в римском процессе. Приобретатель требовал вещь, которую он приобретал, утверждая, что она принадлежит ему, отчуждатель не защищался или признавал право истца. Претор, перед которым осуществлялась эта процедура, в производстве *in iure* констатировал право истца и выдавал акт, подтверждающий волю сторон.

198. *Traditio* (передача). В качестве способа перенесения права собственности традиция была усвоена правом народов - *ius gentium* - как составной частью римского права. Традиция состояла в передаче фактического владения вещью от отчуждателя приобретателю. Передача эта была выполнением предварительного соглашения обеих сторон о том, что собственность переносится одним лицом на другое. В классическом праве применение традиции к *res mancipi* приводило к приобретению не квинтской, а лишь преторской бонитарной собственности (п. 193). Возможно, что в древности традиция требовала дополнительно еще истечения годового давностного срока для перенесения права собственности. В постклассическое время традиция вытеснила старые формальные способы и стала единственным способом передачи собственности.

Вероятно также, что первоначально традиция была реальной, торжественной сделкой. Отчуждатель - *tradens*, передающий - действительно и публично совершал передачу вещи приобретателю - *accipiens*. Введение в оборот недвижимых имуществ, а также тех способов передачи владения, которые ограничивались обозрением передаваемого участка, обменом заявлений сторон и передачей планов, постепенно сгладило реальный характер передачи как акта. В классическом праве были известны и несколько упрощенные формы традиции: *traditio longa manu*, *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium*, которые были дополнены вручением документа в праве Юстиниана (п. 172). Они приравнивались к традиции в собственном смысле слова.

Для перенесения права собственности при помощи *traditio* имело значение основание (*iusta causa possessionis*), по которому передача совершалась. Этим основанием должна была быть взаимная воля сторон отчуждать и приобрести вещь. Она должна была предшествовать передаче вещи, и последняя была лишь заключающим актом. Но для римлян этот предшествующий целевой акт согласования всегда представлялся в форме одной из существующих сделок: продажи, дарения, отказа и др., объясняющих и мотивирующих волю и цель сторон перенести собственность. Наличие одной из таких сделок было достаточно для юридического действия традиции. Такая сделка, лежащая в основании приобретения владения, носила название *iustus titulus* (законный титул) (см. п. 203).

Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim (Гай. 2. 20).

(Таким образом, если я передал тебе одежду, или золото, или серебро на основании продажи, или по дарению, или по какому-либо другому основанию, эта вещь тотчас становится твоей, если только я ее собственник.)

Павел и Ульпиан строго держались требования целевого назначения передачи и требовали, чтобы поставленная цель была достигнута.

(1) *Nunquam nuda traditio transferi dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* (D. 41. 1. 31. pr.).

(1) Никогда голая (одна) передача не переносит собственности, но только в тех случаях, если ей предшествует продажа или какое-либо законное основание, в силу

которого последовала передача.

(2) Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse; sed an mutua sit, videndum, et puto necmutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit (D. 12. 1. 18. pr.).

(2) Если я передам тебе деньги, намереваясь как бы подарить их, а ты принимаешь их как бы в заем, Юлиан пишет, что не существует дарения, но относительно займа следует рассмотреть обстоятельства, а я (Ульпиан) полагаю, что нет и займа, и тем более монеты не становятся собственностью принявшего, так как он принял (их) с другим намерением.

Восторжествовало, однако, мнение Юлиана, согласно которому традиция переносит право собственности на приобретателя и при недостаточности *iusta causa*. Правда, отчуждатель мог в этом случае вытребовать переданную вещь посредством иска о недолжном или неосновательном перенесении права - *condictio indebiti*, *condictio sine causa*, но все же право собственности переходило окончательно.

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi, nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (D. 41. 1. 36).

(Когда мы согласны в отношении по крайней мере предмета, который передается, но расходимся в основаниях, то я не усматриваю, почему была бы недействительной передача, например, если я буду думать, что я обязан передать имение тебе на основании завещания, ты же будешь думать, что тебе должны по стипуляции. Ведь если я передам тебе определенную сумму в качестве подарка, а ты примешь ее как бы в кредит, известно, что собственность переходит к тебе и (этому) не препятствует то, что мы разойдемся относительно основания дачи и принятия.)

Доктрина Юлиана базировалась на старом формализме, но в то же время имела то преимущество, что она давала сделкам большую обеспеченность. Предоставлявшийся Юлианом личный иск (*condictio*) против приобретателя вещи по традиции, которая оказалась лишенной *iusta causa*, не мог быть предъявлен против последующих приобретателей вещи и не колебал прав, которые были на нее установлены в обороте.

Бывали при традиции случаи, когда приобретение права собственности откладывалось до времени более позднего, чем момент физической передачи. Так, при продаже неуплата цены или непредоставление соответствующих гарантий, ненаступление срока или условия могли задерживать по особому соглашению переход собственности, хотя приобретатель - *accipiens* уже фактически владел вещью. Ясно, что в течение этого неопределенного времени последний не мог перенести на других больше прав, чем имел сам.

Если приобретатель движимой вещи знал о недостатке основания передачи и все-таки воспользовался ею, то он совершал кражу, и опорооченная таким образом вещь не переходила в его собственность (D. 47. 2. 43. pr.).

В отдельных случаях традиция являлась ничтожной в силу того, что ее *causa* противоречила закону или установленному порядку, например при запрещенном дарении между супругами или при дарении, не оформленном протокольным актом, предписанным императорскими законами.

Как сказано выше, передающий (*tradens*) должен был быть собственником или быть уполномочен на передачу собственности (например, залогоприниматель). Если отчуждатель после совершения традиции приобретет потом на нее собственность или действительный собственник унаследует имущество передавшего, то традиция не становится сама по себе действительной, так как вначале, при передаче, отсутствовало правомочие на ее совершение. Однако претор оказывал приобретателю содействие, предоставляя ему против предъявленного к нему иска

возражение о продаже и передаче вещи (*exceptio rei venditae et traditae*).

§ 63. Приобретение права собственности на плоды

199. Плоды, с момента отделения от плодоприносящей вещи (*separatio*), т.е. с того момента, с которого плоды становятся отдельной вещью, принадлежали только собственнику последней. Однако допускались исключения в пользу носителей некоторых прав на вещь, например, в пользу пожизненных плодопользователей (п. 221). От них требовалось, однако, чтобы плоды были собраны (*perceptio*).

Особые правила были выработаны относительно приобретения плодов добросовестным владельцем (п. 157). Первоначально он приобретал по давности все плоды после их отделения, кроме собранных в течение процесса, возникшего по поводу его владения после момента *litis contestatio*. Расходы, произведенные им на возвращение плодов, сообразование их с возможными доходами, растущее признание добросовестности главным фактором нормального приобретения собственности - все это привело юристов-классиков в начале империи к признанию за добросовестными владельцами права собственности на плоды:

... *bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est* (D. 22. 1. 25. 1).

(... в отношении собирания плодов добросовестному владельцу принадлежит то право, какое предоставлено собственникам участков.)

Имеется, однако, прямое указание, что с момента передачи дела на рассмотрение судьи владение может признаваться только недобросовестным:

...*et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit* (C. Theod. 4. 18. 1.).

(...разбойнику расчет (плодов) ведется, конечно, со дня захвата земли до исхода спора; тому же, кто просто держит, - с того дня, когда, в силу передачи дела судье, он получил сознание о недобросовестности владения.)

Здесь захватчику противопоставляется лицо, держащее землю без отягчающих обстоятельств (*simpliciter*), следовательно, добросовестное. Знание о передаче дела в суд, следовательно, о спорности его владения, превращает такое лицо в недобросовестного владельца без каких-либо прав на плоды (но, конечно, для возникновения ответственности за плоды необходимо, чтобы суд признал основательным предъявляемый к нему иск).

Ответственность такого владельца не распространяется, однако, на потребленные плоды по указанным выше (п. 157) соображениям защиты интересов сельского хозяйства (зачет потребленных плодов в счет расходов эксплуатации).

Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio (consumptorum neque non perceptorum), post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt (I. 4. 17. 2).

(Если кто добросовестно сделается владельцем, не предъявляется расчет ни потребленных, ни несобранных плодов, после начатия процесса расчет ведется на те плоды, которые по вине не были собраны или, будучи собраны, были потреблены.)

В праве Юстиниана момент прекращения добросовестного владения был отнесен к самому началу процесса, неразделяемого уже на две стадии, после чего ставился вопрос о вине владельца в отношении неснятых или потребленных плодов.

§ 64. Спецификация

200. Под этим именем разумелось изготовление новой вещи (*nova species*) из одной или нескольких других. Юридическое затруднение возникало, когда создатель новой вещи воспользовался материалом, принадлежавшим другому лицу.

Юристы-сабинианцы, последователи стоиков, по учению которых материал (*materia*)

доминирует над формой, держались воззрения, что собственник материала оставался собственником вещи и в ее новом виде. Прокулианцы, следуя Аристотелю и перипатетикам, считали форму доминирующей и существенной, тогда как материя была вещью побочной, придаточной и несуществующей, пока не получит формы. Поэтому новая вещь принадлежит на правах собственности своему создателю, собственник же материала имеет к последнему *actio furti* (иск из воровства об уплате штрафа) и *condictio furtiva* (о возвращении владения), а при невозможности возврата - об уплате вознаграждения (Гай. 2. 79 и D. 13. 1. 8).

В праве Юстиниана возобладало среднее мнение, по которому новая вещь принадлежит собственнику материала или спецификатору, в зависимости от того, может ли она быть обращена в прежнюю форму или нет. По праву Юстиниана спецификатор становился всегда собственником новой вещи, если он к чужому материалу прибавил частично и свой собственный.

Конечно, и при таком решении спецификатор обязан возместить собственнику стоимость переработанного материала. Являлась ли добросовестность спецификатора условием приобретения права собственности, источники не указывают.

§ 65. Оккупация

201. Под оккупацией (*occupatio*) разумелось присвоение и завладение вещами с намерением удержать их за собой. Она обосновывала право собственности захватчика и распространялась на все бесхозяйные вещи согласно принципу, выраженному в законах XII таблиц - *res nullius cedit primo occupanti* - бесхозяйная вещь следует за первым захватившим. Вещи, принадлежавшие всем, - *res omniū communēs* - были главными объектами для такого захвата - путем охоты, рыболовства и птицеводства. Сюда относились появившиеся в море острова, а также камни, раковины и т.п., находимые на морском берегу или его дне, дикие звери в их естественном состоянии свободы, независимо от того, как последовало овладение ими. Римское право не признавало за собственником земельного участка исключительного права охоты на этом участке, которое мешало бы таким захватам. Наконец, сюда относились вещи, брошенные прежним собственником, - *res derelictae* (D. 41. 1. 1. 5). Вражеское имущество считалось бесхозяйным и могло быть предметом оккупации, но не все. Утверждение Гая, что римлянин особенно считал своим то, что взято им у врагов, является лишь воспоминанием о древнейших временах; в исторические времена военная добыча принадлежала государству (D. 48. 13. 15). Солдаты получали в собственность лишь часть добычи, предоставлявшуюся им полководцами.

К оккупации приравнивался захват морского берега или дна путем застройки и установления ограждений.

§ 66. Клад

202. Под кладом - *thesaurus* - понималась всякая ценность, которая была где-нибудь сокрыта так давно, что после открытия нельзя уже найти ее собственника.

Если такое сокровище было найдено на чьей-либо земле, то с II в. н.э. половину клада получал находчик, а другую - владелец земли. Между ними возникала общая собственность (1. 2. 1. 39). Тогда же было установлено, что находка на священном или погребальном месте принадлежала находчику целиком. Позднее половина шла в пользу фиска. Если находчик производил розыски клада без разрешения собственника земли, то последний получал все.

За поиски путем колдовства находчик лишался всяких прав, а найденное поступало в пользу фиска.

§ 67. Приобретательная давность

203. *Usucapio*. Приобретательная давность есть приобретение лицом права собственности в силу того, что это лицо провладело (при наличии известных условий) вещь в продолжение известного времени. Старое гражданское право знало приобретательную давность в виде *usucapio*, для которой требовалось владение

движимой вещью в течение года, а недвижимой в течение двух лет - след двухпольного ведения сельского хозяйства. К недвижимостям юристы приравнивали позднее и возведенные на земле постройки. Не требовалось ни законного основания владения, ни добросовестности владельца. Однако издавна из общего правила было допущено исключение для ворованных вещей. Приобретение их по давности было запрещено законами XII таблиц, а позднее законом Атиния III в. до н.э. Законом Плавтия (70 г. до н.э.) было воспрещено приобретение собственности по давности на движимые и недвижимые вещи, захваченные насильственно.

Законы XII таблиц исключали из действия давности место погребения - *forum sepulcri*, а также *res mancipi* самостоятельной женщины, переданные ею без разрешения опекуна - *sine auctoritate tutoris*. В дальнейшем развитие давность была подчинена требованию *iusta causa possessionis* - справедливое основание владения. Под ним понималось *iustum initium possessionis* - правомерное начало владения, т.е. законный способ (титул), которым владелец начал свое владение (D. 41. 2. 6. pr.). Три основания (насилие, тайное похищение и временное держание) были объявлены неспособными приводить к собственности по давности. К требованию *iusta causa* присоединилось другое требование - требование добросовестности. Владение считалось начатым добросовестно, когда в доказательство приводился законный титул, т.е. сделка, на основании которой было начато владение и которая только потому не сделала владельца собственником, что собственности на вещь не имел и другой участник сделки, отчуждатель вещи. В случае продажи добросовестность требовалась не только в момент заключения договора, но и в момент исполнения договора путем традиции (передачи) вещи. В итоге своего развития давность, кроме владения, требовала наличия законного основания и добросовестности в течение всего срока давности.

Давностный срок должен был течь непрерывно. Это требование было облегчено допущением так называемого преемства во владении - *successio possessionis*, которое позволяло наследнику воспользоваться владением наследодателя.

Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est (D. 41. 3. 40).

(Установлено, что давность, начатую умершим, можно закончить и раньше принятия наследства.)

Точно так же в прижизненных сделках допускался зачет и причисление времени владения предшественника в пользу добросовестного преемника. Это называлось приращением во владении - *accessio possessionis*.

204. *Longi temporis praescriptio*. Приобретательная давность применялась только к италийским землям и между римскими гражданами. Однако в провинциях, в отношении провинциальных земель, римские правители, а затем и императорское законодательство в борьбе с упадком земледелия и забрасыванием земель ввели институт исковой погасительной давности. Он был основан на эллинистическом принципе, что нельзя сохранить за собою право, которое долго оставалось в пренебрежении. Новому институту дали процессуальное название *praescriptio longi temporis*.

Прескрипцией называлась приписка в начале формулы иска. В данном случае в формуле иска об истребовании вещи делалась приписка, в которой судье предлагалось претором освободить ответчика, провладевшего недвижимостью десять лет, если прежний собственник жил в одной с ним провинции, и двадцать лет, если они жили в разных провинциях, без различия движимых и недвижимых вещей. Требовалось только основание, оправдывающее вступление во владение. Юриспруденция распространила на эту давность требование доброй совести и законного титула владения. Будучи сначала средством защиты против исков неправомерного собственника, десять или двадцать лет не владевшего своей вещью, такое владение затем приобрело значение особого основания для иска (а не только возражения) со стороны давностного владельца, который мог вытребовать себе вещь, даже если она потом попадала во владение прежнего нерадивого

хозяина.

Таким образом давностный владелец приобретал право собственности (провинциальной). Преторский эдикт распространил этот способ приобретения права собственности и на все вообще вещи, находившиеся в давностном владении peregrinorum.

Впоследствии этот институт стал применяться к италийским землям параллельно с приобретательной давностью (usucapio).

205. Приобретательная давность в праве Юстиниана. В праве Юстиниана был подведен итог развития этих двух институтов, причем были объединены соответствующие постановления.

Необходимый срок владения для приобретения по давности был установлен для движимых вещей в три года, для недвижимых - в десять лет, если прежний собственник и давностный владелец живут в одной провинции, и в двадцать, если они живут в разных провинциях.

Юстиниан ввел еще другой срок - тридцатилетней, чрезвычайной давности. Кто добросовестно приобрел вещь и оставался во владении ею до истечения срока погашения иска собственника (тридцать лет), тот имел право, если он терял вещь, предъявлять иск о выдаче ее, как если бы он был действительным собственником. При этом он не был обязан доказывать наличия законного титула (C. 7. 39. 8). Здесь проявляется тот же характер развития, как и при прескрипции: сначала защита путем возражения, а затем и предоставление иска, но с удлинением срока. Изъятые от действия этой давности были только вещи, насильственно захваченные, вещи, не допускавшие установления частной собственности, и вещи, находившиеся в общественном пользовании.

§ 68. Защита права собственности

206. Защита собственности в рабовладельческом обществе была чрезвычайно разнообразна по своим источникам (обычай, цивильное, преторское право), по своим видам и направленности. Способы защиты собственности изменялись и приспособлялись к тем видам собственности, которые она принимала в классическом и позднейшем праве Юстиниана. Здесь будут рассмотрены типичные виды защиты собственности.

207. Понятие виндикации. Виндикационный иск носил исторически процессуальное наименование rei vindicatio (от vim dicere - объявлять о применении силы), регламентированного правом поведения собственника по розыску и возвращению своей вещи - где нахожу свою вещь, там и виндицирую ее (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Параллельно развивалось и материально-правовое понятие виндикации как требования невладельщего собственника к владеющему несобственнику о возврате ему вещи (restituere rem). Истцом в этом иске выступал собственник, утверждавший, что требует свою вещь - rem suam esse. Ответчиком признавался всякий владелец вещи в момент возбуждения спора. Отношение между сторонами устанавливалось при содействии магистрата, позднее судьи, выяснявшего, кто из сторон владеет спорной вещью (независимо от оснований владения) и, следовательно, кто явится ответчиком в процессе о собственности.

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat (D. 6. 1. 9).

(Обязанность же судьи при этом иске будет состоять в том, чтобы он рассмотрел, владеет ли ответчик, и к делу не относится, на каком основании он владеет.)

208. Истец и ответчик по виндикационному иску. Материальное содержание виндикации раскрыто было при формулярном процессе в так называемой петиторной формуле, которая выдавалась претором истцу и направлялась прежде всего на реституцию вещи (restituatur).

Текст этой формулы был примерно такой:

Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium A <ii> esse neque is

fundus A <o> A <o> restituetur, quanti si fundus erit, tantam pecuniam iudex N <m> N <m> A <o> A <o> condemnato: si non paret absoluito (Ср. Гай. 4. 48 - 51).

(Если окажется, что Капенатское имение, о котором идет спор, принадлежит по квинритскому праву Авлу Агерию и это имение не возвращается ему, то сколько будет стоить это имение, в такой сумме пусть судья присудит Нумерия Негидия в пользу Авла Агерия; если не окажется, пусть освободит.)

Интенция этого иска прямо ставила вопрос о принадлежности предмета спора истцу на праве собственности, а также уточняла и индивидуализировала предмет, о котором идет спор, - Капенатское имение. Истец должен был установить тождество принадлежавшего ему и отыскиваемого им предмета. Это доказательство могло иногда быть достаточным, чтобы избавить от дальнейшего ведения процесса, при безнадежности шансов ответчика. Вот почему юристы прибегали, прежде чем предъявлять виндикацию, к личному иску против того, у кого находился спорный предмет, с требованием предъявить его для осмотра истцом. Этот иск носил личный характер и назывался *actio ad exhibendum*.

Si fugitivus servus nummos crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur... vindicari nummi possunt, si extant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi (D. 12. 1. 11. 2).

(Спрашивается, если беглый раб доверил тебе деньги, может ли собственник требовать у тебя... деньги могут быть виндигированы, если находятся налицо, или если по злому умыслу перестали быть во владении, то надо действовать, требуя предъявления (их).)

Речь идет не о деньгах как родовом понятии, а об определенных денежных знаках, о вещах индивидуализированных (*species*), путем запечатания их в конверт, вложения в шкатулку и т.п. Достаточно осмотреть конверт или шкатулку, чтобы по описанию собственника, обокраденного беглым рабом, установить тождество с отыскиваемым предметом. Вот почему Ульпиан говорит об иске о предъявлении.

Этим иском пользуется собственник для определения, является ли сторона, с которой он начнет петиторное производство, владеющей.

Практически круг ответчиков по виндикации был очень расширен, и Ульпиан (D. 6. 1. 9) говорит, что наряду с владельцами этот иск охватил и простых держателей - нанимателей, арендаторов, поклажепринимателей и т.д., которые отвечали и по искам из заключенных ими договоров, и по искам собственника. По-видимому, это тяжело отразилось на их положении, так как понадобился особый закон (нач. IV в. н.э.), предоставивший держателям, у которых вытребовался участок, называть суду лиц, от имени которых они осуществляли держание, с тем чтобы тяжесть процесса была перенесена на последних (С. 3. 19. 2).

Ответчик мог отказаться вступить в спор о собственности, так как *invitus nemo rem cogitur defendere* - никто против воли не принуждается отстаивать вещь (D. 50. 17. 156. pr.). Но тогда он должен был выдать вещь истцу; если это была недвижимость, претор предоставлял истцу интердикты *quem fundum*, а для движимых - отдавал приказ о допущении к отобранию или отводу - *duci vel ferri pati*. Наконец, упомянутая выше *actio ad exhibendum* в качестве личного иска не допускала уже уклонения ответчика. В праве Юстиниана к уклоняющемуся от выдачи предмета ответчику применялось принуждение *manu militari*.

209. Доказывание. При вступлении ответчика в процесс за ним оставалась возможность оспаривать приводимые истцом доказательства своего права собственности. При договорных способах приобретения ответчик мог оспаривать основания и способы приобретения не только истца, но и всех предшественников, восходя до законного начала владения - *iustum initium possessionis*. Истцу приходилось воспроизводить всю историю переходов права собственности от начала завладения. Средневековые юристы называли поэтому доказательство в виндикационном иске дьявольским (*probatio diabolica*). Правда, благодаря введению приобретательной давности, это доказывание законных переходов могло

ограничиваться пределами законных сроков давности.

210. Фиктивные владельцы. В праве Юстиниана виндикационный иск допускался не по признаку владения вещью, а как личный, против так называемых фиктивных владельцев. Так назывались две категории ответчиков. С одной стороны, к владельцам были приравнены те, которые до *litis contestatio* прекратили свое владение путем, например, отчуждения, разрушения и т.п., чтобы не отвечать перед собственником - *qui dolo desiit possidere*, кто умышленно перестал владеть. С другой стороны, к этой же категории были отнесены лица, симулировавшие свое владение, чтобы ввести истца в заблуждение при предъявлении виндикации - *qui dolo liti se obtulit*.

211. Присуждение. Основной целью иска было, как указывает петиторная формула, возвращение вещи (*restitutio*) в соответствующем состоянии, со всеми плодами и приращениями *rem cum omni causa*, с обязанностью возмещения ущерба от гибели, повреждения и ухудшения, а также представление обеспечения на случай возможного ущерба (*cautio*).

Однако при возвращении вещи истцу судья обязывал последнего возместить добросовестному ответчику издержки, понесенные им на вещь.

Sumptus in praedium quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt verum (exceptione doli posita) per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur (D. 6. 1. 48).

(Расходы, понесенные добросовестным владельцем на имение, которое оказалось чужим, не могут быть требуемы ни с того, кто подарил имение, ни с собственника, однако (путем ввода эксцепции об умысле) они охраняются по обязанности судьи в силу соображений справедливости; так, если они превосходят стоимость плодов, собранных до засвидетельствования спора, поэтому собственник принуждается производить зачет, возместить излишний расход в соответствии с улучшением его имения.)

Нужно отметить, что формула петиторного иска не содержала никаких указаний по данному вопросу и, как видно, обязанность истца возмещать добросовестному владельцу его издержки сложилась под влиянием соответствующего взгляда Папиниана, опиравшегося на соображении справедливости.

В соответствии с общей тенденцией формулярного процесса и формулой петиторного иска ответчик по виндикации мог быть присужден к уплате истцу определенной денежной суммы (*condemnatio pecuniaria*), а не к выдаче самой вещи. Поэтому важно было сделать из оценки предмета (*aestimatio litis*) средство побудить ответчика к выдаче вещи. Истец давал оценку вещи под присягой.

Eius rei quae in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegitse enim cum eo et decidisse videtur eo pretio quod ipse constituit (D. 6. 1. 1. 46).

(Право собственности на вещь, которую не требуют путем иска о вещи и которая была оценена во столько, во сколько на суде присягнул истец, тотчас переходит к владельцу: ведь истец представляется заключившим с ним (ответчиком) мировую по той цене, которую установил сам.)

Таким образом создавалась конструкция процессуальной продажи объекта виндикации истцом ответчику, чтобы оправдать сохранение последним объекта спора за собой.

212. Негаторный иск (*actio negatoria*). Негаторным (отрицательным) назывался иск, который предоставлялся собственнику в тех случаях, когда он, не утрачивая владения своею вещью, встречал, однако, какие-то помехи или стеснения. Таким образом, этот иск принадлежал владеющему собственнику и был направлен против всяких серьезных и реальных посягательств с чьей-либо стороны на его собственность в виде присвоения права сервитутного или сходного пользования

(прохода или проезда через его участок, пристройки к его стене своих сооружений). Собственник отрицал за ответчиком такое право (почему иск и назывался негаторным). Интенция формулы негаторного иска была выражена в отношении ответчика отрицательно - "si paret N^o N^o ius pop esse eundi, agendi..." (если окажется, что Нумерию Негидию не принадлежит право прохода, прогона...). Истец должен был доказать свое право собственности и нарушение его ответчиком. Свободу своей собственности он не должен был доказывать, ибо это всегда предполагалось, а за ответчиком оставалось право доказывать свое право на ограничение полноты прав истца. Истец при этом мог требовать гарантии своей собственности от нарушений в будущем - cautio de pop amplius turbando. Связанные с нарушением выгоды ответчика и нанесенные убытки подлежали возвращению и возмещению истцу. В случае оспаривания размеров возмещения на помощь приходила оценка спора (litis aestimatio) по аналогии с виндикацией.

213. Actio prohibitoria. Параллельно негаторному иску существовал еще иск о воспрещении - actio prohibitoria, формула которого начиналась интенцией: si paret A^o A^o ius esse prohibendi N^o N^o uti frui - если окажется, что Авлу Агерию принадлежит право воспрещения Нумерию Негидию пользоваться и извлекать плоды... Здесь интенция выражена положительно в пользу истца, который требовал свободы своей собственности и доказывал только свое право воспрещения вмешательства со стороны ответчика. Последний мог выставлять возражение и доказывать свои полномочия подобно преторскому собственнику против иска квинритского собственника.

214. Actio Publiciana. Actio Publiciana (публициановский иск) был создан в I в. до н.э. для защиты бонитарного собственника и лица, добросовестно приобретшего вещь от несобственника. Выше (п. 193) изложены причины появления и общий характер этого иска. Необходимо добавить, что это был петиторный иск (иск о праве), существенно отличавшийся от владельческих интердиктов. В последних допускались только возражения о порочности владения противника (но не об отсутствии у него права), в публициановском же иске ответчик, у которого требовали спорную вещь, мог доказывать свое право на нее. Поэтому классическая юриспруденция разделяла фигуры добросовестного владельца и публициановского собственника, ставя право последнего наряду с квинритской собственностью. Считалось, что находившаяся у него вещь in bonis alicuius est, в противоположность полной собственности res alicuius est ex iure Quiritium - вещь является чьей-либо собственностью по квинритскому праву.

Преторский эдикт, которым был введен публициановский иск, реконструированный впоследствии юристами, гласил:

Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

(Я дам иск, если кто-нибудь потребует в искомом порядке то, что передается в манципационном порядке и что было (ему) передано на законном основании и еще не приобретено по давности.)

Из текста этого эдикта видно, что он одинаково защищал бонитарного собственника и добросовестного владельца, получивших вещь, относившуюся к числу res mancipi, путем traditio. Классическая же юриспруденция расширила действие иска и на случай приобретения res nec mancipi.

В публициановском иске допускалась фикция, что владелец провладел давностный срок. В остальном требовалось соблюдение тех же реквизитов, которые были установлены для давности. В частности, истец должен был быть добросовестным владельцем и основывать свое владение на законном основании, способном оправдать переход права собственности. Доказательство этих моментов (владение, bona fides, iustus titulus) дополнялось еще особым требованием относительно объекта добросовестного владения: он должен был быть вещью, годной к давностному владению (res habilis), которое не допускалось в отношении вещей ворованных или насильно отнятых.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusdem rei argumentum est... exceptio si ea res possessoris non sit: sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque eius rei ex ea causa nactus est, potius rem habeat (D. 6. 2. 17).

(Публицианов иск был создан не для того, чтобы отнять вещь у собственника, и доказательством этого является эксцепция: "если эта вещь не принадлежит владельцу", а для того, чтобы добросовестный покупатель, получивший эту вещь по этому основанию во владение, лучше сохранял за собой вещь.)

В этом тексте подчеркивается значение публицианова иска не только для добросовестных владельцев, но и для собственников, в деле охраны и возвращения им их вещей от третьих лиц, и указываются элементы иска - *iustus titulus* (купля), *bona fides* и *possessio*. Таким образом, публицианов иск, наряду с виндикацией, служил делу охраны той же собственности.

215. Личные иски. Кроме указанных выше исков, которые могли предъявляться против любого нарушителя права собственности, эта последняя защищалась и рядом исков, направленных лично против нарушителя в соответствии с особым характером его действий. Сюда относились многочисленные иски из правонарушений - *actio furti*, *actio legis Aquiliae*, *actio iniuriarum* и др. (пп. 582 и сл.; 585 и сл.; 587).

Глава 17

ПРАВА НА ЧУЖИЕ ВЕЩИ

§ 69. Понятие прав на чужие вещи

216. Кроме рассмотренных выше прав владения и собственности, римское право развило ряд прав на вещи с ограниченным содержанием полномочий. Объектом этих прав служили, конечно, чужие вещи, почему они назывались *iura in re aliena*. Возникли они очень рано и, постепенно развиваясь, образовали особую группу полномочий разного содержания. В состав этой группы к концу классической эпохи входили институты сервитутов, суперфиция и эмпитевзиса, залоговое право (излагаемое в пп. 406 и сл.).

§ 70. Сервитуты (понятие и виды)

217. Понятие. Сервитутами назывались права пользования чужой вещью, которые устанавливались или для создания определенных выгод при эксплуатации определенного земельного участка, или в пользу определенных лиц.

Слово *servitus* означало собственно "рабство вещи", "служение ее", т.е. такое отношение, при котором вещь, участок - *praedium serviens* - служил не только своему собственнику, но и использовался для экономических выгод соседнего господствующего участка - *praedium dominans*, следовательно, для выгод собственника последнего. Права последнего на служащую вещь тоже назывались сервитутами. Затем термин *servitus* был распространен на целый ряд сходных отношений. Собственник служащей вещи был обязан или воздерживаться от определенного воздействия на нее, какое он оказывал бы на свою вещь, если бы она была свободна от вещных прав другого лица, - *servitus, quae in non faciendo consistit* - сервитут, который состоит в воздержании от действия: собственник участка обязуется не строить зданий выше определенной высоты или терпеть - *pati* - действия другого лица по отношению к вещи, которые собственник мог бы устранить, если бы вещь не была обременена сервитутом - *servitus, quae in patiando consistit*, который состоит в допущении, например, собственник участка обязуется допускать скот соседа к водопою. К положительным действиям сервитут обязывать не мог. Однако римское право знало один сервитут - несения тяжести надстройки, при котором на собственнике обремененного участка лежала обязанность производить ремонт и восстановление опоры - *servitus operis ferendi*.

Хозяин обремененного сервитутом участка должен был постоянно держать его в состоянии пригодности, чтобы поддерживать строение, собственнику которого принадлежал сервитут.

Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet... sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit (D. 8. 5. 6. 2).

(Нам также принадлежит иск о сервитуте, который будет установлен для несения тяжести, чтобы (обязанный) и тяжесть поддерживал, и здания ремонтировал... и Галл полагает, что нельзя устанавливать сервитут с тем, чтобы кто-либо обязывался что-нибудь делать, но чтобы не воспрещал мне действовать... но в предложенном случае возобладало мнение Сервия, что может кто-либо защищать принадлежность ему права принудить противника ремонтировать стену для поддержания тяжести своего строения. Однако Лабейон написал, что этот сервитут обязывает не лицо, а вещь, так как собственнику дозволено и бросать (совсем) вещь.)

Сервитут есть всегда право на чужую вещь. Так как в своей собственной вещи соединяются для собственника все нормы пользования ею, то выработалось основное положение *petitū res sua servit* - никому не служит собственная вещь (D. 8. 2. 26), т.е. не может быть сервитута на свою вещь.

218. Виды сервитутов. Древнее римское право знало лишь земельные сервитуты, при которых подчинение одному земельному участку (*praedium dominans*) в пользу его собственника другого земельного участка (*praedium serviens*) было формой экономического восполнения хозяйственной полезности господствующего участка (D. 45. 1. 140. 2).

Такие сервитуты возникали на почве мелкой раздробленной собственности, когда отдельные участки не являлись "хозяйственно-самостоятельными". Они не могли обойтись собственными средствами и ресурсами для удовлетворения неотложных хозяйственных потребностей иначе как путем создания постоянной связанности и взаимного восполнения между близлежащими участками.

Первоначально таким путем юридически удовлетворялись интересы сельскохозяйственного пользования земельных участков, их сельскохозяйственное обслуживание и установились сервитуты сельских участков - *servitutes praediorum rusticorum*. Сюда относились земли без строений или где строения носили служебный характер в отношении сельскохозяйственного производства.

Лишь позднее, когда город Рим разросся и стал оживленным центром растущей державы, возникли городские сервитуты, применявшиеся в отношении застроенных участков, - *servitutes praediorum urbanorum*. И те и другие сервитуты принимали в городах довольно разнообразные формы.

Гораздо позднее возникла новая группа личных сервитутов - *servitutes personarum*. Вначале к ним применялись старые названия владения и собственности - *usufructus*, *usus*, которые затем стали уже техническими терминами. Выражение "сервитуты" было перенесено на личные сервитуты лишь в позднеклассическое время.

§ 71. Земельные сервитуты (*servitutes praediorum*)

219. Признаки земельного сервитута. Все земельные сервитуты неразрывно были связаны с господствующим участком - *praedium dominans*. Они предполагали существование двух отдельных земельных участков: *fundus servit fundo* - участок служит другому участку. Содержание земельного сервитута должно было удовлетворять следующим основным условиям. Во-первых, сервитут должен обеспечивать интересы и предоставлять выгоду господствующему участку, быть *praedio utilis*, но не требовалось, чтобы сервитут непосредственно увеличивал ценность или доходность господствующего участка. Он должен был обременять участок, соединенный с господствующим, чтобы было возможно обслуживание, однако непосредственного соприкосновения не требовалось (D. 8. 3. 7. 1). Таков смысл правила *praedia esse debent vicina* - участки должны быть соседними.

Во-вторых, сервитут должен был обеспечивать своими естественными ресурсами

постоянное служение нуждам собственника господствующего участка, а не возникать случайно и по произволу - *perpetua causa, utilitas perpetua* (D. 8. 2. 28).

Пока осуществлялась эта постоянная цель, продолжал существовать сервитут, какие бы ни происходили перемены субъектов сервитутного отношения, путем ли отчуждения участков или наследования. Сервитут оставался неделимым, распределялись лишь сервитутные права. Если, например, господствующий участок перешел к нескольким наследникам, то каждый был управомочен на пользование соответствующей долей служащего участка - *servitus per partes retinetur* - каждый получал, например, при сервитуте пользования водой долю, соответствующую мере своего участка, - *pro modo agri detenti aut alienati fiat eius aquae divisio* - пусть будет произведено разделение этой воды в меру владения или отчуждения.

220. Виды земельных сервитутов. Сервитуты, установленные в интересах сельскохозяйственных участков, назывались сельскими - *iura praediorum rusticorum*. К ним относились дорожные и водные сервитуты, даже тогда, когда они в отдельных случаях предназначались для городских земельных участков. Из них надлежит выделить четыре древнейших сервитута: а) *iter* - право прохода пешком, на лошади или в носилках; б) *actus* - право прогона скота; в) *via* - право проезда на телеге с поклажей; г) *aquaeductus* - право проведения воды.

Значительно позднее к сельским сервитутам были причислены права черпания воды - *aquae haustus*, выгона скота на водопой - *pecoris ad aquam appulsus*, пастбы - *pascendi* и т.п. (D. 8. 3. 1; D. 8. 3. 7; D. 8. 3. 12; I. 2. 3. pr. 2).

Сервитуты для застроенных участков назывались городскими сервитутами - *iura praediorum urbanorum*. Главными видами являлись: а) право делать себе крышу или навес, проникая ими в чужое воздушное пространство, - *servitus protegendii*; б) право опирать балки на чужую стену - *servitus tigni immittendi*; в) право пристраивать постройку к чужой стене или опирать ее на чужую опору - *servitus operis ferendi* (п. 217).

Позже к городским сервитутам были отнесены: право стока дождевой воды (*stillicidii*), право спуска воды (*fluminis*), право проведения канала для нечистот (*s. cloacae*), право требовать, чтобы не были застроены окна (*s. ne luminibus officiatur*), чтобы не был испорчен вид (*s. ne prospectui offendatur*), право возведения строений не выше известной меры (*s. altius non tollendi*) (Гай. 2. 31; D. 8. 2. 2. 3; I. 2. 3. 1). Упоминались также городские сервитуты, которые обеспечивали права с содержанием, обратным перечисленным правам. Например, право строить на господствующем участке здания выше нормы, установленной соглашением или законом, застраивать окна (D. 8. 2. 27. 1). Эти сервитуты, направленные против законных ограничений права собственности, могут рассматриваться как выкуп этих ограничений в соседских отношениях (D. 8. 2. 11. pr.).

§ 72. Личные сервитуты (*servitutes personarum*)

221. Узуфрукт. Личными сервитутами считались пожизненные права пользования чужой вещью. Основными видами личных сервитутов были: *ususfructus*, *usus*, *habitatio*, *operae servorum vel animalium*.

Ususfructus - самое обширное право пользования чужой вещью. Уполномоченный назывался узуфруктуарием и мог пользоваться как самой вещью (*uti*), так и извлекать из нее плоды (*frui*), не повреждая и не изменяя самой вещи, - *ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (D. 7. 1. 1). Узуфрукт является правом пользования и извлечения плодов из чужих вещей при сохранении в неприкосновенности их хозяйственного назначения. Имеющий это право должен был пользоваться вещью, как подобает хорошему хозяину - *boni viri arbitrato*, - и соблюдать все правила пользования (D. 7. 1. 13. 4. сл.). Пользователь становился собственником естественных плодов с момента сбора их - *perceptio*. Пока действовал узуфрукт, собственник не имел права на доходы от вещи, и его собственность была голой - *nuda proprietas*. Он мог передать право собственности другому лицу, заложить или обременить ее другим сервитутом, но так, чтобы от этого не пострадал узуфрукт. Предметами узуфрукта могли быть вещи, пользование которыми возможно

было без потребления или уничтожения их (хотя это правило не всегда выдерживалось).

Узуфруктуарий (имеющий право узуфрукта) мог принимать определенные обязанности, установленные формально устными договорами - *stipulatio*. Он должен был заботиться о поддержании постоянной доходности вещи, обращаться с ней заботливо и охранять от повреждений. Все затраты на вещь нес узуфруктуарий, в том числе повинности и подати (D. 7. 1. 65). При возвращении вещь должна была быть в состоянии, годной для дальнейшего правильного пользования ею. В обеспечение выполнения этих обязанностей, а также возвращения предмета узуфрукта после смерти узуфруктуария было введено преторское обеспечение путем стипуляции - *cautio usufructuaria* (D. 7. 9). Исключение из этой обязанности делалось для узуфрукта отца над имуществом сына.

Узуфрукт мог принадлежать в идеальных долях нескольким лицам. Могло существовать и пользование одной какой-либо определенной частью, при общей собственности на все ее другие части, - *partes pro indiviso, ususfructus* (D. 7. 1. 5. 49). Это - единственный сервитут, при котором допускалось такое деление. Как чисто личный сервитут узуфрукт не подлежал ни наследованию, ни отчуждению, однако осуществление личного пользования (но не права) могло быть отчуждено (D. 23. 3. 66; D. 7. 1. 67). Со смертью узуфруктуария *ususfructus* прекращался и наследники были обязаны собственнику возвратить предмет пользования.

Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit (D. 7. 1. 57).

(Собственник отказал плодopользователю участок, который служил ему узуфруктом, но отказополучатель был вынужден возвратить этот самый участок, которым он провладел некоторое время, сыну (умершего), который правильно провел процесс о нарушающем обязанности завещании; оказалось, однако, из последующих фактов, что право извлечения плодов сохранилось в неприкосновенности.)

222. *Quasi ususfructus*. В начале империи был издан сенатусконсульт, согласно которому объектом пользования могло являться целое имущество (D. 7. 5. 1). Он распространялся также и на потребляемые вещи и назывался *quasi ususfructus*, в отличие от *ususfructus* в собственном смысле слова.

В этом случае пользователь становился собственником объектов узуфрукта и должен был под обеспечение (*cautio*) обещать, что по окончании пользования выплатит твердо установленную вначале стоимость принятого. При соглашении можно было выговорить производство обратной выдачи не в денежном выражении, а в равном количестве (*quantum*) однородных вещей (D. 7. 5; I. 2. 4. 2). В Институциях упоминаются в качестве объекта *quasi ususfructus* только деньги, но Гай говорит, что должны быть выданы или деньги, или равное *quantum* вещей, хотя выплату деньгами он считает - *commodius* - более удобным способом.

223. *Usus*. Это была форма пользования чужой вещью более ограниченного объема. Такому пользователю из плодов предоставлялось столько, сколько ему было нужно для удовлетворения собственных потребностей. Ни передавать своего права другому, ни делить его пользователю не разрешалось. Пользователь мог допускать своих близких к совместному пользованию, а также принимать в дом третьих лиц или нанимателей (D. 7. 8. 2. 1).

Usus мог принадлежать нескольким лицам, но не был делим. Обязанности пользователя также обеспечивались путем *cautio*. Подобно узуфруктуарию, пользователь должен был осуществлять свое право, как полагается *boni viri arbitrato*, и возвратить вещь собственнику в надлежащем виде.

224. *Habitatio*. *Habitatio* было правом пожизненно обитать в чужом доме или в его части. Управомоченный мог жить в нем сам или отдавать внаймы. Юристы-классики спорили, являлось ли подобное право узуфруктом, узусом или чем-то

самостоятельным (С. 3. 33. 13). В праве Юстиниана оно считалось самостоятельным правом, и управомоченному свободно разрешалось сдавать его внаймы, что у классиков возбуждало споры. Безвозмездная уступка другому этого права была недопустима (D. 7. 8. 10. pr.; С. 3. 33. 13).

225. *Operae servorum vel animalium*. Так называлось пожизненное право на пользование чужими рабами или животными. Управомоченный мог или сам пользоваться этими объектами, или отдавать внаймы. Возможность безвозмездной передачи этого права не выяснена.

Существовали еще другие личные сервитуты, направленные на единоличное пользование, например, пашней или дорогой. Частично пытались отнести их к плодopользованию или простому пользованию (D. 7. 1. 32). Однако возник интерес отделить ограниченные личные сервитуты от *узупфрукта* и *узуса*, прежде всего потому, что путем такого отделения устранялось прекращение их вследствие *capitis deminutio* или *поп usus* (D. 7. 8. 10. pr.). (См. п. 227).

§ 73. Возникновение и прекращение сервитутов

226. Возникновение сервитутов. По гражданскому праву приобретение сервитутов совершалось различно.

(1) Путем *in iure cessio* для всех видов, а к сельским сервитутам применялась также *манципация* (Гай. 2. 29). Земельный собственник - отчуждатель мог при этом оставлять за собой, путем добавочного к *манципации* соглашения, земельные или личные сервитуты. Это называлось *вычетом сервитута* (из права собственности) - *deductio servitutis* (Гай. 2. 33; Vat. fr. 47. 50). Приобретатель получал в этих случаях право собственности, за вычетом сервитута - *deducta servitute*, который сохранялся за отчуждателем.

(2) В начале республики допускалось приобретение сельских сервитутов по давности. Для этого требовалось только выполнение одного условия - осуществление сервитута в течение двух лет. Закон *Скрибония* (*Lex Scribonia*, после Цицерона) отменил этот способ установления сервитутов. (Сервитуты к этому времени юристами были отнесены уже к нематериальным вещам).

(3) В процессах о разделе общей собственности судья мог, производя раздел, устанавливать между разделяемыми для уравнения сервитутные отношения, предоставив одним большие участки и компенсировав других за меньшие установлением сервитутов на первые.

(4) Наконец, в сделках на случай смерти - *mortis causa* - наследователи могли в завещаниях возлагать на наследников установление сервитутов путем отказов посторонним лицам (п. 271 и сл.).

(5) Эдикты римских правителей создали для сервитутов на провинциальные земли особые способы установления. Взамен не допускавшихся там гражданских способов они допустили неформальные договоры - *pactiones et stipulationes* (п. 433). Взаимодействие столичного и провинциального эдиктов и давление практических потребностей приводили к распространению несложных провинциальных способов установления сервитутов и на италийские земли. Перегрины могли устанавливать сервитуты в интересах своих участков лишь способами, признанными в *ius gentium*.

Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute... pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc (haustum ex rivo) concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest (D. 8. 3. 33. 1).

(Ты проводишь воду через участки многих (лиц), установив сервитут любым способом. Ведь при содействии соглашения или *стипуляции* обыкновенно устанавливается и это (черпание воды из реки), хотя никакой участок не может служить себе самому, ни устанавливать пользование плодами сервитута.)

(6) Признание возможности владения сервитутным правом - *iuris quasi possessio* - привело к допущению передачи сервитутного права в форме традиции. Исходя из этой воображаемой традиции преторы распространяли владельческие способы

защиты на возникавшие по этой традиции сервитутные права (D. 8. 3. 1. 2).

(7) Преторы защищали, подобно собственности, десятилетнее и двадцатилетнее владение сервитутом, что приводило к установлению преторской давности для приобретения сервитутов - *longi temporis possessio* (D. 8. 5. 10. pr.). Соответственно этому преторами была введена и погасительная давность для сервитутов в пределах тех же сроков.

(8) В праве Юстиниана исчезли и манципация, и процессуальная цессия. Их место заняли описанные выше преторские способы установления, а также *longi temporis possessio* с его гражданскими последствиями (I. 2. 3. 4; 2. 4. 1).

227. Прекращение сервитутов. Прекращение сервитута имело своим последствием восстановление в полном объеме права собственности, обремененного прежде сервитутом. Это происходило:

(1) Путем отказа управомоченного в процессуальных формах уступки своего права собственнику (*in iure cessio*) (Гай. 2. 30).

(2) Путем погасительной давности. Личные сервитуты погашались в силу неиспользования - *pop usus* - в течение двух лет при недвижимостях и одного года при движимых вещах.

Предиальные сервитуты сельского типа погашались при двухлетнем неиспользовании. Городские сервитуты для погашения требовали, чтобы собственник обремененного сервитутом участка создал такое состояние последнего, которое противоречило бы сервитуту, и поддерживал это состояние в течение двух лет. Это означало, что собственник обремененного участка, не взирая на права соседа, совершенно свободно распоряжался своим участком и освобождался по давности от сервитута - *usucapio libertatis* (D. 8. 2. 17). Основанием такого различия в понимании неиспользования было то, что осуществление городских сервитутов всегда зависело от состояния построек на господствующем или служащем участке. Было бы нецелесообразным сохранять сервитут, если управомоченное лицо в течение продолжительного срока пренебрегало пользованием выгодами соседнего строения.

(3) Сервитуты прекращались в случаях, когда собственник служащего участка приобретал собственность на господствующий участок в силу слияния обоих прав: *pe mini (pulli) res sua servit*. При личных сервитутах слияние собственности и пожизненного пользования в лице уполномоченного приводило к тем же результатам и по тому же основанию.

(4) Личные сервитуты прекращались в случаях существенных перемен в характере их объекта, изменявшего свою способность к личному использованию, например при гибели здания от огня (D. 7. 4. 5. 2). Такое же влияние оказывала смерть управомоченного или умаление его правоспособности - *capitis deminutio* - всех степеней. В праве Юстиниана такое действие производили только высшее и среднее умаление правоспособности - *capitis deminutio maxima* и *media* (п. 122).

§ 74. Защита сервитутов

228. *Actio confessoria*. Подобно собственнику, управомоченный по сервитуту защищался против наличных и угрожающих в будущем нарушений его прав и мог требовать как возврата отнятого сервитута, например *ususfructus*, так и устранения нарушающих его права состояний и положений. Принадлежавший ему иск назывался сначала *vindicatio servitutis*, позднее *actio confessoria*. В праве Юстиниана этот иск давался против всякого, кто мешал управомоченному осуществлять свои права, независимо от того, принадлежала или нет нарушителю права служащая вещь. Цель *actio confessoria* сближала этот иск с *actio negatoria* собственника. Исковое требование направлялось на восстановление состояния, соответствующего предиаальному или личному пользованию, на предоставление обеспечений от нарушений в будущем, на возмещение убытков. Истец должен был доказывать основания и способы установления сервитутов.

229. Другие средства защиты. Преторский эдикт установил ряд специальных интердиктов для защиты земельных сервитутов, например водных, водопойных,

дорожных, а также для личных, по аналогии с владельческими интердиктами (*interdicta utilia de aqua, de rivis, de fonte, aquaehaustu*).

В классическом праве упоминается один раз иск добросовестного владельца (*actio Publiciana*), как служивший для облегченной, по сравнению с *actio confessoria*, защиты сервитутов, но это место (D. 6. 2. 11. 1), по-видимому, сильно обобщено при кодификации.

В праве Юстиниана конфессорный иск предоставлялся для защиты сервитутов, установленных путем как *traditio* - воображаемой передачи, так и пассивного допущения пользования (*pati-patientia*), а также давностным владением - *longa possessio*.

§ 75. Суперфиций и эмфитевзис

230. Происхождение этих прав. Еще в период республики государство предоставляло государственные земли частным лицам для застройки, а городские общины и муниципии отдавали порожние земли в наследственную аренду. Позднее обилие пустующих и нерасчищенных земель вокруг городов и в больших имениях и необходимость привлечь к их культуре массу мелких съемщиков вызывали значительные изменения в нормировании арендных отношений. Появились в эдикте о городских землях, и особенно в императорских указах, особые указы о сдаче в долгосрочный наем пустующих императорских доменов - *сальтусов*. Это законодательство по делам имущества императоров (*patrimonium principis*) распространилось и на область частного хозяйства, подвергшегося упадку и запустению.

Суперфиций и эмфитевзис являлись наследственными и отчуждаемыми правами на вещь, устанавливавшими длительное пользование чужой землей под здание - в первом случае, и под обработку - во втором. Элементы обоих институтов складывались одновременно в римском и провинциальных правах, сила же и значение прав на чужую вещь были признаны за ними лишь значительно позднее, под влиянием и воздействием преторского права. От сходных с ними сервитутов - *ususfructus, habitatio* - они отличались своим широким, подобно праву собственности, правом пользования, своей отчуждаемостью и способностью переходить по наследству. От простого найма или аренды они отличались защитой соответствующих прав против всех нарушителей, тогда как наем и аренда считались обязательственными отношениями и защита их носила личный характер.

231. Суперфиций. *Superficies* в общем смысле означало все созданное над и под землей и связанное с поверхностью земли. Как особое правоотношение *superficies* представляет собою наследственное и отчуждаемое право пользования в течение длительного срока строением, возведенным на чужой земле. Постройка здания производилась за счет нанимателя участка (суперфициария). Право собственности на строение признавалось за собственником земли - *semper superficiem solo cedere* - все находящееся на земле, но связанное с ней принадлежит (как *accessio*) собственнику земли. Однако только суперфициарию принадлежало в течение срока суперфициарного договора право осуществлять пользование зданием. У классических юристов *superficies* рассматривалось как право на чужую вещь - *ius in re aliena*, могущее переходить от одного лица к другому, независимо от того, сохраняется ли право собственности на землю в прежних руках или же отчуждается.

Исторически это соглашение о *superficies* возникло в отношении земель, принадлежавших государству или городам - *locus publica*, не подлежавших продаже, и носило публично-правовой характер. За предоставленную под постройку землю наниматели должны были в установленные сроки вносить государству определенную наемную плату - поземельный оброк *solarium (vectigal)*. В дальнейшем, с деградацией экономической жизни и обострением потребностей городского населения в жилье, практику сдавать в аренду землю под постройку на длительный срок за определенную плату (*solarium*) усвоили и частные лица (D. 43. 18. 2), и таким образом это отношение перешло и в область частного права. Отношение, носившее прежде характер обязательственного, развилось в практике

преторов и получило значение права на вещи - *ius in re*. Суперфиций стал рассматриваться как вещь, юридически относящаяся к области частного права. Отношение, носившее прежде характер обязательственного, развилось в практике преторов и получило значение права на вещи - *ius in re*. Суперфиций стал рассматриваться как вещь, юридически отделенная от поверхности и имеющая обособленное правовое положение. Это вполне соответствовало возросшей ценности домов в городах (D. 44. 7. 44. 1).

Претор предоставил суперфициарию интердикт о суперфиции - *interdictum de superficie*, наподобие интердикта *uti possidetis* (п. 181), предназначенный для защиты пользования от третьих лиц. Суперфициарий *in perpetuo* получал, согласно обещанию претора, иск на вещь - *actio de superficie (in rem)*, аналогичный иску о собственности, *utilis rei vindicatio*. Он предоставлялся в случае потери владения постройкой. После расследования дела, направленного против третьего лица и признания нарушения его права (включая и собственника), происходило восстановление.

Для установления суперфиция по гражданскому праву было недостаточно простого договора, а требовалась еще передача постройки. Претор уполномочивал приобретателя на *exceptio pacti* против новых приобретателей земли. Право суперфиция могло устанавливаться также путем давности и легатов. Суперфициарий мог передавать свое право по наследству и путем сделок между живыми - отчуждать, закладывать, обременять сервитутами, но лишь без ущерба для прав собственника земли. Для сделок отчуждения требовалось согласие собственника.

Суперфициарий обязан был уплачивать собственнику земли в срок поземельную ренту (*solarium*). Эта уплата включала всегда не только текущие платежи, но и все недоимки, накопившиеся за прежнее время. Суперфициарий оплачивал также все государственные подати и налоги.

Собственник не мог произвольно лишить суперфициария его правомочий. Он ограничивался получением с него *solarium* и, в случае неуплаты в установленные сроки, мог возбудить иск о собственности (*rei vindicatio*).

Прекращался суперфиций с истечением назначенного при его установлении срока, вследствие дереликции, т.е. отказа от этого права со стороны суперфициария, слияния прав, т.е. приобретения суперфициарием права собственности на участок или собственником - суперфиция, а также вследствие погасительной давности.

232. Эмфитевзис. Отдача земель в обработку имела много разнообразных форм. Образованию института эмфитевзиса в Риме предшествовали сходные с его содержанием отношения по владению и найму государственных, городских и общинных земель. Весьма рано развилась и получила широкое распространение особая форма наследственной аренды, так называемых *agri vectigales* - оброчных земель. Эти земельные участки, принадлежавшие государству или публичным корпорациям, отдавались частным лицам в наем на длительный срок или навсегда (*in perpetuum*), с оговоркой, что наниматель и его наследники не будут лишены владения, если они будут платить определенную годовую плату - *vectigal*. Положение собственника с внешней стороны оставалось таким же, как и при всякой аренде. Но тогда как при обычной аренде наниматель имел лишь право требования - иск *actio conducti* против собственника земли, здесь права арендатора принимают характер прав на вещь. Нанимателям *agri vectigales* претор предоставлял не только интердикты для защиты от нарушений владения, но также иск *actio in rem vectigalis*, аналогичный виндикации (*actio in res utilis*), против всякого нарушителя и даже против собственника - *adversus quemvis possessorem*. Впоследствии это право могло распространяться как на государственные, так и на частные земли. Наниматель мог отчуждать, закладывать и завещать свое право, но с тем, чтобы положение собственника не ухудшалось. Если он был неисправным плательщиком *vectigal*, то собственник возвращал себе землю посредством *rei vindicatio*.

Такая рано развившаяся форма наследственной аренды широко применялась и при империи, когда все общественные земли перешли в частную собственность

императоров. Но в эту же эпоху право *ager vectigalis* определилось как *ius perpetuum*. В республиканскую эпоху право *in agro vectigali* распространялось главным образом среди мелких арендаторов, при империи на первый план выступают арендаторы крупных земельных фондов. С течением времени (к концу V и нач. VI вв.) форма *ius in agro vectigali* или *ius perpetuum* стала переплетаться и проникать в сходное ему по содержанию право эфитевзиса. Тексты, относившиеся к *ager vectigalis*, были распространены на эфитевзис путем интерполяции.

С IV в. н.э. *agri vectigales* потеряли окончательно свое самостоятельное существование, в законах этот термин уже не встречался.

От описанного выше правоотношения вначале отличалось право с греческим названием эфитевзис. Этот институт умел весьма древнее происхождение и применялся в практике Египта и Карфагена. В Греции еще в III в. до н.э. была распространена практика сдачи земли за известную плату в наследственную аренду. Земли, сдававшиеся в Риме в такую аренду, назывались *agri emphyteuticarii*, а аренду называли *emphyteusis*, *ius emphyteuticum*, от греческого слова *emphyteuein* - насаждать. Позже это правоотношение распространилось и на частные поземельные имущества. На римской почве этот вид наследственной аренды получил окончательную разработку как самостоятельный юридический институт в византийском - юстиниановом праве.

Однако еще в начале нашей эры была издана *lex Maniana*, позже переработанная в *lex Hadriana*. Это были частные указы по делам аренды доменов и защиты мелких арендаторов-издольщиков (*coloni partiarum*). Первоначально признание этого института римским правом диктовалось стремлением превратить необработанные громадные участки земли в обработанные сельскохозяйственные фонды. В начале он применялся на обширных завоеванных Римом участках Северной Африки, но примерно к концу III и IV вв. был перенесен в Италию. К тому же времени относится практика продажи земельных фондов с тем, чтобы покупатель платил ежегодную ренту. Постепенно применение института для целей разработки государственных пустырей перешло на церковные и частные земли и стало относиться не только к пустырям, но и к обработанным землям. Выражение *emphyteusis* стало охватывать всякий земельный сельскохозяйственный участок, составляющий объект наследственной аренды. Установление этой аренды имело вначале формы "эфитевтической продажи", которая сообщала нанимателю собственность на землю, при условии уплаты умеренной покупной цены и ежегодной выплаты аренды (*salvo capone*) деньгами или натурой, и налагала обязанность распахать участок.

Развитие эфитевзиса в области частного права привело к спору между юристами: являются ли сделки, устанавливающие это право, куплей-продажей (*emptio-venditio*) или наймом (*locatio-conductio*). Гай (3. 145) защищал положение, что это есть *locatio-conductio* - аренда. Император Зенон определил это отношение как особое правоотношение (C. 4. 6. 6), устанавливаемое особым договором - *emphyteuseos contractus*. Развитой и окончательно обработанный институт эфитевзиса носил характер смешения италийского и восточного эфитевзиса и считался вечной арендой, которая давала право на вещь, защищаемое особым иском (D. 6. 3; C. 4. 66).

Права эфитевты (лица, которому принадлежало *ius emphyteusis*) были весьма широки. Не являясь собственником и имея *ius in re aliena*, он в то же время имел право осуществления всего содержания права собственности. Он осуществлял владение и, следовательно, пользовался и владельческой защитой. Наподобие собственника ему принадлежали и петиторные иски. Плоды земли и все доходы поступали в его собственность после отделения - *separatio* (D. 22. 1. 25. 1). Права его переходили к наследникам, могли быть завещаны, подарены и проданы надежным приобретателям. Но при продаже он был обязан уведомить собственника и отчислить 2% с цены - *laudemium* - эфитевзиса или предоставить собственнику право первой купли - *ius protimeseos*. Он мог изменять хозяйственное назначение вещи, но не ухудшать ее. Эфитевта мог устанавливать залоги и сервитуты. Обязанности его состояли в следующем: он должен вести хозяйство, как хороший

хозяин, и платить общественные налоги, вносить собственнику ежегодную ренту - сапоп (деньгами или натурой). Рента была обычно ниже обыкновенной наемной платы, и поэтому эфитевта не имел права на сбавку ренты, тогда как наниматель в некоторых случаях имел право на уменьшение наемной платы (п. 505).

Для защиты своих прав против всякого владельца эфитевта имел особый иск *actio vectigalis* и все владельческие интердикты.

Права эфитевты прекращались в следующих случаях: при нанесении им большого ущерба, собственник мог лишиться его участка (*ius privandi*): при трехлетней неуплате сапоп'а или публичных налогов (на церковных землях - до двух лет) (Nov. 7. С. 3. 2); при нарушении предписаний о продаже (С. 4. 66. 3). Собственник земли имел по поводу исполнения обязанностей особый иск против эфитевты - *actio emphyteuticaria*.

Раздел VI

НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

Глава 18

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИМСКОГО НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА

§ 76. Понятие и виды наследования

233. Римское наследственное право прошло долгий и сложный путь развития. Этот путь был неразрывно связан с ходом развития римской собственности и семьи. По мере того как индивидуальная частная собственность освобождалась от пережитков собственности семейной, в наследственном праве выражался все последовательнее принцип свободы завещательных распоряжений. По мере того как когнатическое родство вытесняло родство агнатическое (п. 133), первое становилось и основой наследования по закону. Вместе с тем римское право нашло способы сочетания свободы завещаний с интересами наследников по закону: за некоторыми из последних были признаны определенные права в имуществе наследодателя, которых нельзя было ни отменить, ни уменьшить завещанием. Это было так называемое необходимое наследование определенных разрядов наследников по закону. Весь этот ход развития был связан и с постепенным освобождением завещания от первоначального формализма.

Правда, пережитки формализма сохранились в постановлениях о наследовании по завещанию даже и по окончательно сложившейся системе наследственного права, закрепленной законодательством Юстиниана. Правда, некоторые следы древнейшего права проявлялись и в окончательно сложившемся порядке наследования по закону. Тем не менее основные институты наследственного права, выработанные римским правом, были восприняты гражданским правом новых народов и составляют до сих пор основу наследственного права капиталистических государств. Более того, римскому праву современные законодательства обязаны и самим понятием наследования как универсального преемства, в силу которого на наследника не только переходят, в качестве единого комплекса, все имущественные права и обязанности наследодателя (*hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (D. 50. 17. 62), но и возлагается ответственность своим имуществом за долги наследодателя, создается своего рода продолжение в лице наследника юридической личности наследодателя: *postris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit* (Nov. 48 praef.).

Наряду с идеей универсального преемства римское право выработало и понятие сингулярного преемства по случаю смерти - понятие завещательных отказов (легатов), в силу которых определенные лица приобретали отдельные права на принадлежавшее завещателю имущество, не становясь субъектами каких бы то ни было обязанностей.

Наряду с этими основными понятиями системы наследования как преемства в правах и обязанностях вследствие смерти, римское право создало ряд положений об основаниях наследования, о порядке приобретения наследства, об отношениях наследников между собою и с кредиторами наследодателя.

§ 77. Ход развития римского наследственного права

234. Основные этапы развития. В развитии римского наследственного права можно проследить четыре этапа: а) наследственное право древнего гражданского права; б) наследование по преторскому эдикту; в) наследование по императорскому доюстиниановскому законодательству и, наконец, г) результат реформ Юстиниана, произведенных его новеллами.

235. Наследование по древнему гражданскому праву. Законы XII таблиц знали два основания наследования: наследование по завещанию и наследование по закону, которое имело место, если наследодатель умирал, не оставив завещания.

Таким образом, хотя трудно сомневаться в том, что первым по времени основанием наследования было в Риме, как и везде, наследование по закону, *hereditas legitima*, в силу которого имущество оставалось в семье, признававшей в глубочайшей древности единственной носительницей прав на это имущество, однако законы XII таблиц исходят уже из представления о завещании как нормальном, наиболее часто встречающемся основании наследования.

При этом характерной чертой римского наследования, которую оно сохранило навсегда, было правило: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (D. 50. 17. 7) - наследование по завещанию несовместимо с наследованием по закону в имуществе одного и того же лица; если завещатель назначил наследника, например, к четверти своего имущества, то наследник имеет право и на остальную часть этого имущества, наследники по закону остаются в стороне. Вероятно, это правило возникло на почве буквального толкования положения законов XII таблиц, в силу которого наследование по закону могло иметь место при отсутствии завещания, "*si intestato moritur*". Затем к этому положению привыкли, и оно стало одним из основных начал римского наследственного права.

Законы XII таблиц выражают ту стадию развития римского наследственного права, когда принцип свободы завещаний, еще ведя некоторую борьбу с пережитками института семейной собственности, собственности агнатической семьи, однако уже признан отчетливо и прочно. Когнатическое же родство еще не дает права наследования по закону.

236. Наследование по преторскому праву. Реформы, осуществленные в области наследования претором, начались еще в республиканский период ("преторское" наследование упоминается в сочинениях Цицерона) и завершились в эпоху принципата. Они шли следующим путем. Претор создал особый интердикт - *interdictum quorum bonorum* для ввода во владение наследственным имуществом. Первоначально этот интердикт давался лицам, которых претор, после суммарного рассмотрения их претензий, считал вероятными наследниками по гражданскому праву. Это облегчало положение гражданских наследников, которые нередко были заинтересованы в изъятии наследственного имущества из рук посторонних лиц до разрешения спора о правах на наследство по существу. Претор действовал в этих случаях *iuris civilis adiuvandi gratia* - в целях содействия применению, развитию гражданского права. Тем самым он служил, разумеется, интересам имущих слоев населения, ибо наследниками, хотя бы и по завещанию, чаще всего были лица, связанные с наследодателем, обладателем наследственного имущества, кровною или иною личною связью.

Однако скоро оказалось, что интересы господствующих классов в области наследования сложны и разнообразны, и, в частности, не всегда оказывалось приемлемым правило, в силу которого в тех случаях, когда ближайший наследник не принимал наследства, оно, не переходя к дальнейшему по порядку призвания к наследованию, становилось выморочным и в древнейшем праве бесхозным, а

следовательно, могло быть присвоено любым лицом. Для устранения этой последней возможности претор стал давать в таких случаях *bonorum possessio* следующему по порядку родственнику, т.е. допускал в отличие от гражданского права так называемое *successio graduum et ordinum* (пп. 249 и 253). В этом случае претор действовал уже *iuris civilis supplendi gratia* - в целях восполнения гражданского права.

Наконец, с распадом старой земледельческой семьи претор признал не соответствующим новым жизненным условиям сложившееся в древнейшие времена устранение эмансипированных, т.е. освобожденных от *patria potestas* детей, от наследования после отца, и *bonorum possessio* стала предоставляться эмансипированным детям. В таких и однородных случаях претор действовал уже *iuris civilis corrigendi gratia* - в целях исправления гражданского права, утверждая таким образом когнатическую кровную связь в качестве основы наследования по закону.

На первых порах претор предоставлял *bonorum possessio* после исследования в каждом отдельном случае обстоятельств дела (*causae cognitio*) и вынесения личного решения (*decretum*), вследствие чего полученная таким образом *bonorum possessio* называлась *bonorum possessio decretalis*. Но когда в практике сложились некоторые правила об условиях, при которых предоставляется *bonorum possessio*, преторы стали вносить эти правила в эдикт, *causae cognitio* отпала, и для получения *bonorum possessio* достаточно было доказать наличие условий, с которыми эдикт связывал ее предоставление. Сложившаяся таким образом *bonorum possessio edictalis* была уже устойчивым институтом римского права.

Сделать *bonorum possessor*'а гражданским наследником претор не мог, он и называл его не наследником, а *possessor*'ом, обладателем наследственного имущества, но создавал для него положение, по существу однородное с положением гражданского наследника, предоставляя ему иски последнего в качестве *actiones in factum*: *bonorum possessor* и становился *heredis loco* (I. 3. 9. 2).

В то же время, отказывая гражданскому наследнику в исках для получения наследства, претор оставлял за таким лицом одно лишь имя *heres*.

Так наряду с гражданской системой наследования сложилась мало-помалу преторская система, которой суждено было, по существу, парализовать действие гражданской системы.

Существенное значение, наряду с деятельностью претора, имела и практика центумвирального суда, которому были подведомственны споры о наследовании, о котором идет речь ниже.

237. Императорское законодательство до Юстиниана. Много внимания уделило наследственному праву законодательство времени принципата и особенно империи, обобщившее и закрепившее основные начала преторской системы наследования.

238. Наследственное право в новеллах Юстиниана. Развитие наследственного права завершено в новеллах Юстиниана: 118 (543 г.) и 127 (548 г.) - реформа наследования по закону и 115 (542 г.) - так называемое необходимое наследование.

Глава 19

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАВЕЩАНИЮ

§ 78. Понятие и формы завещания

239. Определение завещания. Ульпиан так определял завещание:

Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat (D. 20. 1. 1).

(Завещание есть правомерное выражение воли, сделанное торжественно для того, чтобы оно действовало после нашей смерти.)

Это определение неточно, в нем нет указания на основное содержание римского завещания: на *heredis institutio*, назначение наследника, т.е. универсального

правопреемника наследодателя. Между тем без такого назначения нет и завещания. Первоначально требовалось назначение в торжественной форме: *Titius heres meus esto* или *Titium heredem esse iubeo*. Только с 339 г. (С. 6. 3. 15) было предоставлено назначить наследника в любых выражениях.

Для того чтобы завещание произвело юридический результат, на который оно направлено, необходимо было, чтобы а) оно было совершено в установленной форме; б) лицом, обладающим так называемой активной завещательной правоспособностью (*testamenti factio activa*); в) с назначением наследником лица, обладавшего пассивной завещательной правоспособностью (*testamenti factio passiva*) (п. 241 и сл.).

Надо было также, чтобы надлежащим образом составленное завещание не оказалось в дальнейшем до смерти завещателя пораженным одним из обстоятельств, которые могли лишить его силы.

240. Формы завещания. По свидетельству Гая (2. 100), в древнейшем праве существовали две формы завещания: а) *testamentum comitiis calatis* и б) *testamentum in procinctu*. Та и другая форма была выражением воли наследодателя перед римским народом. Однако порядок совершения этих двух видов завещания, так же, как и условия, в которых они совершались, были различны.

(1) Завещание *comitiis calatis* совершалось в народном собрании по куриям, которое созывалось для этого два раза в год. Завещатель устно выражал свою волю, т.е. прежде всего назначал себе наследника, а кроме того, мог распорядиться о выдаче наследником легатов, мог назначить опекуна жене и несовершеннолетним детям и т.п., а затем обращался к народу с просьбой, по-видимому, в таких приблизительно выражениях: *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote* - так я передаю имущество, отказываю, завещаю, и вы, квириды, засвидетельствуйте это.

В более позднее время это обращение к народу и самое участие народа в совершении завещания стали простой формальностью. Но в древнейшие времена это было, разумеется, не так. Однако в литературе нет единодушного взгляда на сущность завещания *comitiis calatis*. В то время как одни ученые (Зом, Шулин) усматривают в этом завещании не что иное, как *argrogatio*, т.е. введение постороннего лица в семью для сообщения ему прав наследника по закону, другие (Жирар, Покровский) считают *testamentum comitiis calatis* завещанием в собственном смысле, не продолжением, а отступлением от порядка наследования по закону, для санкции которого и требовалось согласие народа. Народ мог и отвергнуть *rogatio* наследодателя и, вероятно, отвергал ее, когда ее содержание не соответствовало обычаям и господствовавшим воззрениям. Многие историки римского права (Иеринг, Зом, Миттейс) полагают, что это право сохранялось за народным собранием еще во время издания законов XII таблиц.

Однако римские юристы усматривали в словах законов XII таблиц "*uti legassit super re sua tutelave suae rei, ita ius esto*" признание свободы завещательных распоряжений. Помпоний говорил, что эти слова облекли завещателя "широчайшей властью". Поэтому и некоторые историки римского права (Жирар) считают, что уже в эпоху законов XII таблиц завещание в народном собрании было только публичным заявлением частной воли. Как бы то ни было, но таким оно, несомненно, стало в более позднее время.

(2) Второй формой древнейшего завещания было завещание *in procinctu* (по словам Гая, *procinctus* есть готовое к походу, вооруженное войско - *expeditus et armatus exercitus*) (2. 101).

Обе древнейшие формы завещания представляли ряд недостатков: а) обе формы неизбежно влекли за собою гласность завещательных распоряжений, которая не всегда соответствовала интересам завещателя; б) *testamentum comitiis calatis* могло совершаться только дважды в году в определенные дни, а *testamentum in procinctu* было недоступно лицам, не входившим в состав войска, в частности старикам и больным, т.е. тем, кто был особенно заинтересован в совершении завещаний.

Практика нашла способ удовлетворить соответствующие интересы, используя здесь, как и в ряде других случаев, *mancipatio*. *Testamentum per mancipationem* или *testamentum per aes et libram* заключалось в том, что завещатель передавал посредством *mancipatio* все свое имущество доверенному лицу, *familiae emptor* [12], который обязывался выполнить распоряжения, делавшиеся тут же завещателем. Держа в руках слиток металла, в присутствии пяти свидетелей и *libripens*, *familiae emptor* произносил формулу *mancipatio*, приспособленную для данного случая:

Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta (Гай. 2. 104).

(Я утверждаю, что твое имущество находится по твоему указанию под моей охраной и оно пусть будет мною куплено за эту медь, в соответствии с твоим правом завещать имущество согласно публичному закону.)

После этого он передавал слиток завещателю, а затем завещатель излагал свои распоряжения и обращался к свидетелям с просьбой, подобной той, с какой завещатель обращался к народу в народном собрании: *"Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote"*.

Устные распоряжения завещателя составляли *пипсупат*ио, присоединявшуюся к *мансипат*ио и получавшую юридическую силу благодаря известному правилу законов XII таблиц: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua pипсупассит ita ius esto*.

Эта форма завещания могла быть, разумеется, использована в любое время. Но, как и древнейшие формы завещания, она делала его гласным. Чтобы избежать этого недостатка, была введена письменная форма завещания: после совершения *мансипат*ио завещатель передавал *familiae emptor*'у *tabulae testamenti*, навощенные таблички, на которых была изложена воля завещателя, и говорил: *"Naes ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor"* - "как написано в этих навощенных табличках, так я и распоряжаюсь". Вслед за этим *tabulae* завязывались шнурком и скреплялись печатями и подписями как завещателя, так и всех присутствующих при совершении акта семи лиц: *familiae emptor*, пяти свидетелей и *libripens*'а.

Один недостаток оставался, однако, общим для обеих разновидностей завещания: *familiae emptor* становился обладателем всего имущества завещателя, после смерти которого он ставился в положение наследника, *heredis loco*. Правда, исполнение им обязанностей, возложенных на него *пипсупат*ио, санкционировалось не одной только *fides*, как при других фидуциарных сделках, но также и иском, который вправе были предъявить к нему все те, кому что-нибудь было отказано в завещании. Но все же *familiae emptor* был неизбежным юридическим средоточием между завещателем и теми, в чью пользу завещатель желал сделать распоряжение.

Однако со временем *мансипат*ио и *пипсупат*ио обменялись ролями: основным моментом завещания *per aes et libram* стала *пипсупат*ио, а на *мансипат*ио стали смотреть как на некоторый формальный привесок, в котором *familiae emptor* играл роль простого фигуранта и который, по словам Гая (2. 103), *"dicis gratia propter veteris iuris imitationem adhibetur"* (фигурирует по названию, в подражание древнему праву).

В то же время письменная форма завещания *per aes et libram* начала все больше вытеснять устную, и во второй половине республики претор объявил в эдикте, что он дает *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* тому, кто представит письменное завещание, скрепленное установленным по закону числом печатей. Если, однако, это завещание не сопровождалось *мансипат*ио, то наследство подлежало выдаче гражданскому наследнику в случае предъявления им иска: *bonorum possessio* была *sine re*. Но во II в. до н.э. было установлено, что *bonorum possessor*'у дается *exceptio doli* против иска гражданского наследника о выдаче ему наследства, *petitio hereditatis*; *bonorum possessio* стала *cum re*. Преторское письменное завещание стало равноправным с завещанием *per aes et libram*. По конституции 439 г. законную силу приобретало уже всякое письменное завещание,

подписанное завещателем и семью свидетелями. Это и было нормальное частное завещание позднейшего римского права. Наряду с ним продолжало существовать и устное завещание в форме *pupscipatio* после мнимой продажи наследства, которой уже не требует, однако, право периода домината: законно и устное завещание, совершенное в присутствии семи свидетелей. Как для письменного, так и для устного завещания требовалась *unitas actus*: вся процедура совершения завещания должна была протекать без перерывов.

Наряду с описанными формами частного завещания, в период домината появились публичные формы завещания: *testamentum apud acta conditum* - завещание, заявленное перед судом, и *testamentum principi oblatum* - завещание, передававшееся на хранение императору.

Помимо общих, существовали и специальные формы завещания, усложненные для одних особых случаев и упрощенные для других. Так, например, завещания слепых совершались не иначе как с участием нотариуса. Во время эпидемии допускалось отступление от правила *unitas actus*, в частности, в отношении одновременного присутствия всех участвующих в совершении завещания лиц. Завещание, которое содержало только распределение имущества между детьми завещателя, не требовало подписей свидетелей. Наконец, вследствие "крайней неопытности" в делах, было вовсе свободно от форм завещание солдат - *testamentum militis*.

§ 79. Завещательная правоспособность

241. Активная завещательная правоспособность. Активная завещательная правоспособность предполагала по общему правилу наличие общей правоспособности в области имущественных отношений. Однако *servi publici* имели право распоряжаться по завещанию половиной своего имущества. Такое же право было признано за *personae in potestate* в отношении их *peculium castrense* и *quasi castrense* (см. п. 145). С другой стороны, были лишены этого права *intestabiles* (п. 125), в императорском праве - еретики. В то же время самые формы завещаний *comitiis calatis* и *in procinctu* делали их недоступными для всех тех, кто не принимал участия в народных собраниях или не нес воинской службы: для несовершеннолетних, для женщин и т.д. Но для женщин было установлено особое правило: женщины, даже *sui iuris*, были до II в. вовсе лишены права совершать завещания. Во II в. им было предоставлено право совершать завещания с согласия опекуна. С отпадением опеки над женщинами они приобрели полную *testamenti factio activa*.

242. Пассивная завещательная правоспособность. Пассивная завещательная правоспособность также не совпадала с общей. Прежде всего, можно было составить завещание в пользу раба, своего или чужого. Если раб был назначен наследником в завещании господина, то такое назначение должно было сопровождаться, а позднее предполагалось неразрывно связанным с освобождением раба, который в то же время не имел права не принять наследства. Он явился *heres necessarius*, необходимым наследником.

Если раб был до открытия наследства отчужден господином, он принимал наследство по приказу нового собственника, который и становился приобретателем этого наследства. Если раб был к моменту открытия наследства освобожден из рабства, он являлся наследником в собственном смысле слова и был вправе принять наследство или отречься от него. Таким образом, пассивная завещательная правоспособность рабов служила прежде всего интересам рабовладельцев: в одних случаях она давала господину необходимого наследника, т.е. лицо, которое обязано было принять на себя ответственность по долгам наследодателя, в других случаях она ставила господина в такое же положение, как если бы он сам был назначен наследником. Единственным случаем, в котором пассивная завещательная правоспособность служила непосредственно интересам раба, был случай, когда раб был до открытия наследства освобожден из рабства: в этом случае он оставался наследником и был вправе по своему усмотрению принять наследство или отречься от него.

Указанные в п. 241, как не имеющие активной завещательной правоспособности, *intestabiles* и еретики не имели и пассивной завещательной правоспособности.

По плебисциту *lex Voconia* (169 г. до н.э.) воспрещено было назначение женщин, кроме весталок, наследницами граждан, внесенных в ценз в качестве обладателей имущества стоимостью в 100 тысяч сестерций и выше. Это была мера, направленная против расточительности со стороны женщин высших общественных слоев. С отпадением ценза эта мера утратила практическое значение.

Существенное значение имело действовавшее долгое время запрещение назначать наследниками *incertae personae*, т.е. не вполне определенных лиц, с чем связывалось запрещение назначать наследниками *postumi*, т.е. лиц, еще не зачатых к моменту составления завещания. Однако и цивильное право допустило в дальнейшем назначение наследниками всех *sui postumi*, т.е. могущих родиться детей наследодателя, а преторское право признало законным и назначение наследником *postumus alienus*.

По тем же соображениям не допускалось назначение наследниками тех объединений, которые представляли собою в Риме зачатки юридических лиц, за которыми лишь в отдельных случаях была признана *testamenti factio passiva*.

§ 80. Подназначение наследника

243. *Substitutio*. Рядом с простой *institutio heredis* допускалась, по-видимому, с древнейших времен *substitutio*, т.е. назначение второго наследника на случай, если первый почему-либо не станет наследником, например: *Titius heres esto, si Titius heres non erit* *Seius heres esto*.

244. *Substitutio pupillaris* и *quasi-pupillaris*. Кроме такой *substitutio vulgaris* допускались *substitutio pupillaris* и *quasi-pupillaris*, при помощи которых родители назначали наследника своему малолетнему или безумному нисходящему на случай, если он, хотя бы и став наследником, умрет, не достигнув совершеннолетия или выздоровления.

§ 81. Утрата завещанием силы

245. Хотя завещание сохранило на всем протяжении истории Рима значительные черты формализма, однако со времени классических юристов складывается то, что называли залог *favor testamenti*, т.е. тенденция при помощи благоприятного толкования сохранять, насколько то было возможно, силу завещаний. Так, например, если кто-нибудь был назначен наследником под невозможным условием, условие считалось ненаписанным (*pro non scripto habetur*), а назначение наследника безусловным.

Однако и завещание, составленное с соблюдением всех требований закона, могло утратить силу до открытия наследства, прежде всего вследствие отмены его завещателем, которая в древнейшее время могла быть произведена только путем составления нового завещания, а по преторскому праву уничтожением *tabulae testamenti*, срывом с них печатей и т.п. В период империи сначала было постановлено, что завещание утрачивает силу, если до истечения десяти лет со дня его составления не будет открыто наследство, а затем во изменение этого правила Юстиниан постановил, что по истечении десяти лет завещание может быть изменено соответствующим заявлением в присутствии трех свидетелей. В период империи допускалось также внесение в завещание изменений путем составления кодициллов и распоряжений о фидеикомиссах (см. п. 273).

Глава 20

НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАКОНУ

§ 82. Наследование *ab intestato* по законам XII таблиц

246. Постановление XII таблиц. Система наследования старого гражданского права определялась положением законов XII таблиц: *Si intestato moritur, cui suus heres non esset, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec esset, gentiles familiam*

habento.

247. *Heredes sui*. Это положение устанавливало три разряда наследников. Первый разряд составляли *sui heredes*, т.е. лица, непосредственно находившиеся *in patria potestate* наследодателя и становившиеся с его смертью *personae sui iuris*: жена *in manu* умершего, его дети, усыновленные и внуки от ранее умерших сыновей. Жена, дети и усыновленные делили имущество поровну. Если же в наследовании участвовали внуки от ранее умерших сыновей, то имущество делилось *per stirpes*, поколенно, и внуки наследовали по праву представления (*ius repraesentationis*), т.е. получали все вместе долю наследства, которую получил бы их отец, если бы пережил наследодателя, а затем делили эту долю поровну между собой.

Наследованию *sui heredes* придавался некоторый особый характер: они не столько становились обладателями нового для них наследственного имущества, сколько вступали в управление своим имуществом, принадлежавшим им вместе с *paterfamilias* на праве семейной собственности (Гай говорил о *sui heredes*, что они *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* - 2. 117). Точно так же Павел называл наследование *sui heredes* не чем иным, как *continuatio dominii*, ибо они *itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur* (D. 28. 2. 11).

248. *Agnati proximi*. Вторым разрядом наследников были *agnati proximi*, т.е. ближайшие агнаты умершего, которые призывались к наследованию при отсутствии *sui heredes* и которые устраняли от наследования агнатов более отдаленных степеней. Так, прежде всего, призываются к наследованию, при отсутствии *sui heredes*, братья, сестры и мать умершего, состоявшая с его отцом в браке *cum manu* и тем самым поставленная в положение сестры умершего, *loco sororis*. Все эти лица являются по отношению к умершему агнатами второй степени. Агнаты дальнейших степеней устраняются от наследования наличием указанных наследников. При отсутствии агнатов второй степени призываются к наследованию агнаты третьей степени и т.д. Однако женщины далее полнородной сестры к наследованию не призывались *восопiana ratione*, т.е. по общему смыслу *lex Vocipia*, о которой сказано выше (п. 242). Все призываемые к наследованию агнаты делят между собою наследство поголовно.

249. *Gentiles*. Третьим разрядом наследников были *gentiles*, наследование которых отпало к концу республики.

Выше уже было указано, что в гражданском праве действовало правило: *in legitimis hereditatibus successio pop est*. Это означало призвание к наследованию в каждом отдельном случае только лиц, ближайших к умершему в момент смерти.

Если эти лица отказываются от наследства (разумеется, при наличии права на отказ - см. п. 261) или умирают, не успев его принять, наследство признается выморочным, а в древнейшие времена бесхозным.

§ 83. Bonorum possessio intestati

Преторская *bonorum possessio*, отражавшая в ходе своего развития постепенный распад старой земледельческой семьи и последовательное вытеснение агнатического родства родством когнатическим, построенным на кровной связи, была закреплена *edictum perpetuum* (п. 22).

Преторский эдикт устанавливал четыре разряда наследников.

250. *Unde liberi*. Первый разряд *unde liberi* - все дети умершего и лица, приравнивавшиеся к детям. В этот разряд входили: *sui*, *emancipati*, т.е. эмансипированные дети умершего, а также *in adoptionem dati*, т.е. дети, отданные им в усыновление, если к моменту смерти наследодателя они были освобождены от *patria potestas* усыновителя.

Таким образом, уже в этом разряде наряду с агнатами наследодателя наследуют его когнаты. Наследники более близкие по степени родства и здесь устраняли наследников дальнейших степеней родства. Внуки и другие нисходящие детей наследовали и здесь по праву представления.

Призвание к наследованию эманципированных детей вызвало к жизни ряд специальных положений: эманципированные дети обязаны были при наследовании вносить в наследственную массу все свое имущество (*collatio bonorum emancipati*), которое и поступало в распределение между всеми наследниками в составе наследственной массы. Таким способом устранялась несправедливость, которую создавало бы уравнивание в наследственных правах эманципированных детей, обладателей собственного имущества, с неэманципированными, весь продукт труда и все приобретения которых поступали при жизни *paterfamilias* в состав имущества последнего, т.е. в состав наследственной массы.

В то же время призывание к наследованию эманципированных сыновей ухудшало положение детей этих сыновей, остававшихся *in patria potestate* деда: пока эманципированные не наследовали, внуки наследодателя были его *sui heredes*, теперь их устранял от наследования их отец, как более близкий родственник *paterfamilias*. Между тем труд внуков также содействовал образованию имущества умершего. Ввиду этого Юлиан при пересмотре эдикта включил туда новое постановление - *pova clausula Iuliani* или *edictum de coniungendis cum emancipato liberis*, в силу которого эманципированный сын обязан был разделить свою наследственную долю пополам со своими детьми.

251. *Unde legitimi*. Второй разряд, *unde legitimi*, призывался к наследованию при отсутствии лиц, принадлежавших к первому разряду, а также в случаях, когда никто из этих лиц не испросил *bonorum possessio* в установленный срок. Таким образом, в этих последних случаях преторское право, в отступление от гражданского права, допускало *successio ordinum*. В разряд *unde legitimi* входили *legitimi heredes*, т.е. *sui* и *agnati proximi*, причем *sui* призывались, таким образом, во второй раз, но уже без эманципированных детей, что и могло послужить побудительным мотивом для принятия ими наследства, в которое *sui* не пожелали вступить в качестве *bonorum possessorum* первого разряда. Если у наследодателя не было *sui heredes*, наследство переходило к одним агнатам.

252. *Unde cognati*. Третий разряд, *unde cognati*, обнимал кровных родственников умершего по порядку степеней до шестой степени включительно (из седьмой только *sobrino* и *sobrigna patii*, т.е. дети троюродных братьев и сестер). Вследствие кровного родства *sui* призываются в этом разряде в третий раз, *emancipati* во второй раз, *in adoptionem dati* (даже состоя *in patria potestate* усыновителя); боковые когнаты наследуют без ограничения прав женщин. Ближайшая степень родства устраняет дальнейшую, родственники одной степени делят наследство поровну.

В этом разряде дети, законные и незаконные, наследуют после матери так же, как и мать после детей.

253. *Unde vir et uxor*. Четвертый разряд, *unde vir et uxor*: при отсутствии родственников перечисленных разрядов к наследованию призывается переживший супруг: муж после жены или жена после мужа.

Таким образом, преторская *bonorum possessio*, отдавая предпочтение агнатическому родству, впервые признавала, однако, основанием наследования также и когнатическое родство. Кроме того, преторская система наследования в противоположность гражданской, как уже указано, исходила из *successio ordinum et graduum*, т.е. из последовательного призывания к наследованию одних степеней и разрядов наследников за другими.

§ 84. Наследование *ab intestato* по праву Юстиниана

254. Императорское законодательство о наследовании до новелл Юстиниана. Законодательство периода империи продолжало тенденции преторского права: постепенное вытеснение агнатического родства когнатическим в качестве основания наследования. Ряд *senatusconsulta* превратил в гражданское наследование предоставлявшуюся ранее претором *bonorum possessio* матери после детей и детей после матери. Затем были расширены права детей на наследование после родственников с материнской стороны. Все эти наслоения на старые постановления,

внося в наследственное право некоторые новые тенденции, соответствовавшие интересам развивавшегося оборота, в то же время чрезвычайно усложняли и запутывали его

255. Наследование по новеллам Юстиниана. Новеллой 118 (543 г.) и несколько изменившей ее новеллой 127 (548 г.) Юстиниан упростил систему наследования по закону, построив ее исключительно на когнатическом родстве.

По системе Юстиниана к наследованию призываются четыре разряда наследников.

(1) Первый разряд составляют нисходящие умершего: сыновья и дочери, внуки от ранее умерших детей и т.д. В тех случаях, когда внуки наследовали вместе с детьми, они все вместе получали долю, которую получил бы их умерший родитель, и делили ее поровну между собою.

(2) Второй разряд, призываемый к наследованию при отсутствии первого, состоит из ближайших по степени восходящих родственников умершего (отец, мать, дед, бабушка), а также его полнородных братьев и сестер и детей ранее умерших полнородных братьев и сестер.

Наследники этого разряда делят наследство поровну, однако дети ранее умерших братьев и сестер получают долю, которая причиталась бы их умершему родителю. Если наследуют одни восходящие, то наследство делится *in lineas*, одна половина идет восходящим с отцовской стороны, другая - восходящим с материнской стороны.

(3) Третий разряд, призываемый к наследованию при отсутствии двух первых, - это неполнородные братья и сестры, т.е. происходящие от одного с умершим отца, но от разных матерей или от одной матери, но от разных отцов, а также дети неполнородных братьев и сестер, получающие долю, которая причиталась бы их родителю.

(4) Если нет никого из перечисленных родных, наследство получают остальные боковые родственники по порядку близости степеней без всякого ограничения *ad infinitum*. Ближайшая степень устраняет дальнейшую; все призванные делят наследство *in capita*.

О наследовании супругов новеллы не упоминают. Предполагают, что оно продолжало регулироваться нормами преторского права. При введенной Юстинианом системе это означало, что переживший супруг наследовал только при отсутствии каких бы то ни было, даже самых отдаленных, боковых родственников. Но для неимущей вдовы (*uxor indotata*) Юстиниан установил правило: вдова, не имевшая ни *dos*, ни *parapherna*, наследовала одновременно с любым из наследников, получая 1/4 наследства, и во всяком случае не более 100 фунтов золотом. Наследуя вместе со своими детьми от брака с умершим, она получала причитающуюся ей долю в узуфрукте.

При отсутствии каких бы то ни было наследников имущество умершего признавалось выморочным. Выморочное имущество поступало к фиску, а иногда к монастырям, церквам и т.п.

Глава 21

НЕОБХОДИМОЕ НАСЛЕДОВАНИЕ

§ 85. Развитие ограничений свободы завещательных распоряжений

256. Понятие необходимого наследования. Свобода завещательных распоряжений может столкнуться с интересами семьи наследодателя; может прийти в противоречие с воззрениями господствующего класса на социально целесообразное назначение имущества после смерти их обладателей. Отсюда - мысль об ограничении свободы завещаний, практическим выражением которой служит институт необходимого наследования.

Признав уже в древнейшее время принцип свободы завещания, римское право в то же время создало и институт необходимого наследования.

257. Ограничения свободы завещательных распоряжений в древнейшем римском праве. Древнейшее ограничение свободы завещательных распоряжений заключалось в том, что *sui heredes*, которые, как уже сказано, и при жизни *paterfamilias* признавались как бы общими с ним собственниками его имущества, должны были быть или назначены наследниками, или лишены наследства прямым распоряжением наследодателя. Наследодатель должен был их *aut instituere aut exheredare*. Назначение постороннего наследника при умолчании о *sui heredes* не допускалось. *Filius familiae* должен был быть исключен *pominate*: *Titius filius meus exheres esto*. Остальные - дочери, внуки - могли быть исключены и общей фразой - *inter ceteros* (Гай. 2. 127, 128). Если эти требования не были соблюдены, завещание было недействительно, полностью или отчасти. Оно было недействительно полностью, если *praeteritio*, т.е. умолчание, касалось *filius familiae*. Оно было недействительно отчасти, если *praeteritio* была допущена в отношении кого-либо из других *sui heredes*: обойденный участвовал в наследовании вместе с наследниками, назначенными в завещании, получая свою законную долю (*pars virilis*), если назначенный наследник также принадлежал к числу *sui*, и половину наследства, если наследником было назначено постороннее лицо.

258. Ограничения по преторскому праву. Преторский эдикт расширил это ограничение; по преторскому праву прямая *exhereditatio* требовалась для всех *liberi*, в том числе и эманципированных, причем для всех *liberi* мужского пола должна была делаться *pominate*, для женщин допускалось *exhereditatio inter ceteros*. При несоблюдении этих правил *liberi* получали *bonorum possessio* в размере своих законных долей. Однако те, которые были эксгередируются при *praeteritio* других, оставались эксгередируемыми.

По законодательству Юстиниана *exhereditatio*, так же, как и *institutio heredis*, могла быть совершена в любых выражениях, но все нисходящие должны были эксгередироваться *pominate*.

259. Обязательная доля. Соблюдение изложенных правил не давало, однако, гарантий интересов наследников по закону в смысле получения какой-либо доли в наследстве. Поэтому в конце республики, когда устои семьи значительно ослабли, сделаны были первые шаги в этом направлении. Центумвиральный суд, рассматривавший споры о наследствах, может быть, под влиянием греческой практики стал считать завещания, в которых ближайшие родственники устранялись от наследования, хотя бы и путем формально правильной *exhereditatio*, составленными в не совсем здравом уме и, следовательно, не имеющими силы. Такое завещание признавалось нарушающим естественные родственные обязанности и называлось *inofficiosum*. Вследствие этого иски о наследстве (*petitio hereditatis*) со стороны обойденных наследников удовлетворялись, как если бы не было вовсе наследников, назначенных в завещании.

Ввиду того что *petitio hereditatis* могла быть предъявлена только цивильными наследниками, для эманципированных детей устанавливался в период империи другой порядок: им разрешалось жаловаться магистрату *extra ordinem* на устранение их от наследования. Со временем, когда центумвиральный суд отпал, а *extraordinaria cognitio* стала нормальной формой гражданского процесса, такая жалоба - *querela inofficiosi testamenti* стала единственным средством защиты интересов ближайших наследников. Постепенно оно приобрело такие основные черты: *querela inofficiosi testamenti* могла предъявляться нисходящими и восходящими завещателя, а также его братьями или сестрами, если им была предпочтена *persona turpis* (п. 127). Для того чтобы завещание не могло быть опорочено, каждому из необходимых наследников должно было быть оставлено не менее 1/4 того, что ему причиталось бы при наследовании по закону. Эта доля, *portio debita*, могла быть оставлена не только путем назначения наследником в ней, но и путем установления легата.

Если *portio debita* не была назначена, то обойденный наследник мог требовать выдачи ему не этой *portio*, а того, что причиталось бы обойденному при наследовании по закону. Юстиниан в новелле 18 повысил размер *portio debita* до 1/2

доли, которая по закону причиталась бы каждому данному наследнику; если эта доля была меньше 1/4 всего наследства, и до 1/3, если эта доля была больше. Кроме того, было установлено, что только полное устранение необходимого наследника от наследования влекло за собою право предъявить *querela inofficiosi testamenti*; если же оставленное наследнику имущество было меньше его *portio debita*, то наследник имел только право требовать дополнения его доли до размеров *portio debita*, но не уничтожения завещания.

§ 86. Необходимое наследование в праве Юстиниана

260. Ввиду сложности правил о необходимом наследовании, Юстиниан сделал попытку их упростить. Согласно новелле 118 необходимыми наследниками стали признаваться восходящие и нисходящие; *portio debita* могла предоставляться этим необходимым наследникам в любой форме, хотя бы, например, и в форме дарения при жизни наследодателя. Однако в какой-либо части *portio debita* они должны были назначаться наследниками. Это был *honor institutionis*, который мог, однако, принести необходимому наследнику и существенную имущественную выгоду в случаях, когда действовало *ius accrescendi* (п. 265). *Exheredatio* и лишение *portio debita* могли иметь место лишь по основаниям, точно перечисленным в законе как для восходящих, так и для нисходящих.

Глава 22

ПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА

§ 87. Принятие наследства

261. Момент принятия наследства. Наследование есть преемство в имущественных правах и обязанностях наследодателя, кроме тех, которые (как *ususfructus*, штрафные иски из деликтов и некоторые другие) считаются неразрывно связанными с личностью того, для кого они возникли.

Момент, когда преемство признавалось установленным, и порядок этого установления были в римском праве неодинаковы для разных категорий наследников.

Для *sui heredes* и назначенных наследниками по завещанию рабов наследодателя момент открытия наследства *delatio hereditatis* был и моментом возникновения преемства. Более того, по цивильному праву ни *sui heredes*, ни рабы не имели права отказаться от открывшегося для них наследства. Они были *heredes sui et necessarii*. Для *sui* это объяснялось тем, что они, как уже указано, не столько наследовали, по взгляду римлян, сколько вступали в управление своим имуществом. Для рабов это было следствием их общего правового положения: назначение наследником означало и освобождение раба, но освобождение с возложением на раба, по воле господина, положения наследника.

Понятно, что такое обязательное наследование было весьма обременительно для наследника в случаях, когда наследство было переобременено долгами, за которые наследник, в силу римской концепции универсального преемства, отвечал не только имуществом наследственной массы, но и своим имуществом. Ввиду этого претор предоставлял *sui heredes* так называемое *beneficium abstinendi*, в силу которого он отказывал в иске против цивильных наследников, фактически не осуществлявших своего права наследования, и предлагал *bonorum possessio* следующей за ними категории наследников, а если не находилось желающих, объявлял конкурс над имуществом наследодателя для удовлетворения его кредиторов.

Все остальные наследники были *extranei heredes*, для которых открытие наследства означало лишь возникновение права на принятие наследства (*aditio* или *acquisitio hereditatis*), которого они могли и не осуществить. Они были *heredes voluntarii* (добровольные).

262. Способы принятия наследства. Принятие наследства первоначально осуществлялось путем особого торжественного акта, *cretio* (от которого отказалось законодательство Юстиниана); впоследствии было достаточно неформального

волеизъявления о принятии или фактическом вступлении в дела наследства (*pro herede gestio*). Срока для принятия наследства цивильное право не устанавливало. Но кредиторы наследодателя, заинтересованные в скорейшем удовлетворении их требований, могли посредством *interrogatio in iure* потребовать от наследника ответа, *an heres sit*, т.е. принимает ли он наследство. После этого наследнику по его просьбе мог быть назначен судом срок для решения вопроса о принятии наследства, *spatium deliberandi*, после истечения которого наследник, не давший ответа, считался: до Юстиниана - отказавшимся, а в праве Юстиниана - принявшим наследство.

Понятно, что правила об автоматическом приобретении наследства некоторыми из цивильных наследников были неприменимы к *bonorum possessio*; она должна была быть испрашена, и притом в установленный срок: нисходящим и восходящим давался срок в один год со дня открытия наследства, остальным наследникам - в сто дней. При пропуске этого срока наследником, призванным в момент открытия наследства, *bonorum possessio* предоставлялась следующему наследнику в порядке *successio ordinum et graduum*.

263. Лежачее наследство (*hereditas iacens*). Из сказанного ясно, что за исключением случаев наследования *sui heredes* и рабов между моментами *delatio hereditatis* и *acquisitio hereditatis* могло пройти некоторое и иногда немалое время.

В этот промежуток времени наследство лежало, *hereditas iacet*, и считалось по концепции древнейшего права безхозяйным имуществом, которое любое лицо могло приобрести, провладев им в течение года. В период империи это приобретение наследства по давности было упразднено, а расхищение наследства было признано преступлением.

§ 88. Наследственная трансмиссия

264. Понятие трансмиссии. В то же время постепенно сложился институт наследственной трансмиссии, *transmissio delationis*, т.е. переход права принять наследство к наследникам лица, призванного к наследованию, но не успевшего до своей смерти осуществить *aditio hereditatis*.

По древнейшему цивильному праву наследственная трансмиссия была невозможна: если призванный к наследованию наследник по закону не принимал наследства, оно признавалось бесхозяйным. По преторскому праву *bonorum possessio* предлагалась в таком случае дальнейшим наследникам. Если же наследства не принимал до своей смерти наследник по завещанию, то открывалось наследование по закону. Таким образом, право принять наследство рассматривалось как личное право наследника, не переходящее к его наследникам.

Из этого общего положения стали, однако, постепенно допускать исключения. Претор допустил, что если наследник умер, не успев без своей вины принять наследство, то по расследовании дела (*cognita causa*) его наследникам в порядке *restitutio in integrum* может быть предоставлено право принять наследство. В праве Юстиниана это правило обобщено: если смерть наследника последовала в течение года со дня, когда он узнал об открытии для него наследства, или в течение испрошенного им *spatium deliberandi*, то право принять наследство считается перешедшим к его наследникам, которые и могут осуществить это право в течение срока, еще остающегося, в силу общих правил, на принятие наследства.

265. *Ius accrescendi*. В тех случаях, когда вследствие смерти до принятия наследства или вследствие отказа от наследства отпадал один из нескольких наследников и если притом не было трансмиссии, доля отпавшего наследника прирастала к долям остальных, распределялась между ними поровну. Так, если из двух наследников по завещанию один умирал, не приняв наследства и не оставив сам наследников, то его доля в силу правила *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, переходила не к наследникам наследодателя по закону, а к другому наследнику по завещанию. Точно так же в случае отпадения после открытия наследства одного из наследников по закону его доля распределялась между остальными. Это называлось *ius accrescendi*.

§ 89. Правовые последствия принятия наследства

Если наследник принимал наследство, он становился преемником наследодателя во всех правах и обязанностях, кроме строго личных, причем наследственная масса сливалась с имуществом наследника в одно целое.

266. *Beneficium separationis*. Это слияние могло быть невыгодно разным лицам. Если наследник был обременен долгами, то слияние было невыгодно кредиторам наследодателя, которые должны были при удовлетворении их претензий терпеть конкуренцию кредиторов наследника. Ввиду этого претор стал предоставлять кредиторам особую льготу - *beneficium separationis*, в силу которого наследственная масса сливалась с имуществом наследника лишь после того, как из нее будут покрыты претензии кредиторов наследодателя.

Если долгами было обременено наследство, то слияние могло быть невыгодно кредиторам наследника. Однако им претор не давал *beneficium separationis*, ибо должнику вообще не воспрещается делать новые долги и тем ухудшать положение кредиторов.

267. *Beneficium inventarii*. Наконец, необходимость отвечать своим имуществом по долгам наследодателя может быть невыгодна для наследника. Для него, после ряда предшествующих мероприятий, также была введена Юстинианом льгота - *beneficium inventarii*: наследник, начавший в течение тридцати дней со дня открытия наследства в присутствии нотариуса и свидетелей составление описи наследственного имущества и окончивший ее составление в следующие шестьдесят дней, отвечал по долгам наследодателя только в пределах описанного наследства (*intra vires hereditatis*).

268. Иски. Для защиты своих прав гражданскому наследнику давался особый иск: *petitio hereditatis* - иск об истребовании всей наследственной массы целиком, во многом напоминавший *rei vindicatio*. Преторскому наследнику давался *interdictum quorum bonorum* для ввода во владение входившими в состав наследства вещами, а позднее *hereditatis petitio possessoria*, которая распространялась как на вещи, так и на требование наследодателя, и с переходом к экстраординарному процессу слилась с *petitio hereditatis* гражданского наследника, в то время как *interdictum quorum bonorum* стал служить средством скорейшего получения временного владения наследственными вещами.

269. Последствия принятия при множественности наследников. При множественности наследников они становились собственниками вещей, принадлежавших на праве собственности наследодателю, каждый в размере своей наследственной доли. Требования и долги, предмет которых был делим, распадалась на соответственные доли. Требования и долги неделимые создавали солидарные права и солидарную ответственность наследников.

270. *Collatio*. Множественность наследников обуславливала в некоторых случаях также и *collatio bonorum*, т.е. обязанность присоединить к наследственной массе некоторые виды имущества самих наследников. Выше уже говорилось о *collatio bonorum emancipati* (п. 250). Такая же *collatio* установлена в отношении *dos*, полученной дочерью, которая затем наследовала в имуществе отца вместе с братьями и сестрами (*collatio dotis*). В период империи рядом законов была установлена общая обязанность нисходящих при наследовании после восходящих вносить в состав наследственной массы все имущество, полученное от наследодателя в виде *dos*, *donatio propter nuptias* или для самостоятельного устройства, получения должности и т.п. Это была так называемая *collatio нисходящих*.

Глава 23

ЛЕГАТЫ И ФИДЕИКОМИССЫ

§ 90. Понятие и виды легатов

271. Понятие легата. Выше уже было указано, что наряду с назначением наследника

в завещании могли содержаться отказы: распоряжения о выдаче наследником известных сумм или вещей определенным лицам, о выполнении наследником определенных действий в пользу третьих лиц. Таким образом, создавалось сингулярное преемство, т.е. преемство в отдельных правах наследодателя без возложения на преемника каких бы то ни было обязанностей. Отказ действителен, только если наследственные долги покрыты.

Древнейшей формой отказов были так называемые легаты. В старом цивильном праве легаты были подчинены целому ряду формальностей: они могли быть установлены только в завещании; исполнение их возлагалось на назначенного в завещании наследника. Возложить легаты на наследника *ad intestato* было невозможно, ибо завещание было недействительно без *heredis institutio*.

272. Виды легатов. Легат должен был быть установлен в одной из определенных четырех форм, каждая из которых создавала и особое правовое положение легатария:

(1) *Legatum per vindicationem*, который устанавливался обыкновенно словами "*do, lego*", напр.: "*Lucio Titio hominem Stichum do, lego*". В такой форме устанавливалось в пользу легатария право собственности на определенную вещь или сервитут, которые возникали для легатария непосредственно в момент принятия наследства наследником, так что легатарий мог немедленно предъявить *rei vindicatio* (при установлении сервитута - *actio confessoria*), откуда и название легата.

(2) *Legatum per damnationem*, который устанавливался словами: "*Heres meus Lucio Titio centum dare damnas esto*" и возлагал на наследника обязанность исполнить то, что было отказано. Легатарий мог осуществить свое право при помощи *manus iniectio*, позднее при помощи *actio ex testamento*.

(3) *Legatum sinendi modo*, по-видимому, разновидность *legatum per damnationem*: наследник обязан был не мешать легатариям взять то, что последнему было отказано.

(4) *Legatum per praescriptionem*, природа которого не ясна, но который чаще всего считают разновидностью *legatum per vindicationem*.

В императорское время формализм установления легатов был ослаблен. *Senatusconsultum Neronianum* (I в. н.э.) установил, что в случае ошибки в выборе формы легат будет иметь силу *legatum per damnationem*. Наконец, после того, как отпали установленные выражения для *institutio heredis*, были отменены и перечисленные выше формы установления легатов.

§ 91. Фидеикомиссы

273. Понятие фидеикомисса. В период империи сложились и другие формы отказов - *fideicommissa*. Они развились из ненормальных словесных или письменных просьб, с которыми наследодатель нередко в самый момент смерти обращался к наследнику, выполнить что-либо или выдать что-нибудь какому-нибудь лицу. Первоначально такие просьбы не имели юридической силы, наследодатель обращался только к *fides*, т.е. чести наследника, но со времен Августа лицо, которому что-либо было отказано в форме такого *fideicommissum*, получало право в экстраординарном порядке предъявлять *fideicommissi persecutio*, которая в дальнейшем, с установлением экстраординарного процесса, почти слилась с *actio testamenti*.

274. Легаты и фидеикомиссы. Фидеикомисс имел ряд значительных преимуществ по сравнению с легатом: он мог быть возложен и на наследника по закону, мог быть установлен и ранее, и позже завещания, в качестве приложения к нему. Никакой обязательной формы для него первоначально не было. Чаще всего он устанавливался при помощи *codicillus*, письма на имя наследника. *Clausula codicillaris* нередко включалась и в завещание на случай его недействительности по причине формальных погрешностей; наследник по закону призывался рассматривать завещание, как обращенный к нему кодицилл.

Ввиду того что легаты и фидеикомиссы постепенно сближались как в форме, так и в материальных условиях действительности, Юстиниан объединил их указом 529 г., установив, что всякий легат, как и всякий фидеикомисс, создает для лица, в пользу

которого он установлен, обязательственное требование к наследнику, обеспеченное законной ипотекой на наследственное имущество. Если была отказана определенная принадлежавшая наследодателю вещь, она могла быть виндигирована легатарием или фидеикомиссаром. Другой указ Юстиниана 531 г. окончательно подтвердил слияние легатов и фидеикомиссов. В то же время, ввиду того что кодицилл стал часто заменять завещание, Юстиниан подчинил его некоторым требованиям формы: он должен был совершаться в присутствии пяти свидетелей.

275. Универсальный фидеикомисс. В форме фидеикомисса было возможно отказать и все наследство. Такой *fideicommissum hereditatis* (универсальный фидеикомисс) заключался в том, что на фидуциария возлагалась обязанность передать другому лицу, фидеикомиссария, все наследство, и если первоначально ответственным перед кредиторами наследодателя оставался фидуциарий, то постепенно и это изменилось: после *restitutio hereditatis*, т.е. заявления фидуциария о том, что он передает наследство фидеикомиссария, фидуциарий сохранял только звание наследника, а все права и обязанности наследодателя переходили на фидеикомиссария. Ему и против него предоставлялись соответствующие иски в качестве *actiones in factum*. Для того же, чтобы фидуциарий отказом от наследства не парализовал и прав фидеикомиссария, на фидеикомисс, с одной стороны, была распространена *quarta Falcidia* (п. 278), а с другой стороны, фидуциарий мог быть *extra ordinem* принужден к принятию наследства, причем он терял право на *quarta Falcidia*.

§ 92. Ограничения свободы назначения легатов и фидеикомиссов

276. Основание ограничений. Понятно, что если полная свобода завещания нарушает интересы наследников по закону, вследствие чего и возник институт необходимого наследования, то полная свобода отказа нарушает интересы наследника по завещанию, ибо весь актив наследственной массы может быть распределен между легатариями. Очевидно, что в таких случаях наследник не заинтересован в принятии наследства и с отказом его от наследства теряет силу и все завещание в целом, в частности отказы. Для того чтобы обеспечить силу завещаний, свобода отказов была ограничена.

277. Первоначальные ограничения. Первый направленный на это ограничение закон *lex Furia testamentaria* (неизвестного года издания, но, вероятно, относящийся к периоду республики) запретил принимать отказы более 1000 ассов. Получавший более обязан был вернуть сумму в четыре раза большую. Очевидно, что этот закон не достигал цели: можно было исчерпать наследство и отказами сумм, не достигавших 1000 ассов. По той же причине был неудовлетворителен второй закон *lex Voconia* 169 г. до н.э., по которому легатарий не мог получить больше наследника.

278. Фальцидиева четверть. Наконец, *lex Falcidia* 40 г. до н.э. установила, что наследнику, назначенному в завещании, во всяком случае должна была быть оставлена без обременения ее легатами 1/4 наследства, так называемая *quarta Falcidia*.

Раздел VII

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ И ДОГОВОРАХ

Глава 24

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО И ЕГО ВИДЫ

§ 93. Понятие обязательства

279. Определение Институций Юстиниана. В Институциях Юстиниана обязательство определяется следующим образом:

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura (I. 3. 13. pr.).

(Обязательство - это правовые узы, в силу которых мы связаны необходимостью что-либо исполнить в согласии с правом нашего государства.)

В этом определении бросается в глаза обилие синонимов, имеющих целью выразить скованность, связанность, даже сжатие (*adstringere*). Мало того, слову "исполнить" соответствует в подлиннике "*solvere*" - развязать.

Это обстоятельство, в связи со ссылкой данного определения на *postrae civitatis iura*, дает возможность сделать вывод, что сохранившееся в Институциях Юстиниана определение является отголоском старого национально-римского гражданского права. И если на ранних стадиях римского права, по законам XII таблиц, кредитор связывал неоплатного должника реальной веревкой или путами определенного веса (*vincit aut nervis aut compedibus XV pondo*), то по закону Петелия 326 г. до н.э. заточение должника в кандалы было отменено. Реальные оковы подверглись эволюции и в классическом Риме превратились в правовые узы - *iuris vinculum*. Утонченный ум юриста-классика найдет другие, менее архаические и более соответствующие интересам богачей способы обеспечить интересы кредитора.

280. Определение Павла. Если приведенное определение Институций Юстиниана воскрешает старинное понятие обязательства на ранних стадиях рабовладельческого общества, то ближе придвигает нас к сути дела определение Павла:

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum (D. 44. 7. 3).

(Сущность обязательства не в том состоит, чтобы сделать какой-нибудь предмет нашим или какой-нибудь сервитут нашим, но чтобы связать другого перед нами, дабы он дал что-нибудь, или сделал, или предоставил.)

В этом определении проводится размежевание права на вещь и права требовать действия.

281. Иск на вещь и личный иск. Это традиционное различие права на вещь и прежде всего права собственности, с одной стороны, и права требования, с другой стороны, стало твердым приобретением права. С теми же примерами, но в другом плане, в плане исковой защиты, это разграничение проводится еще раньше Павла Гаем:

In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse??? ius aliquod nobis competere, veluti... (4. 3).

(Иск на вещь имеет место тогда, когда мы предъявляем исковое требование о том, что телесная вещь наша или что какое-нибудь право принадлежит нам (например, сервитуты).)

282. Содержание обязательства. Вторая особенность выше цитированного определения, которое Павел дает обязательству, заключается в том, что у Павла раскрывается понятие содержания обязательства. Оно состоит в том, что обязанное лицо должно *dare, facere, praestare*: дать, сделать, предоставить. Впрочем, значение слова *praestare* является спорным; некоторые переводят: *praestare* - нести ответственность (*praes stare*). Позднейшее право шло в направлении поиска единого термина, покрывающего классическое триединое *dare, facere, praestare*. Институции Юстиниана в отрывке, приведенном выше (I. 3. 13. pr.), пользуются выражением *solvere* - развязать, платить, выполнить.

Что понятие содержания обязательства как *dare, facere, praestare* было распространенным и ходовым в римском праве, об этом свидетельствует Гай:

In personam actio est... quotiens cum intendimus dare, facere, praestare oportere (4.2).

(Личный иск имеет место тогда, когда мы предъявляем исковое требование о том, что другой должен дать, сделать, предоставить.)

Резюмируя сказанное выше, мы имеем основание утверждать, что право

классического Рима, с одной стороны, различало иски на вещь и иски личные, с другой стороны, оно выработало представление о содержании обязательства. Пожалуй, яснее всего оба положения выражены у Ульпиана (современника Павла):

In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet.

(Иском на вещь мы истребуем нашу вещь, которою владеет другой; этот иск всегда направлен против того, кто этой вещью владеет.)

In personam actio est, qua eum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet (D. 44. 7. 25).

(Личный иск имеет место, когда мы судимся с тем, кто обязан в отношении нас к совершению какого-либо действия или к тому, чтобы дать; тот иск всегда направлен против данного лица.)

§ 94. Обязательства, пользующиеся исковой защитой, и натуральные обязательства

283. Сущность натурального обязательства. Как правило, в случае неисполнения обязательства, кредитор может добиваться принудительного осуществления своих прав.

Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest (D. 50. 16. 108).

(Под должником понимается тот, у кого при его нежелании (уплатить) деньги могут быть истребованы.)

Но римскому праву были известны и такие обязательства, которые не пользовались исковой защитой. Это, однако, не означает, что такие обязательства вовсе были лишены правового эффекта. Уплаченное по такому обязательству не могло быть истребовано обратно как недолжно уплаченное. Такие обязательства, которые не пользуются исковой защитой, но по которым уплаченное не может быть потребовано обратно, носят название натуральных обязательств (*obligatio naturalis*). Этот вид обязательств получил преимущественное развитие в отношениях подвластных членов семьи и рабов. Возьмем для иллюстрации такой пример: около 70-го года н.э. был издан *Senatusconsultum Macedonianum*, в силу которого были лишены исковой защиты займы, предоставленные подвластными членам семьи; однако уплаченное по такому займу повороту не подлежит (см. п. 466).

Solvendo non repetunt quia naturalis obligatio manet (D. 14. 6. 9. 10).

(В случае уплаты повороту не подлежат, так как остается натуральное обязательство.)

284. Происхождение названия "натуральное обязательство". Самое название "натуральное" ("природное", "естественное") обязательство является, можно думать, данью распространенной терминологии греческих философов, которые различали мир явлений, существующих в силу веления власти, в силу закона (*пото*), и явления, существующие от природы (*physei*).

Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem (D. 15. 1. 41. Ulpianus).

(В сущности, раб не может быть ни должником, ни кредитором, но если слову "обязательство" придать не совсем точное применение, то мы здесь не столько имеем дело с гражданским правом, сколько показываем фактическое положение вещей.)

В результате Ульпиан приходит к такому выводу:

Servi... ex contractibus civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant (D. 44. 7. 14).

(Рабы, хотя по гражданскому праву и не становятся обязанными по договорам, но по естественному праву обязательства они и принимают на себя, и возлагают на других.)

285. Натуральное обязательство в рабовладельческом хозяйстве. Таким образом оказывается пробитой брешь в национальном гражданском праве. Наряду с гражданскими обязательствами возникают в силу фактического положения вещей обязательства натуральные. Тот раб, который по строго гражданскому праву не может быть ни кредитором и должником, ни истцом и ответчиком, в условиях разросшегося рабовладельческого хозяйства получает функции управляющего имением (*rei rusticae praefectus*) (D. 34. 4. 31), заведующего кассой (*exigendis pecuniis praepositus*) (D. 44. 5. 3) и т.п. Естественно, что круг его дееспособности должен быть расширен в интересах господствующего класса рабовладельцев. Появляются "натуральные" обязательства рабов и подвластных. Дело тут вовсе не в гуманном отношении к рабу, не в том, что натуральное обязательство покоится на узах справедливости (*naturalis obligatio vinculis aequitatis sustinebatur*) (D. 46. 3. 95. 4). За этой пышной формулой нельзя упускать из виду характерный афоризм, сохранившийся в титуле, посвященном юридическим изречениям, и принадлежащий Гаю:

Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (D. 50. 17. 33).

(Наши (т.е. рабовладельцев) интересы могут через рабов стать лучше, но хуже они стать не могут.)

286. Обязательства гражданские и натуральные. Переходя к самой терминологии, надо сказать, что противопоставление натурального и гражданского характерно для римского права; так, противопоставляются плоды натуральные, например урожай, и плоды гражданские, как, например, проценты на капитал. Противопоставление натурального и гражданского привело к тому, что в отличие от натуральных обязательств все остальные обязательства, т.е. обязательства, пользующиеся исковой защитой, принято называть, не совсем точно, гражданскими обязательствами. Это последнее название в данном случае не совсем точно потому, что исковой защитой пользовались не только гражданские обязательства в тесном смысле этого слова, т.е. обязательства, коренящиеся в *ius civile* и защищаемые иском, основанным на законе, но и обязательства, защита которых создана преторским правом. Вот почему в источниках мы в одном и том же отрывке читаем о натуральных и противопоставляемых им гражданских обязательствах, понимая гражданские в широком смысле как коренящиеся в национально-римском праве, и тут же, в том же отрывке, встречаем деление обязательств на натуральные, гражданские в тесном смысле и преторские.

Obligatio aut civiliter tenet aut naturaliter; ...obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria (D. 46. 2. 1. 1).

(Обязательство имеет силу либо граждански, либо натурально; ...обязательство, будь то натуральное, или гражданское, или преторское.)

Впрочем, новейшие авторы считают, что в функции претора входило давать иски, но не создавать обязательства; что *obligatio* является термином гражданского права в тесном смысле слова; что юристы-классики, в том числе Гай, говорят об *actio praetoria*, а не об *obligatio praetoria* (honoraria); что таким образом самое выражение *obligatio honoraria*, как содержащее в себе исторически не оправданное противоречие в определении (*contradictio in adiecto*), является поздним нововведением римского права. Понятие преторского обязательства не следует, однако, смешивать с более узким понятием преторского соглашения или пакта (о котором будет сказано в п. 546 и сл.).

§ 95. Источники возникновения обязательств

287. Основное деление. Гай проводит основное деление (*summa divisio*) обязательств на две группы:

(*Obligationum*) *summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (3. 88).

(Основное деление обязательств сводится к двум видам, а именно всякое обязательство возникает либо из контракта, либо из деликта.)

Под контрактом понимался договор, признанный гражданским правом и снабженный исковой защитой; деликтом называлось причиняющее вред недозволенное деяние.

В другом сочинении Гая, приводимом в Дигестах, наряду с контрактом и деликтом появляются обязательства, возникающие *ex variis causarum figuris*, т.е. из разного вида оснований (D. 44. 7. 1), которые в том же титуле Дигест в fr. 5 раскрываются как квазиконтракты и квазиделикты.

288. Четырехчленное деление источников обязательств. В результате основания обязательства сводятся у Юстиниана к четырем источникам: контракты, квазиконтракты, деликты, квазиделикты (1. 3. 13. 2). (Подробно об этом в пп. 428 - 432).

§ 96. Предмет обязательства

289. Обязательства, имеющие предметом *species* и *genus*. Под содержанием обязательств понимают, как мы видели, действие должника, как-то: передачу вещей, уплату денег, оказание услуг, производство работ, короче: *dare, facere, praestare*. Нередко смешивают содержание обязательства и предмет его. Однако преобладает мнение о том, что предметом является тот объект, на который распространяется обязательство в приведенных примерах: вещи, деньги, услуги, работы.

Предмет обязательства может быть определен индивидуально (*species*), например, продан раб Стих, куплено тускуланское имение, или же он может быть определен родовыми признаками (*genus*), например, куплено вино, зерно, масло. Существенное различие этих двух видов обязательств проявляется при исполнении обязательства: гибель индивидуального предмета обязательства делает исполнение в натуре невозможным, между тем как гибель предметов обязательства, определяемых родовыми признаками, не освобождает, как правило, должника от обязательства. Это выражается юридической поговоркой, сложившейся впоследствии в Средние века: "*genus perire pop censetur*" (вещи, определяемые родовыми признаками, не погибают).

290. Денежные обязательства. Особую разновидность предмета обязательства, определяемого родовыми признаками, составляют деньги. Существенное значение этого предмета обязательства особенно подчеркивается при принудительном осуществлении кредитором своего права требования.

Как нам сообщает Гай (4. 48), судья в формулярном процессе присуждал не самую вещь, о которой шел спор, но, в отличие от когда-то существовавшего порядка, присуждал ответчика к уплате ее денежной оценки.

В соответствии с этим формула присуждения (кондемнация) гласила о денежном присуждении, например: "*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex condemna*" - "сколько эта вещь будет стоить, столько денег, судья, присуди" (п. 79). Деньги становятся всеобщей заменой исполнения; в случае невозможности исполнения, возникшей по вине должника, а также в случае просрочки исполнения убытки присуждаются в деньгах. По закону Аквилы (около 289 г. до н.э.), вред, неправомерно причиненный имуществу (рабу, животному и прочему имуществу), возмещается путем денежной уплаты. "*Tantum aes domino dare damnas esto*": "столько меди дать хозяину пусть будет обязан" (D. 9. 2. 2).

291. Деньги. Древнейшим видом денег, во всяком случае как мерила ценности, был в Риме скот (*pecunia* от *pecus*, скот). Затем функцию денег исполняет медь в кусках по весу; отголоском этого времени являются сделки, совершаемые путем меди и весов (*negotia quae per aes et libram geruntur*), а также названия денежных единиц: *as* от слова *aes* - медь, *as libralis* - фунт меди.

Чеканная денежная монета появляется около 335 г. до н.э. Если раньше, по словам Гая (1. 122), сила денег заключалась не в их количестве, а в весе, то отныне "монета, отчеканенная и государством оформленная, приобретает хождение и силу не по своей субстанции [13], а по количеству" - "*eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate*" (D.

18. 1. 1. pr.).

С ростом Рима и развитием торговли переходят к чекану серебряной монеты, *argentum signatum*, около 269 г. до н.э., а в период принципата появляется золотая монета, *aureus*. Однако при консерватизме римского права в юридической терминологии долго удерживаются слова из периода медного денежного обращения. *Aes alienum*, буквально чужая медь, означает в классическую эпоху долги; *aes suum* - право требования (D. 50. 16. 213. 1). Слово *as* сохраняет значение всего имущества, всего наследственного имущества: *aut ex asse aut pro parte possidere* - владеть полностью или в части (D. 2. 8. 15. 1).

292. Проценты. На долги, предметом которых являются вещи, определяемые родовыми признаками, а в особенности на денежные долги, могли начисляться проценты, *usurae*, буквально - плата за пользование капиталом. Проценты в определенных случаях, например в случае просрочки исполнения, устанавливались по закону, но чаще всего обуславливались по договору; хотя здесь о договоре как о соглашении двух лиц можно говорить лишь в формальном смысле. Недаром ростовщики в комедиях римского автора III в. до н.э. Плавта являются предметом язвительных насмешек наряду со своднями. В эпоху расцвета римского классического права знаменитый Папиниан говорил о тех встречавшихся, очевидно, на практике случаях, когда нельзя без краски стыда требовать процентов - *pop sine rubore desiderabuntur usurae* (D. 22. 1. 3. 4). Ульпиан около того же времени сообщает, что нельзя требовать проценты в размере, превышающем самый капитал - *supra duplum usurae*, и сложные проценты - *usuratum usurae* (D. 12. 6. 26. 1). Но жизнь шла мимо этих благих пожеланий. В конце III в., в 290 г. н.э., Диоклетиан вновь издает указ о том, чтобы лица, требующие процентов на проценты, подвергались бесчестию (C. 2. 11. 20); потребовались особые указы о том, чтобы наместники провинций и ближайшие к ним чиновники не занимались отдачей денег в рост (D. 12. 1. 33). Законом был введен максимум роста - 12% годовых, а для морского займа (п. 467), ввиду особого риска, связанного с морскими операциями, размер процентов не был ограничен.

Тем не менее фактически положение должников и размер процентов характеризуются у Юстиниана как *dura et gravissima moles* - суровое и тягчайшее бремя (C. 4. 32. 26:1). Юстиниан решил дифференцировать ставку взимаемых процентов в зависимости от класса и общественного ранга заимодавца, а именно: если он - *persona illustris*, высокопоставленное лицо, то он может взимать не более 4%, если он владелец мастерской или купец, то не более 8%, а в остальных случаях 6%, по морским займам 12%. Но тут же Юстиниан упоминает о практикующихся махинациях кредиторов (*machinationes creditorum* - C. 4. 3. 2. 26. 5), которые заключают заем на имя подставных лиц, с тем чтобы выговорить в свою пользу ставку в большем размере, чем это полагалось бы высокопоставленному лицу.

§ 97. Обязательства делимые и неделимые. Альтернативные обязательства

293. Делимые и неделимые обязательства. Обязательства считаются делимыми, когда предмет их поддается делению без ущерба для его ценности. Так, например, обязательство уплатить десять тысяч сестерций делимо; обязательство предоставить сервитут, например право проезда или право прохода или право прогона скота - неделимо (D. 45. 1. 2. pr. 1). Равным образом неделимо обязательство построить дом, выкопать ров (D. 45. 1. 72. pr.). Поэтому в случае смерти должника требование об исполнении неделимого обязательства могло быть предъявлено в полном объеме к любому из наследников должника; равным образом каждый из наследников кредитора по неделимому обязательству мог требовать исполнения в целом впредь до исполнения обязательства (D. 8. 1. 17).

Другими словами, если в одном и том же обязательстве оказались участвующими несколько кредиторов или несколько должников, то, при неделимости предмета обязательства, должники признавались солидарными должниками, а кредиторы солидарными кредиторами, из которых каждый вправе предъявить требование в

полном объеме (п. 303).

294. Альтернативные обязательства. Альтернативным называется обязательство, в котором должник обязан совершить одно из двух (или нескольких) действий. Например: дать раба Стиха или раба Памфила. Оба раба, хотя и альтернативно, являются предметом обязательства, но исполнению, передаче подлежит лишь один из них. В терминах римского права оба предмета содержатся *in obligatione* и только один предмет *in solutione*. Кому же принадлежит право выбора того или иного предмета? Чаще всего это обуславливается в сделке (договоре или завещании), например: "*Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus velit, Titio dato*", т.е. "пусть мой наследник, по своему выбору, даст Тицию Стиха или Памфила" (D. 30. 84. 9).

Если в сделке не предусмотрено, кому предоставляется право выбора, то право выбрать тот или иной предмет для исполнения принадлежит обязанному лицу. Если при самом возникновении обязательства (*ab initio*) предоставление одного из предметов было невозможно, например вследствие его гибели, то с самого начала обязательство считается простым, а не альтернативным. Если невозможность исполнения одного предмета наступила впоследствии, притом без вины, то обязательство сосредоточивается на втором предмете.

295. Факультативное обязательство. От альтернативного обязательства следует отличать *facultas solutionis*, возможность уплаты другого предмета вместо обусловленного. В данном случае говорят о факультативном обязательстве. Здесь предмет обязательства только один, но должнику предоставляется льгота: вместо основного предмета, содержащегося "в обязательстве", "*in obligatione*", предложить другой, обусловленный в договоре. Это, с одной стороны, ведет к тому, что, при невозможности исполнения основного и единственного предмета, обязательство не сосредоточивается на втором, факультативном предмете. С другой стороны, право воспользоваться льготой по замене исполнения принадлежит лицу, обязанному произвести исполнение.

Допустим, что залогодержатель потерял предмет залога, который попал в руки третьего лица. Залогодержатель предъявляет к третьему лицу (владельцу) иск об истребовании предмета залога. Основное обязательство третьего лица - это возвратить предмет залога, но Павел предоставляет ему льготу - уплатить залоговому кредитору долг, обеспеченный залогом, вместо того, чтобы возвратить вещь (D. 20. 6. 121).

§ 98. "Кауза" в обязательстве

296. Понятие "кауза". Слово "кауза" имело в римском праве разнообразные значения. В обязательственном праве под "кауза" нередко понимали то материальное основание, вследствие которого сторона вступает в обязательство, та цель, которая имеется в виду при вступлении в обязательство. *Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas* - я дал тебе раба Стиха, чтобы ты освободил Памфила (D. 2. 147. 2). *Fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit* - пусть сын мой Тиций возьмет впредь до раздела наследства земельный участок, поскольку брат его взял сам из моей кассы столько-то золотых (D. 35. 1. 17. 2). Желание освободить Памфила в первом случае, желание уравнивать положение двух сонаследников во втором случае являются материальным основанием, побуждающим совершить ту или иную сделку. Это основание может иногда оказаться противозаконным, противонравственным. *Pacta quae turpem causam continent non sunt observanda* - соглашения, содержащие противонравственное основание, не должны быть соблюдаемы (D. 2. 14. 27. 4).

Может случиться, что правооснование вовсе отсутствует. Например, хозяин сделал записи по своим счетным книгам о том, что он должен определенную сумму рабу. Между тем в действительности хозяин не получил займа от раба, и вообще долг лишен материального правооснования - *nulla causa praecesserat debendi* (D. 15. 1. 49. 2).

В таком случае запись по книгам не порождает обязательства.

297. Стипуляция как обязательство, не содержащее "каузы". Однако издревле в Риме существовал договор, сила которого покоилась на его формальном характере, не содержа в то же время упоминания о "каузе", лежащей в его основании. Мы имеем в виду так называемую стипуляцию (п. 433).

Здесь достаточно сказать, что под стипуляцией понимается словесный договор, заключаемый путем вопроса кредитора и совпадающего с вопросом ответа должника. Древнейший тип стипуляции: *Centum dare spondes? Spondeo*. Обязуешься уплатить сто? Обязуюсь.

Уже отсюда видно, что стипуляция не содержит в себе указания, по какому основанию должник обязался уплатить (по займу, по купле-продаже и т.д.), т.е. стипуляция не содержит в себе "каузы"; мы говорим поэтому, что стипуляция является абстрактным обязательством. На ранних стадиях развития строго абстрактный характер стипуляции отсекал у должника какие бы то ни было возражения и безоговорочно закабалял его кредитору-рабовладельцу. Но вскоре выяснились большие злоупотребления на этой почве.

298. Появление возражений об отсутствии "каузы" в стипуляции. Гай (4. 116) сообщает, что стало нередким (*saepe accidit*) такое явление: должник принимает на себя обязательство по стипуляции, между тем как кредитор, собиравшийся отсчитать и выдать деньги взаймы, таковых не выдал (*numeraturs поп numeravit*). Формально стипуляция остается в силе, но злоупотребление кредитора настолько явное, что присуждение с должника представляется несправедливым (*iniquum*) и должнику дается возражение о недобросовестности истца (*exceptio doli*). В результате стипуляция, продолжая быть по форме абстрактной, начинает терять по существу свой абстрактный характер, т.е. она перестает быть материально-абстрактной (подробнее см. п. 465).

299. "Кауза" в обязательствах, направленных на передачу. Особо нужно остановиться на роли "кауза" в обязательствах, исполнение которых состоит в "dare", т.е. в передаче вещи. Передаче могут предшествовать различные материальные правооснования, например:

Si tibi (rem) tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis ex alia causa (Гай. 2. 20).

(Если я тебе передам вещь в силу продажи, или в силу дарения, или по какому-либо другому основанию.) (См. также в п. 198.)

Влияние "каузы" как предшествующего правооснования на последующее действие стороны в обязательстве весьма энергично. Так, например, римское право считало недействительными дарения между супругами, вследствие чего действия, совершенные на основании этой "каузы", признавались недействительными, как-то: передача подаренного предмета, принятие одним супругом обязательства перед другим в целях дарения или погашение долга с такой же целью (D. 24. 1. 3. 10).

На примере дарения ясно видно, что понятие "каузы" как предшествующего правооснования близко подходит к понятию намерения, с которым сторона совершает действие. В этом смысле говорят не только о *causa donandi*, т.е. о намерении одарить, но и о *causa solvendi* - намерении исполнить обязательство, *causa contrahendi* - намерении связать договором.

Юлиан (II в. н.э.) считал, что если одна сторона дает деньги с намерением дарить и другая берет их с намерением получить взаймы, то при таком расхождении в "кауза" договор не состоялся (D. 12. 1. 18. pr.).

300. Передача вещи становится независимой от "каузы". Однако чем ближе к византийской эпохе, тем эффект передачи вещи становится все более независимым от лежащей в ее основании "каузы" и от тех внутренних мотивов, которыми сторона руководится. Институции Юстиниана содержат такое положение: "Я тебе завещал раба Стиха за то, что ты вел мои дела в мое отсутствие, или за то, что возбужденное против меня уголовное дело было прекращено благодаря твоему вмешательству. Затем оказывается, что ты вовсе не вел моих дел или не имеешь никакого отношения

к прекращению уголовного дела; тем не менее завещательное распоряжение остается в силе". Это положение формулируется так: *legato falsa causa* по посылке - ложный внутренний мотив не вредит завещательному распоряжению (I. 2. 20. 31).

Составители Дигест делают и дальнейший шаг. Они цитируют приведенный у Юлиана пример, когда кредитор дает деньги *donandi gratia*, а должник их берет *quasi creditam*, в виде займа. Мы знаем, что, по мнению Юлиана, в данном случае договор не состоялся из-за расхождения в "кауза" (D. 12. 1. 18. pr.). Однако ко времени работы византийских компиляторов взгляд на "кауза" уже изменился, и они не остановились перед тем, чтобы вложить Юлиану в уста прямо противоположное решение:

Nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (D. 41. 1. 36. Iulianus).

(Не является препятствием расхождение в отношении "кауза" передачи и получения.)

В результате эволюции передача вещи стала независимой от "кауза", другими словами, *traditio* стала абстрактной (п. 198).

§ 99. Множественность лиц в обязательстве

301. Участники обязательства. Простой случай обязательственного отношения с точки зрения числа его участников это тот, когда в нем участвуют один кредитор (*creditor* - *reus stipulandi*) и один должник (*debitor* - *reus promittendi*). "Reus" от слова *res* сначала означало участвующего в деле, т.е. как на активной, так и на пассивной стороне; лишь позднее за словом *reus* сохранилось значение ответчика в гражданском деле, подсудимого - в уголовном деле. *Promittere* значит обещать, принимать на себя обязательство; *stipulari* значит выговорить в свою пользу, притом не только по стипуляции, но и по любому виду обязательства: должник обещает, кредитор "стипулирует".

Но есть обязательственные отношения, более сложные по числу участников: с несколькими должниками, с несколькими кредиторами.

302. Долевые обязательства. Если предмет обязательства был делим, то, вообще говоря, обязательство дробилось между несколькими участниками. Источники, а именно Кодекс Юстиниана, а еще раньше Павел (D. 10. 2. 25. 9. 13) возводят это правило к законам XII таблиц.

Ex lege XII tabularum aes alienum hereditarium... pro portionibus... ipso iure divisum (C. 2. 3. 26).

(По законам XII таблиц наследственные долги делятся автоматически на доли.)

Долевая ответственность действует во всех случаях, когда она законом или договором не устранена. *Nomina ipso iure divisa* - так гласит правило. *Nomen* - буквально имя, запись имени должника в книге римского домохозяина, отсюда *nomem* - долговое требование, долг.

303. Ответственность солидарная и множественная. Если желали возложить ответственность на каждого из должников во всем объеме или предоставить право требования каждому из кредиторов во всем объеме, то это должно было быть положительно оговорено в сделке (договоре, завещании). В таком случае наступала ответственность *in solidum* (буквально - целиком): каждый из нескольких субъектов обязательства обязан был исполнить целиком или вправе был требовать целиком, с тем, однако, что обязательство подлежало исполнению только единожды.

Тут мы имеем дело с той разновидностью совокупных обязательств, которые называются солидарными. В этом отношении солидарные обязательства отличаются от другой разновидности совокупной ответственности, при которой наступало умножение ответственности. Например, если несколько человек убили раба или если несколько человек бросили бревно и задавили раба, то по закону Аквилы (ок. 289 г. до н.э.) имущественная ответственность возлагалась на каждого из соучастников. Это положение, освященное авторитетом старореспубликанских юристов (*auctoritate*

veterum), покоилось на том, что в данном случае ответственность носила штрафной характер. "Ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena" - "то, что один уплатил по закону Аквилы, не освобождает другого, поскольку речь идет о штрафе, о наказании" (D. 9. 2. 11. 2). То же самое наступает по actio furti при ответственности нескольких лиц, совместно совершивших кражу. Эта кумулятивная ответственность была исключением; в других деликтных исках, не носивших штрафного характера, наступала ответственность не по принципу умножения ответственности соучастников, а солидарная.

304. Обязательства солидарные и корреальные. До сравнительно недавнего времени толкование источников производилось таким образом, что солидарная ответственность различалась двух видов:

(1) Солидарная в тесном смысле слова, когда удовлетворение, полученное кредитором от одного из совокупных должников или одним из совокупных кредиторов от должника, погашало обязательство.

(2) Корреальная, когда предъявление иска кредитором к одному из совокупных должников или одним из совокупных кредиторов к должнику погашало обязательство.

Слово "корреальный" происходит от того, что источники говорят о "duo rei" или "correi", т.е. о двух участниках или соучастниках обязательства.

При наличии нескольких солидарных (а в соответственных случаях корреальных) должников говорят о пассивной солидарности (корреальности), а при наличии нескольких солидарных (а в соответственных случаях корреальных) кредиторов говорят об активной солидарности (корреальности). Наибольшее практическое значение имеет пассивная солидарность (корреальность).

305. Прежний взгляд на различие солидарных и корреальных обязательств. Считалось, что корреальная ответственность возникает при совместном вступлении должников в договор, а солидарная ответственность наступала по деликтам или когда должники вступали в обязательство независимо один от другого. Вопрос о различии между корреальными и солидарными обязательствами был, пожалуй, самым трудным в обязательственном праве.

Считалось, что корреальные участники обязательства более тесно связаны между собой, чем солидарные. Так, перерыв исковой давности в отношении одного из корреальных должников действовал в отношении всех корреальных должников, между тем как перерыв давности в отношении одного из солидарных должников не действовал в отношении остальных солидарных должников. Равным образом прощение долга одному из корреальных должников или замена обязательства новым (новация, обновление обязательства) прекращали долг остальных корреальных должников. Такие правовые последствия не были присущи солидарным обязательствам.

Основываясь на выражении источников о том, что в корреальных обязательствах речь идет о едином обязательстве (in utraque obligatione una res vertitur), немецкие пандектисты прошлого столетия, в особенности Келлер, выдвинули замысловатую теорию о едином объективном составе корреального обязательства с различными субъективными отношениями. Этим объяснялось, что предъявление иска к одному корреальному должнику пресекает возможность иска к другому. Однако источники говорят в других местах не о едином, а о двух корреальных обязательствах, указывая, что если иск предъявляется по одному корреальному обязательству, то тем самым погашается второе корреальное обязательство (natura obligationum duarum ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur - D. 46. 1. 5). А в таком вопросе, как влияние просрочки одного из корреальных должников, существует в текстах трудно примиримое противоречие. По мнению Помпония (ок. 130 г. н.э.), неправильное действие одного из корреальных должников влечет за собой вредные последствия для другого (alterius factum alteri quoque nocet - D. 46. 2. 18). По мнению же Марциана (ок. 230 г. н.э.), в корреальном обязательстве просрочка одного из содолжников не влечет за собой вредных

последствий для другого (*si duo rei promittendi sunt alterius mora alteri non nocet* - D. 22. 1. 32. 4).

Все эти трудности, а также современные методы подхода к византийским источникам римского права привели к необходимости пересмотра вопроса о корреальных и солидарных обязательствах.

306. Единый тип совокупного обязательства у юристов-классиков. Новейшие авторы приходят к выводу о том, что сложный и запутанный вопрос о различии между корреальными и солидарными обязательствами основан на недостаточно критическом отношении к источникам и по существу является беспредметным созданием весьма поздних, преимущественно германских, "теоретиков".

С этой точки зрения считается, что не было двух категорий совокупных обязательств, корреальных и солидарных, а был один тип; будем именовать его солидарным. В классическую эпоху считалось, что иски нескольких совокупных (раньше говорили: корреальных, теперь говорят солидарных) кредиторов или к нескольким солидарным должникам являются исками об одном и том же (*de eadem re*), вследствие чего предъявление иска, точнее, *litis contestatio*, одним из кредиторов или к одному из должников влечет за собой погашение других прав требования.

307. Сохранение при Юстиниане единого типа совокупного обязательства при наличии нескольких кредиторов. Составители Дигест оставили это положение в силе для активной солидарности, сохранив соответствующие тексты классических юристов без изменения. *Si duo rei stipulandi sint... unum iudicium petentem, totam rem in litem deducere*, т.е. при наличии двух совокупных (раньше переводили - корреальных; теперь переводят - солидарных) кредиторов предъявление иска одним из них ведет к поглощению иском всего обязательственного взаимоотношения (D. 46. 2. 31. 1). Если один из двух совокупных кредиторов предъявляет иск, то предложение денег должником другому из кредиторов не порождает правовых последствий (D. 45. 2. 16).

308. Реформа Юстиниана в отношении погашения обязательства при наличии нескольких совокупных должников. Но в отношении пассивной совокупности (раньше в этих случаях говорили о корреальности, теперь говорят о солидарности) при Юстиниане введено было существенное изменение, а именно:

In duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat (C. 8. 40. 28) (531 г. н.э.).

(При наличии двух совокупных (солидарных) должников мы постановляем, чтобы выбор одного должника (для предъявления к нему иска) не преграждал прав кредитора в отношении другого должника, но чтобы право кредитора на иск оставалось за кредитором впредь до полного удовлетворения.)

Таким образом, в отношении пассивной солидарности обязательство по реформе Юстиниана прекращалось не в силу поглощающего (консумирующего) влияния предъявления иска, как это было в классическую эпоху (п. 74), а в силу фактического удовлетворения (*solutio*).

309. Интерполяции в текстах о солидарных должниках. Что же оставалось делать комиссии Трибониана по составлению Дигест? Они по своему обычному методу интерполировали соответствующие места классических юристов с целью привести их в согласие с реформой Юстиниана. Это и сделано в D. 9. 4. 5, где вставлены слова "*пес altero convento alter liberabitur*" - предъявление иска к одному не освобождает другого. Еще ярче интерполяция звучит в другом тексте:

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, NEC LIBERABITUR ALTER, SI CUM ALTERO AGATUR: NON ENIM ELECTIONE, SED SOLUTIONE LIBERANTUR (D. 16. 3. 1. 43).

(Если вещь сдана на хранение двум лицам, то можно предъявить иск к любому из них, причем другой не освобождается в силу предъявления иска к первому; ИБО

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПРЕКРАЩАЕТСЯ НЕ В СИЛУ ВЫБОРА ОДНОГО ИЗ ДОЛЖНИКОВ ДЛЯ ПРЕДЪЯВЛЕНИЯ К НЕМУ ИСКА, А В СИЛУ ИСПОЛНЕНИЯ.)

Выделенные слова и в особенности обобщающий вывод считаются творчеством византийцев, вложенным в уста классического юриста.

То же самое следует сказать о совокупной ответственности нескольких соопекунов за заведомо неправильное действие опекунов по утверждению действий подопечных: *perceptione, ab uno facta, et ceteri liberantur*, *non electione* - с получением удовлетворения от одного из них, а не с предъявлением иска к одному из них, освобождаются остальные (D. 27. 6. 7. 4).

Бросается в глаза интерполяция в том месте Дигест, где говорится (D. 9. 3. 1. 10. Ульпиан; D. 9. 3. 2 - 4) о таком случае: из общей квартиры что-то выброшено или вылито неизвестно кем, иск дается против каждого из жильцов солидарно; но если к одному предъявлен иск, то остальные освобождаются. Это положение соответствует точке зрения классиков, но на этом месте текст Ульпиана обрывается компиляторами и вставляются из Павла следующие слова: "уплатой, а не закреплением иска".

"Actio dabitur... in solidum; sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur (Ulpianus) PERCEPTIONE NON LITIS CONTESTATIONE (Paulus)".

Выделенные слова являются интерполированной вставкой. Мы ясно видим рядом стоящие: текст классика и добавленный к нему текст интерполяторов, вложенный в уста другого юриста.

В результате следует считать, что римское право не знало, наряду с солидарными, еще и корреальные обязательства. Особенность состояла в том, что в классическую эпоху совокупное обязательство нескольких должников прекращалось в силу факта предъявления иска к одному из них; при Юстиниане же такое последствие наступало лишь по получении удовлетворения от одного из должников.

310. Источники возникновения солидарных обязательств. Солидарные обязательства возникали в результате договора, завещания, совместного причинения вреда, при неделимости предмета обязательства, например, несколько сонаследников обязаны предоставить кредитору сервитут проезда, прогона, прохода, провода воды, или несколько сонаследников вправе требовать от одного должника пользования таким сервитутом. Специфически римской была солидарная ответственность нескольких хозяев за вред, причиненный их общим рабом.

Глава 25

МЕСТО И ВРЕМЯ ИСПОЛНЕНИЯ. ПРОСРОЧКА

§ 100. Место исполнения обязательства

311. Значение места исполнения. По мере роста Рима, завоевания им средиземноморского бассейна и связанного с этим развития торговых операций приобретает значение вопрос о месте исполнения. Появляются сделки типа: *Romae stipulatur Carthagine dari* (D. 13. 4. 2. 6), т.е. договор заключен в Риме с тем, чтобы исполнение последовало в Карфагене. Иногда сделка еще больше осложняется: заплатить десять в Эфесе или дать раба в Капуе. Юристы в эпоху развившейся морской торговли отмечают, что особое значение определения места исполнения обусловлено экономическими соображениями, условиями рынка:

Varia sunt pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti (D. 13. 4. 3).

(Цены на товары различны в отдельных общинах и областях, в особенности на вино, масло, зерно.)

Равным образом и стоимость кредита была различная в разных местах.

312. Способы определения места исполнения. Место исполнения определялось прежде всего договором сторон.

Если место исполнения было обусловлено альтернативно, например, в Эфесе или в

Капуе, то выбор места исполнения принадлежит должнику, а при неисполнении выбор места суда принадлежит истцу (D. 13. 4. 2. 3).

Если место исполнения не было обусловлено, надлежащим местом исполнения, *locus opportunus*, считалось то место, где может быть предъявлен иск по данному обязательству. "*Cum... neque adscriptum, quo loco detur, quocumque loco petetur, dari debet*" - "если (в сделке, например в завещании) не добавлено, в каком месте должно произойти исполнение, то оно должно иметь место в том месте, где будет предъявлен иск".

А место подсудности определяется принадлежностью лица к той или иной общине либо местом жительства должника. Кроме того, любой иск может быть, независимо от гражданства или места жительства, предъявлен в Риме по принципу *Roma communis postra patria est* - Рим - наше общее отечество (D. 50. 1. 33).

Если в договоре обусловлено место исполнения, допустим Эфес, а иск предъявлен в соответствии с только что приведенным правилом в Риме, то истец обязан в своем исковом требовании упомянуть о месте исполнения, Эфесе, в противном случае считалось, что он допустил в своем исковом требовании стеснение прав ответчика в виде *plus petitio loco* (излишнее, неправильное требование истца в отношении места), а это влекло за собой отказ в иске (Гай. 4. 53-а).

313. Значение места исполнения для оценки предмета обязательства. Место исполнения играло роль в отношении оценки спорного предмета. Поскольку присуждение (кондемнация) производилось в денежном выражении, важно было знать, по какому месту произвести оценку. Этот вопрос решается аналогично с вопросом о месте, а именно: прежде всего принимается во внимание оценка по тому месту, которое обусловлено в соглашении сторон, а при отсутствии такового оценка производится по тому месту, где предъявляется иск.

"Я спросил, - говорит Юлиан, - цену какого места следует принять во внимание. Он (надо полагать, учитель Юлиана, Яволен) ответил: если по договору предусмотрено определенное место исполнения, то цену, существующую в этом месте, а если договоренности не было, то по месту предъявления искового требования" (D. 12. 1. 22). Это имело значение в том отношении, что при исчислении истцом цены с нарушением указанного правила истцу угрожала опасность *plus petitio re*, превышенной оценки предмета и, стало быть - отказ в иске.

Претор пошел на помощь истцам в этом вопросе. В эдикте было установлено особое правило *de eo quod certo loco dari oportet*, т.е. для предметов, подлежащих сдаче в определенном месте. А именно, в этих случаях на усмотрение (*arbitrium*) судьи предоставлялось право вносить изменение в кондемнацию, т.е. в формулировку присуждения, в случае расхождения с ценой, из которой исходил истец. Таким образом, для истца отпадала угроза проиграть дело из-за *plus petitio* (излишнее требование) (C. 3. 18; D. 13. 4. 2).

§ 101. Время исполнения обязательства

314. Время исполнения. Вопрос о времени исполнения решался прежде всего в зависимости от договора сторон: обязательство должно быть исполнено в срок, предусмотренный в договоре сторон. Если срок в договоре не установлен, то надо думать, что первоначально действовало правило, сформулированное в комментарии Помпония к Сабину: "*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*" - "во всех обязательствах, в которых срок не предусмотрен, долг возникает немедленно" (D. 50. 17. 14). Или, как это выражено в своеобразной терминологии, утвердившейся в наследственном праве, *ubi pure quis stipulatus est, et cessit et venit dies* - если договор заключен без срока и условия, то момент возникновения обязательства и срок исполнения совпадают (D. 50. 16. 213). Такое положение, понятное в деликтном праве, применялось к договорам, надо думать, на более ранней стадии их развития.

315. Подразумеваемый срок исполнения. По мере роста торгового оборота и расширения круга сделок, основанных "на доброй совести", возникает

необходимость сделать более гибким правило о договорах, в которых срок не предусмотрен. В самом деле, уже Юлиан устанавливает, что договор, заключенный в Риме, не может быть немедленно, сегодня же, исполнен в Карфагене - *qui Romae stipulatur hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari* (D. 13. 4. 2. 6). А потому обязательство "уплатить в Эфесе сто" (*Ephesi centum dari*) толкуется Юлианом так, что в этом обязательстве молчаливо подразумевается наличие срока - *Julianus putat diem tacito huius stipulationi inesse* (там же). Это умозаключение Юлиана ("putat") лет через сто излагается у Папиниана как бесспорно действующее право.

Ту же мысль и на том же традиционном примере уплаты в Эфесе (*Ephesi dari*) развивает младший современник Юлиана, Венулей. Он ставит вопрос о том, каким требованиям должен удовлетворять подразумеваемый срок, в особенности в тех случаях, когда договор заключен в одном месте, а подлежит исполнению в другом. Ответ на этот вопрос Венулей дает с тем тактом и учетом потребностей жизни, который был присущ лучшим представителям римской юриспруденции. Определение срока должно быть предоставлено, по мнению Венулея (D. 45. 1. 137. 2), судье, который в качестве доброго мужа (*vir bonus*) соображает, какой срок потребовался бы заботливому хозяину (*diligens paterfamilias*) для исполнения. При этом не требуется, чтобы должник с подорожной грамотой в руках продолжал путь днем и ночью, не взирая на погоду, но, с другой стороны, он не должен передвигаться с прохладцей (*neque tam delicate progredi*); нужно учесть время года, возраст, пол, состояние здоровья и принять во внимание тот срок, который потребовался бы нормально большинству людей, удовлетворяющих тем же условиям.

Такое же мерило применяется и в тех случаях, когда исполнение производится в месте заключения договора, но срок диктуется самой обстановкой, например, когда заключен договор на постройку доходного дома или на ремонт его, без указания срока окончания работ. Допустим, что римский домовладелец-эксплуататор нанял подрядчика. "Берешься подпереть жилой дом? *Insulam fulciri spondes*?" (D. 45. 1. 98. 1). Не без юмора Марцелл замечает: конечно, нечего тянуть дело, пока этот дом развалится (*utique non est exspectandum ut ruat*). Но вместе с тем, заявляет Венулей, подрядчик не обязан отовсюду согнать плотников и, набрав значительную рабочую силу, проявить спешку (D. 45. 1. 137. 3). Сквозь юридическую формулировку вопроса о сроке исполнения Дигесты донесли через века красочную бытовую картину.

В результате развития первоначальное, широко формулируемое положение о том, что "все договоры, не содержащие срока, подлежат немедленному исполнению" (D. 50. 17. 14, Помпоний к Сабину), воспроизводится Ульпианом, жившим лет на 80 позднее Помпония, и опять же в комментарии к Сабину, почти в тех же выражениях, но уже с существенной оговоркой о сроке, молчаливо вытекающей из самой обстановки. *Quotiens in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri* - когда в обязательствах не предусмотрен срок, то исполнение может быть потребовано немедленно, за исключением, однако, случая указания такого места исполнения, из которого можно сделать вывод о времени, необходимом для прибытия на место.

В этом более гибком определении уже не говорится решительно о всех обязательствах, и, кроме того, автор находится уже в круге понятий морской торговли традиционного типа "Рим - Эфес".

Итак, немедленного исполнения можно потребовать лишь тогда, когда в договоре срок не указан и притом срок не вытекает из обстановки. Но когда срок предусмотрен в договоре или когда молчаливо подразумевается разумный срок, то это значит, что до наступления срока исполнение не может быть потребовано, *dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur* (D. 45. 1. 41. 1). В этом смысле следует понимать положение о том, что "назначение срока имеет в виду интересы должника, а не кредитора" - "*diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore*" (D. *ibid.*).

316. Досрочное исполнение. Это широко сформулированное положение не означает, что во всех случаях срок установлен в интересах должника. Наоборот, источники отмечают, что срок нередко устанавливается в интересах обеих сторон или в

интересах кредитора; поэтому досрочное исполнение (*repraesentatio*) не всегда допускается. Так, например, были запрещены (во II в.) мировые сделки, направленные на досрочную выплату предстоящих алиментных временных взносов, поскольку это может повести к тому, что "досрочно выплаченные деньги будут проедены" - *ut quis repraesentatam pecuniam consumat* (D. 2. 15. 8. 6). Во всяком случае мировые сделки по алиментам требуют утверждения претора.

При ответе на вопрос о допустимости досрочного исполнения юрист отчетливо ставит вопрос о том, в чьих интересах этот срок установлен. Пример: завещатель обязал наследника выплатить легатарии деньги через десять лет. Наследник выплатил досрочно. Яволен решает вопрос так: если срок был установлен из опасения, что легатарий растратит и не сбережет имущества (т.е. в интересах кредитора), то досрочная выплата остается на риске должника-наследника; если же срок был установлен в интересах должника-наследника, чтобы дать ему возможность пользоваться доходами за промежуточное время (*commodum medii temporis sentire*), то досрочная выплата допускается (D. 33. 1. 15). Наряду с сабиньянцем Яволеном вопрос ставил таким же образом юрист старшего поколения, прокульянец Пегас, который проводил дистинкцию (т.е. различие), в зависимости от того, установлен ли срок в интересах наследника должника или легатария-кредитора. - *Pegasus solitus fuerat distinguere, cuius causa tempus dilatatum sit, utrumne heredis, an Legatarii* (D. 31. 43. 2. Pomponius ad Quintum Mucium).

§ 102. Просрочка исполнения

317. Понятие созревшего требования. Сторона, не исполнившая обязательства в надлежащий срок по своей вине, считается просрочившей. Чаще всего приходится иметь дело с просрочкой должника (*mora debitoris, mora solvendi*).

Для наличия просрочки должника нужно с объективной стороны, чтобы требование созрело для предъявления. Другими словами, нет просрочки должника, если кредитор не вправе предъявить исковое требование - *nulla intellegitur mora fieri, ubi nulla petitio est* (D. 50. 17. 88). При этом безразлично, по какой причине иск не может быть предъявлен, а таких причин может быть несколько. Прежде всего, иск не может быть предъявлен, если срок еще не наступил: *venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit* - наступление срока означает, что наступил день, когда может быть предъявлено требование об уплате (D. 50. 16. 213).

Далее, возможность предъявления иска не наступает, когда речь идет о натуральном обязательстве, т.е. обязательстве, не защищенном исковой санкцией, когда, например, несовершеннолетний обязался передать раба (D. 45. 1. 127). Наконец, иск может быть парализован перемпторной эксцепцией, т.е. правопоражающим возражением (п. 67), чаще всего соглашением о непредъявлении требования (*pactum de non petendo*). В этих случаях просрочка не наступает. "*Non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*" - "не впадает в просрочку тот, с кого деньги не могут быть потребованы ввиду ссылки на соглашение о непредъявлении требования" (D. 12. 1. 40. i. f). Итак, для наличия просрочки нужно прежде всего, чтобы требование созрело для предъявления.

318. Напоминание. Кроме этого, требуется, чтобы должнику сделано было напоминание. Напоминание об уплате носит техническое название *interpellare* (иногда *appellare*). Оба термина занимают существенное место в римском учении об обидах. "*Si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit iniuriae faciendi causa, iniuriarum tenetur*" - "кто сделал напоминание лицу, не являющемуся должником, как если бы он был должником, с целью нанести обиду, тот отвечает за обиду" (D. 47. 10. 15. 33).

По-видимому, такое неосновательно произведенное напоминание могло вести к подрыву кредита. Поэтому, если мой кредитор, которому я готов был уплатить, сделает напоминание (*interpellaverit*) моим поручителям с целью причинить мне обиду, то он отвечает за нанесение обиды (D. 47. 10. 19).

Такие действия кредитора ставятся в один ряд с публичным объявлением о назначении в продажу залога, будто бы полученного от должника, такие приемы

практиковались римскими займодавцами еще в эпоху Цицерона и осуждались его современником Сервием (D. 47. 10. 15. 32).

Должник, получивший напоминание, не должен прибегать к судебным проволочкам, в противном случае тот, кто предпочел сутяжничать, а не уплатить, несет последствия просрочки. "Nec moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere" (D. 45. 1. 82. 2). Разумеется, если было основание довести дело до суда (мерилом основательности является, по-видимому, исход процесса), то нет налицо просрочки - "qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere" (D. 50. 17. 68).

Правовой эффект просрочки порождает только такое напоминание, которое сделано в надлежащем месте и в надлежащее время - *mora fieri intellegitur... si interpellatus opportuno loco non solverit* (D. 22. 1. 32). Напоминание, сделанное до наступления срока (*ante diem interpellatio*), не влечет за собой последствия просрочки (D. 45. 1. 49. 3).

319. Наступление просрочки независимо от напоминания. В ряде случаев просрочка должника и связанные с нею правовые последствия (о которых речь идет ниже) наступают независимо от напоминания. Это имеет место в отношении некоторых деликтов, преимущественно кражи. Римские юристы выработали довольно выразительное положение права: *fur semper moram facere videtur* - вор всегда находится в просрочке (D. 13. 1. 8. 1).

Из отдельных разрозненных положений источников некоторые исследователи римского права сделали впоследствии в отношении напоминания такой вывод: в тех случаях, когда по договору обусловлен определенный (календарный) день для исполнения, просрочка наступает *ipso iure* (автоматически) без напоминания. Это правило, в римских источниках непосредственно не встречающееся, формулируется в виде афоризма, сложившегося впоследствии при глоссаторах и гласящего: *Dies interpellat pro homine* (определенно установленный день напоминает вместо человека).

Иногда напоминание невозможно сделать: за неизвестностью места нахождения должника или если наследство еще не принято наследниками. В таких случаях просрочка также наступала без напоминания или, как выражаются источники, *mora in re ipsa*, *mora ex re*, в отличие от *mora ex persona*, которая наступала после напоминания лицу, обязанному исполнить. Чем ближе к эпохе Юстиниана, тем число этих случаев (*mora in re*) возрастает.

§ 103. Последствия просрочки

320. "Увековечение" обязательства. Просрочивший должник несет риск случайной гибели вещи, т.е. гибели, происшедшей без его вины. *Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem* - юристы старых поколений установили положение: поскольку имеет место вина должника, обязательство упрочивается, увековечивается (D. 45. 1. 91. 3). Отсюда выработался афоризм: "*Mora obligatio perpetuatur*" - "в силу просрочки обязательство упрочивается, увековечивается". А потому, если после просрочки должника предмет обязательства, раб, погиб, то тем не менее должник отвечает, как если бы раб был жив - *si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, ac si homo viveret* (D. 45. 1. 82. 1).

321. Влияние просрочки должника на оценку убытков. Особенность римского права состояла в том, что в случае просрочки в исполнении договора должник обязан был, в отступление от общего правила, уплатить высшую цену, какую имел предмет договора между моментом заключения договора и днем присуждения (D. 19. 1. 3. 2).

В отношении возмещения неправомерно причиненных убытков действовало аналогичное правило в силу закона Аквилы (п. 587). Вор обязан был возместить стоимость украденной вещи по высшей оценке в силу того соображения, что, как мы видели, он всегда находится в просрочке (D. 13. 1. 8. 1).

322. Просрочка должника в договорах "доброй совести". Если правило о "перпетуации" (упрочении, увековечении) обязательства возникло в сфере

обязательств строгого права (*structi iuris*), а именно при стипуляции, то в договорах "доброй совести" (перечень этих договоров и исков, на них основанных, см.: I. 4. 6. 28) выработалось правило о том, что просрочка должника обязывает его уплатить проценты за время просрочки - *in bona fidei contractibus ex mora usurae debentur* (D. 22. 1. 32. 2). Это применимо, например, к просрочке в уплате покупной цены. Для сделок же строгого права, например при займе, эта цель достигалась другими средствами, более приспособленными для рабовладельцев-ростовщиков; к их услугам были особые "спонсии" (древнейшие формальные словесные обещания) о штрафе в размере одной трети и одной половины данной взаймы и не возвращенной в срок суммы (Гай. 4. 171).

В исках "доброй совести" должник, впавший в просрочку, обязан был возместить плоды, как полученные, так и те, которые он мог и должен был получить, - *fructus percepti et percipiendi*.

323. Просрочка должника и право отступления от договора. Вопрос о праве кредитора отступить от договора в случае просрочки должника в тех случаях, когда исполнение утратило вследствие просрочки интерес для кредитора, а также в отношении сделок со строго фиксированным сроком исполнения, у римских юристов не был разработан. Право на отступление от сделки в случае просрочки другой стороны могло быть обусловлено в договоре, в частности, на случай неуплаты покупной цены в срок (*lex commissoria*) или на случай предложения третьим лицом более высокой покупной цены до определенного срока (*in diem addictio*) (см. п. 498).

324. Просрочка кредитора. Она наступает в тех случаях, когда исполнение, предлагаемое должником, не принимается кредитором без достаточного основания. Если просрочка должника является просрочкой исполнения (*mora debitoris, mora solvendi*), то просрочка кредитора есть просрочка в принятии исполнения (*mora creditoris, mora accipiendi*). Пример: *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traheretur* - по обстоятельствам, зависевшим от покупателя, проданный раб ему не был передан (D. 19. 1. 3. 8. 1). Или: должник предложил кредитору причитающиеся деньги, а кредитор без достаточного основания отказался принять: *Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit* (D. 46. 3. 72).

Итак, требуется наличие предложения уплаты (*oblatio*) со стороны должника и непринятие со стороны кредитора без надлежащего основания. В другом же месте источников (D. 13. 5. 17) указывается, что кредитор несет последствия непринятия, хотя бы это произошло без его вины, например, если он не явился по нездоровью, или вследствие насильственного задержания, или вследствие бури - *si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit*.

325. Последствия просрочки кредитора. Просрочивший кредитор обязан возместить излишние расходы, связанные с непринятием; например, уплатить за прокорм раба, принятие которого было просрочено (D. 14. 1. 38. 1).

После просрочки кредитора должник отвечает только за умышленно причиненный ущерб, а не за простую вину - *iam non culpam sed dolum malum praestandum a venditore* (D. 18. 6. 18). Риск гибели вещи падает на просрочившего кредитора.

Источники очень ярко описывают образ действий поставщика, у которого покупатель не принимает сдаваемых ему предметов. Продавец сдает проданные им кровати, но покупатель не принимает их; продавец оставляет их на улице. В дело вмешивается представитель городской полиции, эдил, который распоряжается изрубить кровати. Павел, со ссылкой на юриста конца республики из поколения так называемых *veteres* (старой школы) Алфена Вара, возлагает убыток на покупателя, как допустившего просрочку в принятии (D. 18. 6. 13). В том же титуле Дигест рассказывается о покупателе вина, который не явился в назначенный день для приемки вина. Юрист дает продавцу право вылить вино - *licet venditore effundere vinum* (D. 18. 6. 13), причем в этом фрагменте делается ссылка на юристов старой школы времен республики, "*veteres*". Такой образ действий впоследствии, через пять веков, при Юстиниане вызывал изумление, и работавшие при нем компиляторы Дигест смягчили это суровое правило. Вылить вино можно, но не тотчас, а лишь

после предупреждения покупателя о том, что если он вина не заберет, то оно будет вылито. Но и это показалось слишком решительным, и поэтому добавляется: "Однако если продавец, будучи вправе вылить вино, все-таки не вылил его, то он заслуживает похвалы" - "si tamen cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius".

Новейший автор Граденвиц в 1929 г., шокированный резкостью предложенной республиканскими юристами меры, предложил смягченное толкование: речь, мол, идет не о том, чтобы совсем вылить вино, а о том, чтобы вылить его в чаны.

Думается, что в этом случае не учитывается социальный фон старого Рима. В деле с вином речь идет о землевладельце, продающем вино из своих погребов. Дело происходит во времена республики, когда тары для вина было не так уже много, а между тем живы были сельскохозяйственные патриархальные заветы Катона старшего, и землевладелец чувствовал себя маленьким царьком в своем поместье. В книге Катона о сельском хозяйстве дается указание, что вино должно быть взято покупателем не позднее 1-го октября. Если к этому сроку покупатель не вывезет вина, то пусть продавец поступает с вином как захочет - si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet (Cato. De agricultura, 148. 8).

Но времена меняются; развивающаяся торговля делала неприемлемым такой нехозяйственный способ разрешения вопроса о таре, и юристы уже выдвигают иную точку зрения.

§ 104. Прекращение просрочки

326. Очистка ("пургация") просрочки. Мы видели, что, в силу просрочки, обязательство, по учению старого поколения юристов (veteres), увековечивается, obligatio perpetuatur. Однако дальнейшее развитие права не могло остановиться на этом лапидарном положении, выраженном в резкой и безоговорочной форме. Если после допущенной просрочки должник все же исполняет обязательство, то возникло сомнение (haesitatur), "век ли вековать" обязательству или же допустить, что предложенное исполнение погашает первоначальную просрочку (an extinguatur superior mora). Источники сохранили нам красноречивый отчет о формальных методах, какими достигалось проведение в жизнь новых правовых положений. Цельз-младший, один из наиболее оригинальных умов среди юристов-классиков, с присущей ему смелостью (ср. D. 28. 1. 27) заявил, что под покровом авторитетов права допускаются вредные ошибки - sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur (D. 45. 1. 91. 3), а потому надо, в отступление от ригоризма старого права, трактовать вопрос не de bono aequo, что в переводе на трезвый язык римского юриста означает - с учетом интересов возросшего делового оборота. Кто допустил просрочку в сдаче раба Стиха, может, по мнению Цельза, исправить эту просрочку последующим предложением исполнения - emendare eam moram postea offerendo. К этому мнению присоединяется современник Цельза, знаменитый Юлиан (hanc sententiam Iulianus sequitur). А Павел, живший на сто лет позднее Цельза и Юлиана, выражает эту мысль так: Stichus promissor post moram offerendo purgat moram - обязавшийся дать раба Стиха может после допущения просрочки очистить ее, предложив исполнение (D. 45. 1. 73. 2).

Таким образом, в противовес "увековечению" обязательства (obligationis perpetuatio), стали говорить об "очистке" просрочки (moraе purgatio).

Прекращение просрочки наступает также в тех случаях, когда после допущенной должником просрочки кредитор вступает с ним в соглашение о непредъявлении требования (pactum de non petendo). Пример: должник обязался дать мне раба Стиха и допустил просрочку; после этого Стих умирает, затем заключается соглашение о непредъявлении требования. Происходит "очистка просрочки"; считается, что просрочки не было, non intellegitur mora fieri, а потому, в случае смерти Стиха, должник не отвечает, поскольку считается, что он не допустил просрочки: Mortuo Stichus puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat (D. 12. 14. 54).

Наконец, просрочка может отпасть в силу соглашения сторон о прекращении

прежнего обязательства и замене его новым (так называемая новация, см. ниже п. 354).

Глава 26

ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

§ 105. Соответствие способа прекращения обязательства способу его возникновения

327. Понятие "solutio". Обязательство прекращается - obligatio tollitur, или обязательство погашается - obligatio exstinguitur различными способами, из которых главным считалось исполнение (платеж). Tollitur obligatio praecipue solutione eius, quod debetur - обязательство прекращается главным образом исполнением (платежей) того, что причитается (Гай. 3. 168).

Понятие solutio,olvere проделало любопытную эволюцию в римском праве. В древнейшую эпоху это означало, как мы видели (п. 282), развязывать должника от сковывавших его цепей, затем освобождение должника от подчинения его личности должнику. Me a te solvo - я себя отвязываю от тебя (Гай. 3. 174). Затемolvere приобретает значение исполнять, передать предмет обязательства: Stichumolvere, remolvere. Раб или вещь были obligati, связаны, они стали solutio.

Таким образом solutio стало равнозначуще с satisfactio (удовлетворение). Solvere dicimus eum qui facit quod facere promisit - мы говорим, что исполняет тот, кто делает то, что он обязался сделать (D. 50. 16. 176).

Однако в наиболее архаических типах обязательств слова obligatio и soluto сохранили свой первоначальный, буквальный смысл.

Соответствие старинной obligatio на начальном моменте обязательства и solutio на его конечном моменте дошло до нас в древнем виде кабального займа - pexum. По определению юриста, верховного жреца Квинта Муция Сцевола (ок. 100 г. до н.э.), pexum заключается путем меди и весов с целью обязать себя: quae per aes et libram fiant ut obligentur. Таким же способом, т.е. при помощи меди и весов, происходит освобождение кабального - pexi liberatio (Varro. De lingua latina, VII. 105). Гай нам рассказывает (3. 173): "Есть такой вид образного платежа (imaginaria solutio) при помощи меди и весов; этот способ вообще принят в определенных случаях, когда долг возник с применением меди и весов".

328. Симметрия возникновения и прекращения обязательства. Становится понятным, что в стабилизированные юридические правила, отлившиеся в ходячие афоризмы традиционного права - regulae iuris antiqui (D. 50. 17), вошли такие изречения: Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est - нет ничего более естественного, чем то, что каким способом было связано, таким и нужно развязать (D. 50. 17. 35). А потому словесное обязательство прекращается словесно, а обязательство, основанное на голом соглашении, развязывается противоположным соглашением - ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur (там же).

Выработалось противопоставление: какими способами мы вступаем в обязательство, соответственно обратными мы освобождаемся - quibuscumque nobis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur (D. 50. 17. 153).

§ 106. Исполнение обязательства

329. Кто и кому исполняет. Обязательство может быть исполнено не только должником, но и любым лицом, даже без ведома и согласия должника - solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum (D. 3. 5. 38; D. 46. 3. 53). Мы не находим в источниках прямого указания на то, что строго личные обязательства должны быть исполнены только должником. Это объясняется тем, что такая область права, как наем труда свободных людей, в рабовладельческом Риме играла сравнительно незначительную роль. Платить нужно кредитору или кому он прикажет - iussu eius, или опекуну, попечителю, доверенному, наследнику, рабу-управляющему - servus actor (D. 46. 3. 49). Своеобразное положение занимало

лицо, субсидиарно (подсобно) управомоченное на получение платежа, т.е. *solutionis causa adiectus* - лицо, добавленное для целей платежа. Тип этих обязательств: *Mihi aut Seio dare spondes?* - Обязуешься дать мне или Сею? Право требования принадлежит кредитору, но должник может уплатить Сею. *Obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio recte possit* (I. 3. 19. 4).

Право подсобного платежепринимателя было безотзывным, а именно: "Если заключено обязательство уплатить кредитору или Тицию, и хотя бы затем кредитор запретил должнику платить Тицию, однако, уплатив последнему, не освобождаюсь" (D. 46. 3. 12. 3).

330. Порядок засчитывания платежа при наличии нескольких долгов. Источники подробно останавливаются на вопросе о платеже, сделанном при наличии нескольких долгов - *cum ex pluribus causis debitor solvit* (D. 46. 3. 97). Право засчитать (*imputare*) плату за тот или иной долг предоставляется должнику, а при отсутствии его указаний - кредитору, а на случай, если ни одна из сторон об этом не позаботилась, устанавливается очередность долгов данного должника, подлежащих погашению: сначала проценты, затем капитальная сумма - *prius in usuras deinde in sortem* (C. 8. 42. 1); сначала долги, созревшие для принудительного взыскания (D. 46. 3. 103), потом другие; сначала долги, по которым присуждение угрожает бесчестьем или штрафной санкцией, потом другие; сначала обеспеченные залогом, затем необеспеченные (D. 46. 3. 97) и т.д.

331. Частичная уплата. Частичную уплату кредитор не обязан принимать. Если кредитор требует десять денежных единиц, то его нельзя принудить принять предлагаемые должником пять и судиться об остальном. Таким же образом если кредитор виндицирует поместье, то он вправе отвергнуть частичное добровольное исполнение, предпочитая судиться обо всем. Так обстояло дело в классическую эпоху при Юлиане, когда обязательство рассматривалось как нечто целое, погашение которого строго соответствует его возникновению. Позднее, в Византии, этот ригоризм смягчается и должнику дается возможность освободиться хотя бы от части долга: *humanius videtur... si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur* - представляется более человечным побудить истца принять то, что предлагают (D. 12. 1. 21). Здесь все смягчено: вместо ригоризма - византийская "гуманность"; здесь речь идет не о том, чтобы принудить кредитора к принятию, а о том, чтобы его побудить.

§ 107. Замена исполнения (*datio in solutum*)

332. Согласие кредитора на замену исполнения. По общему правилу исполнение должно в точности соответствовать обязательству. *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* - без согласия кредитора нельзя ему платить одно вместо другого (D. 12. 1. 2. 1). Но с согласия кредитора можно платить *aliud pro alio* (Гай. 3. 168). Таким образом, перед нами замена исполнения, его суррогат, *datio in solutum*, буквально - дача в уплату. Чаще всего это происходит в виде *res pro pecunia soluta* - уплата вещи вместо денег; такой вещью в Риме был в особенности земельный участок.

Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi (D. 12. 6. 26. 4) - будучи должен 100 (тысяч сестерциев), но полагая, что я должен 200, я дал в уплату поместье стоимостью 200. Другой пример: *Praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum* - поместье, данное тебе в уплату, было заложено у других кредиторов (C. 8. 44. 4. 212). Источники в достаточной мере свидетельствуют о том, что институт *datio in solutum* продиктован экономической необходимостью, выросшей на почве тяжелых условий плохо организованного земельного кредита в обстановке падающей доходности рабовладельческого хозяйства. Кредитор и здесь, как в более примитивном кабальном пехум, играет командную роль. Без его согласия *datio in solutum* невозможно, а если его согласие дано, то юристы спорят, погашается ли обязательство, как думают сабинианцы, или оно, продолжая существовать, может быть отпарировано возражением должника о недобросовестном предъявлении требования, как думают прокульянцы (Гай. 3. 168). И все же *datio in solutum* явилось в тогдашних условиях некоторым облегчением для обеих сторон. Ко времени Юстиниана экономическая база, на почве которой вырос этот институт,

совершенно ясна.

333. Замена исполнения против воли кредитора. В новеллах Юстиниана (Nov. 4. 3) описывается положение разорившихся землевладельцев - *infelices debitores*, которые задолжали кредиторам деньги, но денег для уплаты не имеют, а располагают недвижимостью, на которую трудно найти покупателей, между тем как кредиторы настаивают на уплате наличными. Экономическая борьба ростовщиков-заимодавцев и землевладельцев-должников получает юридическое выражение в столкновении требования денежной *solutio* с предложением земельной *datio in solutum*. При Юстиниане вводится закон, в силу которого кредитор обязан принять в уплату недвижимое имущество вместо денег. Цепь развития замкнута: на пороге *datio in solutum* стоит положение: *invito creditore aliud pro alio solvi non potest* - против воли кредитора уплатить одно вместо другого невозможно. В последнем звене развития *creditor (recupiae) rem immobilem accipere cogitur* - кредитор принуждается получить в возврат денег недвижимое имущество. Указ Юстиниана содержит знаменательные греческие слова: "*ho tes anagkes logos eis touto to pragma periege*" (логика необходимости привела к этому результату).

Кредиторы оказывались покупателями поневоле, и уже задолго до этого юристы-классики нашли: кто получает в уплату вещь (вместо денег), тот приравнивается к покупателю - *qui rem in solutum accepit, similis est emptori* (D. 42. 4. 15). Должники, приравненные к продавцам, однако, были в классическую эпоху далеко не теми несчастными, которые при Юстиниане взымают к гуманности. Как приличествует продавцу и как это водится (*naturaliter concessum est*), они умели *quod minoris est pluris vendere et ita invicem se circumscribere* (D. 19. 2. 22. 3) - что стоит дешевле, продать подороже, и так обойти друг друга. Из практики они знали, что обещают золото, а бывает, что платят *quasi aurum aes* - под видом золота бронзу; они не прочь были предложить взамен уплаты земельный участок за явно превышенную оценку - *per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dare* (D. 46. 3. 46. 2) - или же передать в уплату земельный участок с такими пороками в праве, которые влекут за собой его эвикцию, т.е. отнятие и отсуждение в пользу подлинного собственника. Некоторые юристы полагали, что в этих случаях давший в уплату отвечает на тех же основаниях, что и продавец; другие же считают, что дача в уплату отпадает и остается в силе первоначальное обязательство - *manet pristina obligatio* (D. 46. 3. 46). Это близко подходит к точке зрения тех юристов, которые считали, что дача в уплату не погашает обязательства, а создает эксцепцию (возражение).

§ 108. Внесение предмета обязательства на хранение (depositio)

334. Когда исполнение производится путем *depositio*? Исполнение иногда оказывается невозможным по обстоятельствам, зависящим от кредитора, как-то: кредитор отказывается от принятия или допускает промедление в принятии; кредитор отсутствует по государственным делам; представитель кредитора, уполномоченный на ведение судебного дела, не имеет полномочия на получение денег. Мы уже видели, что просрочка кредитора в принятии переносит на него риск случайной гибели вещи (п. 325). На случай отказа кредитора принять платеж, в частности, если он при этом отказывается возвратить заложенную вещь, указы III в. н.э. рекомендуют должнику предложить кредитору платеж капитальной суммы с процентами, удостоверив это обстоятельство при свидетелях, и затем, запечатав деньги, депонировать их в казну; течение процентов будет приостановлено (С. 4. 32. 19; С. 4. 32. 6); равным образом приостанавливается реализация предмета залога (С. 8. 27. 8).

335. Порядок внесения в депозит. Депонировать предлагается либо в казну (*in publicum*), либо в кассу храма (*in aedem*) (D. 40. 7. 4). Часто это совершается при содействии претора: *recupiam in iure optulit... obsignavit ac publice deposuit* - сделал перед претором предложение об уплате денег, опечатал их и сдал в депозит казны (D. 17. 1. 56. 1). Пример: рабу Стиху по завещанию дана свобода при условии представления отчета. Если Стих готов представить отчет и уплатить причитающийся остаток, то в функции претора входит выбрать "мужа доброго" для проверки отчетности, после чего распорядиться депонировать сальдо (остаток) и вынести

определение о признании Стиха свободным (D. 40. 5. 47. 2). Таким образом, depositio при содействии претора равносильна solutio - платежу. Obsignatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est - в силу депонирования всей причитающейся денежной суммы, произведенного официально (т.е. при содействии претора), обязательство прекращается (C. 8. 42. 9, 286 г.). Кредитору придется обращаться за платежом уже не к должнику, а к хранителю (C. 4. 32. 19. 4).

Менее энергичный эффект производило депонирование денег у банкира (pimmularius); если выбор хранителя произведен по указанию (iussu) кредитора, то риск переносится на кредитора; если же выбор хранителя произведен должником-плательщиком, то риск остается на нем.

При каких условиях и до какого момента внесший в депозит вправе обратно взять свой взнос и с какого момента взнос становится бесповоротным, об этом вопросе источники упоминают лишь вскользь (C. 4. 32. 19. 4).

§ 109. Зачет (compensatio)

336. Сущность зачета. Если кредитор имеет требование к должнику, а должник имеет в свою очередь встречное требование к кредитору, то при известных условиях требования в той сумме, в которой они взаимно покрываются, считаются погашенными и взысканию подлежит только тот остаток, на который одно требование превышает другое. Такой способ погашения обязательства называется зачетом (compensatio), буквально - уравнивание, выравнивание. Для этого требуется наличие встречных требований: invicem creditor idemque debitor est - кредитор является в то же время должником (D. 12. 6. 30).

337. Связь зачета с процессом. Зачет появляется лишь на развитой стадии права, и он тесно переплетается с вопросами процесса, так что в Институциях Гая и Юстиниана о зачете говорится в связи с процессом, а не в разделе о прекращении обязательств.

В легисакционном процессе (п. 52) ответчик не мог ссылаться на свое встречное право, он мог только признать или отвергнуть требование истца.

Id postulo: aies an peges - истец спрашивает: признаешь или отрицаешь (Гай. 4. 17 и вновь найденный отрывок). При действии формулярного процесса старое правило гласило: при наличии взаимных требований, когда один требует меньшую сумму, а другой большую, дело подлежит разбору у одного судьи (D. 2. 1. 11. 1), но о том, что допускается зачет этих взаимных требований (mutuae actiones), говорилось только в отдельных случаях, о которых речь ниже.

338. Первоначальная недопустимость зачета. Иногда же специально указывалось на недопустимость зачета. Сенека (De beneficiis, 6. 5. 6) приводит красочный случай: "Формула не сливается воедино, если тот, кто депонировал у меня деньги, затем обокрадет меня; я к нему предъявляю иск о краже, а он ко мне о депозите; одно положение с другим не смешивается, каждое идет своей дорогой: депозит имеет свой собственный иск точно так же, как кража свой", - lex legi non miscetur, utraque sua via it: depositum habet actionem propriam tam mehercule, quam furtum.

339. Зачет в операциях банкиров. Общие правила о зачете начинают складываться приблизительно со II века н.э. и прежде всего применительно к операциям банкиров (argentarii). В эпоху принципата, с ростом торговых операций и необходимостью их финансирования, банкиры приобретают существенную функцию в народном хозяйстве Рима.

Ideo argentarios edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant - претор обязывает банкиров представить торговые записи, потому что их функция и промысел имеют публичный характер и главная их забота состоит в том, чтобы тщательно вести записи своих операций (D. 2. 13. 10. 1. Gaius). Женщинам не разрешается быть банкирами (D. 2. 13. 12). Большой размах торговых операций постепенно отодвигает тот старинный порядок, при котором каждый домовладыка

ограничивался ведением *codex accepti et expensi* - приходно-расходной книги. Дело становится на коммерческую ногу, и "бухгалтерская" запись сосредоточивается в руках профессионала-аргентария. Когда в результате операций с клиентом банкир предъявляет иск, он обязан в интенции указать сальдо, т.е. остаток между операциями по кредиту и дебету. Пример, приведенный у Гая (4. 64): банкиру следует с Тиция 20 тысяч сестерций, банкир должен Тицию 10 тысяч; интенция формулы должна гласить: "*Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet*" - "если окажется, что Тиций должен банкиру на 10 тысяч больше, чем сам банкир должен Тицию". Таким образом, *argentarius cogitur cum compensatione agere* - банкир обязан иск предъявить по зачету. Если банкир этого не сделает, то ему будет в иске отказано ввиду превышения исковых требований, *plus petitio*.

340. Зачет при несостоятельности. Второй случай применения зачета имел место в отношении кредитора несостоятельного должника, который в то же время является дебитором несостоятельного. Представителем имущества несостоятельного должника являлось лицо, купившее все имущество несостоятельного, - *bonorum emptor*; предъявляя требование к дебитору несостоятельного должника, он должен *agere cum deductione* - взыскивать с вычетом.

Результат был таков, что кредитор несостоятельного, состоящий в то же время его дебитором, представлял к зачету свое требование полностью, в то время как другие дебиторы конкурсной массы получали удовлетворение лишь пропорционально размеру своих требований. По объяснению Гая, вычет, дедукция, отличался от компенсации, зачета, в собственном смысле, тем, что при компенсации зачету подлежали только однородные требования, такие, как *vinum cum vino*, *tritricum cum tritico*, *rescupia cum rescupia* - требования по вину с требованием по вину, пшеница с пшеницей, деньги с деньгами; при дедукции же зачитывались и разнородные претензии; например, прямое требование *bonorum emptor*'а касалось денег, а встречное касалось вина или зерна; судья в кондемпнции (присуждении) производит денежную оценку товарных требований и за вычетом этой оценки из прямого денежного иска присуждает остаток. В отличие от банковской компенсации покупатель всего имущества несостоятельного должника не обязан был произвести вычет в интенции, а потому ему не угрожали последствия превышения иска.

С другой стороны, зачету подлежат только требования, которым срок наступил, а вычету подлежат и такие суммы конкурсной массы по дебету и кредиту, которым срок еще не наступил (Гай. 4. 65 - 68).

341. Зачет взаимных требований, основанных на "доброй совести". Наконец, третья группа дел, при которых, в отступление от общего правила, допускался зачет, это взаимные требования доброй совести, вытекающие из одного и того же основания, иначе говоря, взаимно связанные требования. Присуждению подлежит причитающееся истцу с учетом того, что, в свою очередь, по тому же основанию причитается с него - *habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret* (Гай. 4. 61).

В исках, вытекающих из сделок доброй совести, в интенции (просительном пункте) не указывалась точная оценка и формулировалось: *Quid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* - что причитается по этому делу добрей совести (Гай. 4. 47). Поэтому не было опасности проиграть дело вследствие *plus petitio*, т.е. из-за предъявления иска без вычета встречного долга.

342. Реформа зачета во II в. н.э. Таким образом, зачет был известен в расчетах банкиров, в требованиях к имуществу несостоятельного и по вытекающим из одного и того же основания взаимным требованиям категории *bonae fidei iudicia*. Так обстояло дело до второй половины II в. нашей эры, когда была произведена реформа, содержание которой известно лишь отрывочно по Институциям Юстиниана (I. 4. 6. 30), а именно: *In strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur* - в исках строгого права рескриптом императора Марка был введен зачет путем заявления возражения о недобросовестности.

Поскольку исками строгого права являются в основном иски, вытекающие из

односторонних обязательств, требования в этих исках имеются только на одной стороне, потому встречные требования в этих делах вытекали не *ex eadem causa* - из того же основания, а *ex dispari causa*, *ex diverso contractu* - из другого основания, из другого договора (Сентенции Павла. 2. 5. 3). Это шаг вперед в развитии зачета, но все же остается правило, что зачитываются только требования *paris speciei* - одинакового вида, а именно: деньги с деньгами, зерно с зерном. Если же встречные требования были разного вида, то сторонам оставалось разбираться, хотя бы у того же судьи, но в отдельных взаимных производствах - *mutuae petitiones*. При этом по указу 224 г. (С. 4. 31. 6) основной истец не мог добиваться исполнения решения, прежде чем состоится решение во встречном иску - *non prius exsolvi quam petitione mutuae responsum fuerit*. Это очень близко подходит к зачету как сложившемуся институту.

343. *Ipso iure compensari*. Последний шаг в этом направлении сделан при Юстиниане. Его указ (531 г.) расширил применение зачета, так что зачетом иски уменьшаются в силу самого права - *nostra constitutio... compensationes latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant* (I. 4. 6. 30). Что означают в данном случае слова "*ipso iure*", этот вопрос является предметом исследований на протяжении многих лет.

До начала XIX в. господствовало понимание выражения *ipso iure compensari* в смысле зачета двух встречных требований, происходящего автоматически, в момент, когда по обоим наступил срок. Однако такое толкование противоречит источникам.

Так, например, если вышедший из-под опеки предъявляет иск к опекуну, вытекающий из ведения дел опеки, а опекун имеет встречное требование о возмещении понесенных по опеке расходов, то опекуну предоставляется по своему усмотрению либо требовать зачета, либо предъявить самостоятельный иск о расходах - *erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus* (D. 27. 4. 1. 4). Если бы зачет происходил автоматически, то отдельный иск о расходах был бы недопустим.

В настоящее время выражение *ipso iure* применительно к зачету уже не толкуют как автоматический зачет. Большинство авторов понимают *ipso iure compensari* в том смысле, что судья по своей обязанности - *ex officio* - производит зачет, независимо от того, облек ли ответчик свое возражение в форму *exceptio doli*. В подтверждение этого толкования можно привести следующее место, которое, насколько известно, в литературе не использовалось для решения разбираемого вопроса. По вопросу о возмещении расходов, произведенных на виндицируемую наследником вещь, Павел проводит различие: добросовестному владельцу эти расходы возвращаются, недобросовестный же должен пенять на себя, если он произвел затраты на заведомо чужую вещь (D. 5. 3. 38). Далее, в стиле, характерном для компиляторов, добавляется: *sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum... et id ipsum officio iudicis continebitur, nam nec exceptio doli desideratur* - но благосклоннее и в отношении этого лица учесть расходы, и это делается по обязанности судьи, причем *exceptio doli* не требуется.

Аналогично обстоит дело с правом мужа, от которого требуется возврат приданого на представление к зачету произведенных им необходимых расходов. В классическую эпоху действовало правило: *necessariae impensae ipso iure dotem minuunt* - понесенные мужем необходимые издержки уменьшают *ipso iure* подлежащее возврату приданое (D. 23. 3. 5. 2). Если муж выплатил обратно все приданое, не представив к зачету понесенные издержки (*non habita ratione impensarum*), то может ли он предъявить отдельный иск о возврате того, что обычно представляется к зачету (D. 25. 1. 5. 2)? Некоторые юристы давали отрицательный ответ, но Марцелл допускал такой иск, и тут же, в стиле, характерном для византийской эпохи, добавляется: *propter aequitatem* - ради справедливости; следует примкнуть к мнению Марцелла, а именно, если в процессе не произведен зачет того, что *ipso iure* уменьшает иск, то можно свое право осуществить в отдельном процессе. Стало быть, *ipso iure compensari* не означало автоматического погашения встречных претензий.

344. Условия применения зачета. Каковы же условия применения зачета при Юстиниане?

(1) Оба требования должны быть встречные, т.е. кредитор по основному требованию является должником по встречному - *creditorum eundemque debitorem* (D. 16. 2. 2).

(2) Требования должны быть ликвидные - новое условие, введенное при Юстиниане; требование ликвидно, когда оно не запутано сложными деталями, но судье может быть легко представлен результат - *causa liquida non multis ambagibus innotata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare* (C. 4. 31. 14. 1.).

(3) Требования не должны быть парализованы в силу правопоражающего возражения (перемпторная эксцепция) - *quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem veniunt* (D. 16. 2. 14). Допускаются к зачету и натуральные обязательства - *etiam quod natura debetur, in compensationem venit* (D. 16. 2. 6). Вопрос о пределах допустимости представления к зачету требования, по которому истекла давность, в источниках не ставится.

(4) Далее, к зачету допускаются только такие требования, по которым срок уже наступил, - *quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat* (D. 16. 2. 7).

(5) Наконец, встречные требования должны быть однородны. Поэтому наиболее подходящи для зачета денежные обязательства.

Зачет не допускался против требования о возврате предмета поклажи; в этом сказалась забота о собственнике - поклажедателе. Равным образом не могли ссылаться на зачет лица, к которым предъявлено требование, касающееся незаконно захваченных предметов, - *possessorum alienam perperam occupantibus compensatio non datur* (C. 4. 31. 14. 2).

§ 110. Смерть одной из сторон. Совпадение должника и кредитора в одном лице

345. Влияние смерти одной из сторон на судьбу обязательства. Как правило, смерть кредитора или должника не прекращала обязательственного отношения. Поскольку наследник являлся в принципе универсальным преемником, постольку права требования переходили на него (п. 233). Однако долги по деликтам не переходили на наследников и прекращались со смертью виновного.

Впрочем, эдиктом претора об исках за обманные действия и угрозы (*dolus, metus*) было предусмотрено, что наследник делинквента (виновного) отвечает в пределах обогащения, полученного им от указанных действий наследодателя (D. 44. 7. 35).

Est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur - по установленному правилу преступная прибыль, доставшаяся наследникам, подлежит изъятию, хотя за деликт они не отвечают (D. 3. 6. 5. pr.).

Что касается перехода права требования из деликтов, то *heredi defuncti huius modi actiones competunt* - к наследнику потерпевшего переходят такого рода иски из деликтов, за исключением исков из обид и подобных (строго личных) исков (Гай. IV. 112). Эти не переходящие по наследству требования известны под названием *actiones vindictam spirantes* - буквально: иски, которые дышат мстью.

346. Совпадение (*confusio*). Обязательство прекращается также в тех случаях, когда в обязательственном отношении кредитор и должник сливаются в одном лице - *cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit* (D. 46. 3. 107). Этот случай носит название *confusio* - слияние, совпадение. Чаще всего это имеет место, когда должник становится наследником кредитора и наоборот. *Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit* - если кто-либо стал наследником своего должника, то в силу совпадения он перестает быть кредитором (D. 18. 4. 2. 18).

Типичным для рабовладельческого хозяйства был следующий случай совпадения (конфузии). Чужой раб или чужой подвластный сын причинил кому-либо ущерб. Ответственность по т.н. ноксальному иску несет хозяин раба или отец подвластного. Допустим, что подвластный сын попал под отцовскую власть потерпевшего (например, в результате усыновления - *adoptio*) или раб, причинивший ущерб,

приобретен потерпевшим. В этих случаях ответственность за ущерб, причиненный подвластным или рабом, отпадает в силу того, что потерпевший, с одной стороны, и лицо, несущее нокальную ответственность за раба или подвластного, с другой стороны, слились в одном лице.

§ 111. Освобождение от долга (remissio debiti)

347. Воображаемый платеж; платеж посредством меди и весов. В Риме существовали формальные способы освобождения от обязательства, основанные на соглашении сторон, имеющем целью погасить обязательство, хотя бы это не сопровождалось реальным исполнением. В этой связи речь идет, прежде всего, о так называемой *imaginaria solutio*, т.е. о воображаемом, или образном, платеже.

Solutio per aes et libram - развязка посредством меди и весов - является древнейшим видом воображаемого платежа. Гай описывает развязку обязательства, возникшего в результате кабального займа (*pecunia*), а также в силу судебного решения. Торжественный акт происходит в присутствии пяти свидетелей и взвешивателя и при наличии меди и весов. Должник произносит слова:

Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra, dum hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam (Гай. 4. 73).

(Ввиду того что с меня присуждено тебе столько-то тысяч, я по этому основанию отвязываю себя от тебя и освобождаю этой медью и медными весами тем, что я тебе отвешиваю этот фунт первый и последний согласно государственному закону.)

Архаическая формула "*me a te solvo liberoque*" до известной степени воспроизводится в сакральных обрядах, описанных у Тита Ливия под 217 г. до н.э.: по случаю церемонии священной весны верховный жрец освобождал народ от прегрешений вольных и невольных, заканчивая молитву словами: *eo populus solutus liber esto* - пусть народ будет отвязан и свободен (Liv. 22. 10). В другом месте (Liv. 6. 14) рассказывается о том, как Манлий уплатил долг кабального должника - *rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit*: в присутствии народа он уплатил долг кредитору и, освободив его при помощи меди и весов, отпустил.

348. Акцептиляция (*acceptilatio*). Акцептиляцией называлось формальное устное заявление кредитора о том, что исполнение им получено. Акцептиляция является разновидностью воображаемого платежа - *acceptilatio est veluti imaginaria solutio* (Гай. 3. 169). Полагают, что это "подтверждение получения" относилось первоначально к литеральным договорам, т.е. к договорам, подтвержденным записями в приходо-расходных книгах римских домовладык. "*Acceptum vel expensum ferre*" означало: вносить запись о получении или расходе; от глагола *acceptum ferre* произошло существительное *acceptilatio*, первоначально: запись приходной статьи. Однако главным образом акцептиляция является словесным способом погашения словесного же обязательства, т.е. стипуляции (п. 433). Акцептиляция совершается путем формального вопроса и ответа, соответствующего вопросу и ответу при стипуляции (п. 433). *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Habeo* - то, что я тебе обещал, получил ли ты? Я получил (Гай. 3. 169).

349. Акцептиляция и письменная квитанция. Параллелизм между акцептиляцией как способом погашения и стипуляцией как способом возникновения и действия обязательства шел еще дальше. Подобно тому как словесная стипуляция постепенно стала вытесняться письменным долговым документом *cautio*, так и на смену словесной акцептиляции пришла письменная квитанция, по-гречески: *apocha*, на византийской латыни - *securitas*. Далее, мы знаем, что в поздний период Рима против стипуляции, несмотря на ее формально абстрактный характер, стало возможно защищаться путем возражения о неполучении денег по займу или по другому основанию.

Параллельно с возросшим применением этого возражения - *exceptio pop numeratae rescriptae* - при Юстиниане вводится закон, по которому кредитор, выдавший квитанцию, может в течение 30 дней возбудить спор о том, что в действительности

платеж им не был получен - *intra triginta dies post securitatis expositionem exceptionem non numeratae pecuniae posse obici* (C. 4. 30. 14. 2).

Одно время, до Юстиниана, квитанция (*apocha*), подтверждающая реальный платеж, и акцептиляция как "образный платеж" существовали рядом.

Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluto non sit, apocha non alias quam si pecunia soluta sit (D. 46. 4. 19. 1).

(Между акцептиляцией и квитанцией различие состоит в том, что в результате акцептиляции наступает при всех обстоятельствах погашение обязательства, хотя бы деньги не были выплачены, а по квитанции не иначе как если деньги фактически выплачены.)

Этот характер акцептиляции как "образной солиции", производящей эффект как бы реального платежа, хорошо выражен Ульпианом в непереводаемой игре слов: *Qui acceptilationem solutus est, solvisse videtur* - кто в силу акцептиляции "отвязался", тот приравнивается к произведшему платеж (D. 46. 4. 16). При таком абстрактно-формальном характере акцептиляции в классическую эпоху едва ли можно считать относящимися к этой эпохе слова, приписываемые Павлу: *nisi verum est quod in acceptilationem demonstratur, imperfecta est liberatio* - если не соответствует действительности то, что выражено в акцептиляции, то прекращение обязательства не наступает (D. 46. 4. 14). Это уже стиль более поздней эпохи, знающей *exceptio pop numeratae pecuniae* не только при возникновении обязательства, но и при его исполнении.

350. Аквиллиева стипуляция. Поскольку другим обязательствам можно было придать форму стипуляции (*in stipulationem deducere*), возникла возможность произвести расчет по многим разнообразным сделкам, переведя их сначала в стипуляцию и погасив их затем единой акцептиляцией. Это и сделал претор эпохи конца республики Аквиллий Галл, который ввел названную по его имени *stipulatio Aquiliana*, объединяющую обязательства из разных оснований между теми же сторонами, с последующим погашением путем акцептиляции. Это был, между прочим, один из способов окончания миром различных споров и расчетов между сторонами. Источники сохранили нам редакцию аквиллиевой стипуляции и акцептиляции. Она представляет большой интерес, так как перед нами образец обязательств, возникших из разных оснований и сведенных в единую стипуляцию (*in stipulationem deductae*); кроме того, мы тут имеем текст стипуляции, а также акцептиляции, и все это относится к эпохе "veteres", т.е. старой школы юристов времен республики. Вот почему мы считаем целесообразным иллюстрировать наше изложение приведением текста аквиллиевой стипуляции и акцептиляции. Текст дается по D. 46. 4. 18. 1 с некоторыми изменениями по редакции Институций Юстиниана (3. 29. 2):

Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve, quodve tu meum habes tenes possides; quanti quaeque earum rerum res erit tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius. Quod Numerius Negidius A <o> A <o> spondit, haberetne a se acceptum N. N. A <m> A <m> rogavit, respondit A. A.: habeo acceptumque tuli.

(По всему, что ты должен или должен будешь дать, сделать по какому бы то ни было основанию теперь или по наступлении срока, и по всем делам, по которым у меня есть или будет к тебе иск, истребование или преследование, и по всему принадлежащему мне, что ты имеешь, держишь или чем владеешь: сколько каждый из этих предметов будет стоить, столько денег выговорил по стипуляции в свою пользу Авл Агерий и обязался дать Нумерий Негидий. Об обещанном по стипуляции Нумерием Негидием он спросил Авла Агерия, получил ли Авл Агерий от него удовлетворение, на что А. А. ответил: "Я получил, и подтвердил получение".)

351. Соглашение о непредъявлении требования (*pactum de non petendo*). Ульпиан (D. 2. 15. 2) говорит, что "окончить спор миром можно не только применением аквиллиевой стипуляции, но и на основании заключенного соглашения о

непредъявлении требования". Это соглашение, введенное преторским правом (*pactum de non petendo*) наравне с другими преторскими пактами (см. п. 546 и сл.), предоставляло ответчику эксцепцию (см. пп. 66, 67).

Если иск возник из сделки *bonae fidei*, то включение эксцепции о мировой сделке в формулу не требовалось по принципу: *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt* (D. 18. 5. 3).

Pactum de non petendo могло заключаться с тем, чтобы действие его ограничивалось определенным лицом, *in personam*, или без такого ограничения, *in rem*.

352. Прощение долга односторонним действием. К соглашению о непредъявлении требования близко подходит прощение долга (*remissio debiti* в тесном смысле); в отличие от *pactum de non petendo* прощение долга совершается односторонним действием, например путем завещательного отказа (легат) или конклюдентным действием, т.е. действием, в котором косвенно проявляется воля сторон. Так, например, эффект эксцепции, наравне с соглашением о непредъявлении требования, производит такое конклюдентное действие, как вручение должнику его письменного обязательства (*chirographum*) лично кредитором или другим лицом по просьбе кредитора - завещателя (D. 34. 3. 1. 2). Такой же эффект производит одностороннее распоряжение кредитора на случай его смерти.

353. Обратное соглашение. При наличии обоюдного согласия стороны могут договориться не только о том, чтобы требование не предъявлялось - *non petere*, но и о том, чтобы отступить от договора - *de contractu discedere*. Это относится к консенсуальным договорам, т.е. к договорам, возникающим в силу одного факта соглашения сторон, а именно купле-продаже, найму, поручению, товариществу.

Emptio-venditio sicut consensu contrahitur, ita contratio consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta (D. 18. 5. 3).

(Купля-продажа, подобно тому как она в силу соглашения заключается, так и обратным соглашением расторгается, если при том исполнение еще не последовало.)

Это положение соответствует излюбленной в римском праве симметрии порядка возникновения и прекращения обязательства.

§ 112. Новация (обновление)

354. Сущность новации. Новация состоит в прекращении обязательства путем замены его новым обязательством.

Nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem (Гай. 3. 176).

(Возникает новое обязательство, причем первоначальное прекращается с переходом его в новое.)

Берем пример новации:

Quidquid ex vendito dare facere oportet promittis? Promitto.

(Обещаешь ли все, что следует дать и сделать в силу проданного тебе? Обещаю.)

В данном примере первоначальное обязательство вытекало из купли-продажи; оно заменяется новым обязательством, облеченным в форму стипуляции, причем новирующая (обновляющая) стипуляция содержит ссылку на прежнее, обновляемое обязательство. Это последнее положение выражается так: данная новирующая стипуляция является титулированной, т.е. она содержит ссылку на титул, правооснование, откуда она возникла. Она может содержать ссылку на целый ряд обобщаемых, новируемых обязательств из разных оснований, как это имеет место в аквилиевой стипуляции (п. 350) в ее редакции.

Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet...

(Все, что ты мне должен по какому бы то ни было основанию...)

Если первоначальное обязательство в действительности не существовало, например, был продан свободный человек, или мертвый раб, или кто-либо ошибочно считал

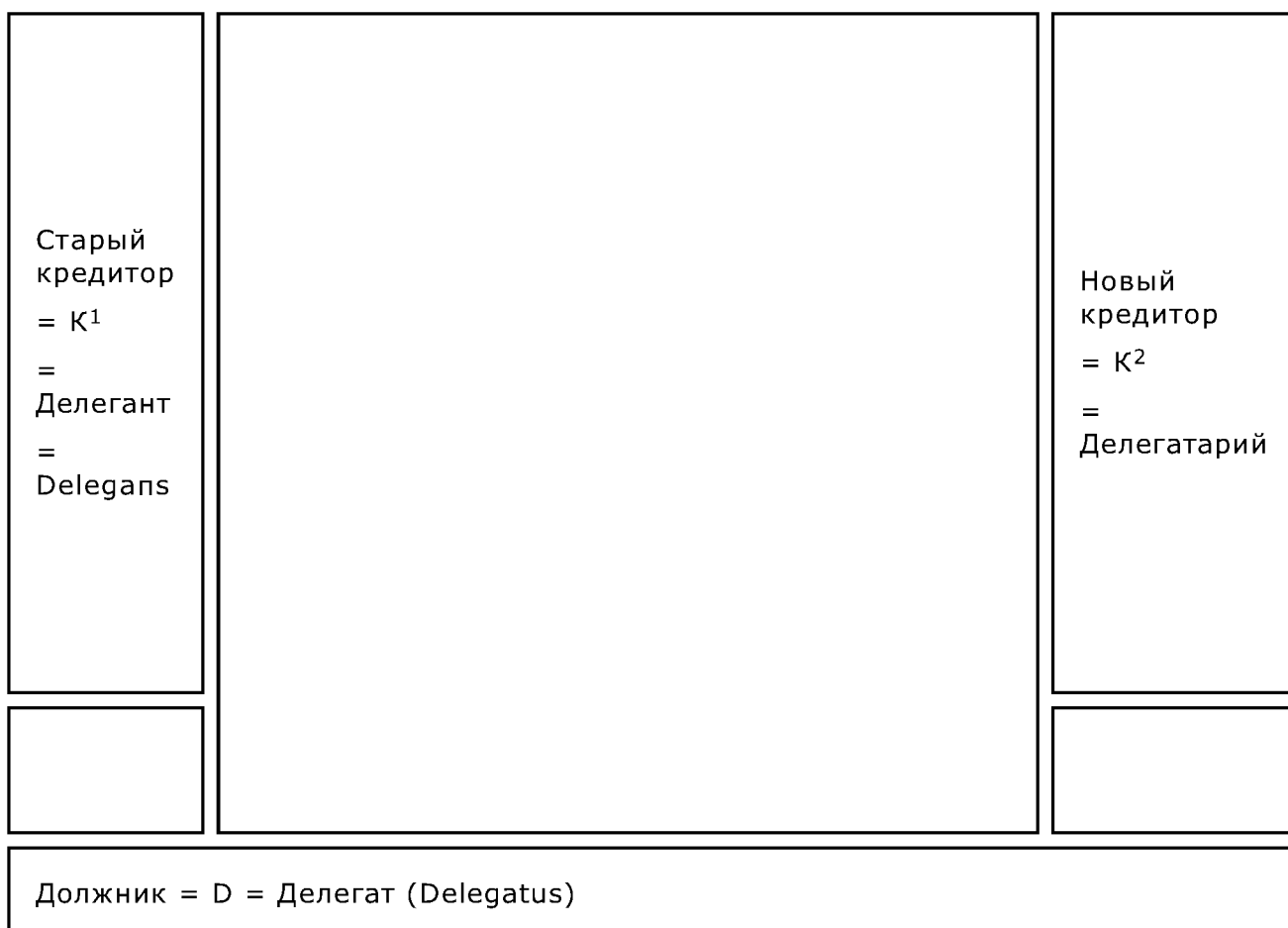
себя должником, то и новация не имеет силы и может быть оспорена как путем иска (*condictio incerti*), так и путем *exceptio doli* (D. 44. 4. 7. pr.).

Если первоначальное требование не пользовалось исковой защитой, например, если речь шла о предоставленном подвластному сыну займе, не пользующемся исковой защитой (п. 466), то после того, как подвластный стал самостоятельным лицом, он вправе новировать первоначальное обязательство (С. 4. 28. 2). Оставаясь подвластным, он новировать не мог (D. 46. 2. 25).

Новация, поскольку она облекалась в форму стипуляции, служила так же, как и вообще стипуляция, для укрепления прежнего договора, для замены запутанных расчетов ясными и краткими.

Новирующее обязательство должно в чем-нибудь отличаться от первоначального. *Ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi fit* - новация только тогда имеет место, когда во второй стипуляции содержится что-либо новое. Это новое может состоять в том, что меняется характер обязательства, либо меняется личность кредитора, или личность должника. Изменение характера обязательства может состоять в том, что в новое обязательство вводится условие или срок либо, наоборот, устраняется условие или срок, имевшие место в первоначальном обязательстве. Может измениться и самое основание первоначального обязательства. Мы видели выше, например, что обязательство из договора купли-продажи может быть новировано обязательством в форме стипуляции.

355. Делегация. Особо следует рассмотреть новацию обязательства путем замены его субъектов, а именно: если кредитор заменяется новым лицом, то мы имеем дело с активной делегацией, делегацией требования, *delegatio potius* или просто делегацией; если же меняется личность должника, то говорят о пассивной делегации или экспромиссии. Остановимся на активной делегации, как более частом случае. Изобразим ее графически:



Допустим, что рабовладелец К¹ продал покупателю D рабов; D обязан уплатить в пользу К¹ стоимость рабов 10 тысяч сестерций. В свою очередь К¹ должен уплатить

судовладельцу К² за фрахтованное судно (*navem conduxit*) 10 тысяч сестерций. Рабовладелец К¹ дает распоряжение должнику D в погашение уплаты за рабов принять на себя новое обязательство перед судовладельцем К² об уплате последнему суммы 10 тысяч. Это новое обязательство можно было заключить двумя способами.

(1) Новый кредитор, судовладелец К, заключает с должником D стипуляцию следующего содержания: "*Quod Primo creditori (K¹) dare debes, mihi (K²) tu (D) dare spondes?*" Новое обязательство содержит в себе ссылку на прежнее обязательство; перед нами так называемая титулированная делегация. Это тот случай, который имеется в виду у Папиниана:

Emptor cum, delegante venditore, pecuniam ita promittit: quidquid ex vendito dare facere oportet (D. 46. 2. 27).

(Когда покупатель (D) по приказу продавца (К¹) обязуется (перед К²) уплатить деньги, какие с него (D) причитаются по договору купли-продажи (в пользу К¹).)

При титулированной делегации должник (покупатель D) сохраняет против нового кредитора (К²) те возражения, которые он имел против старого кредитора (К¹).

(2) Возможен, однако, и другой способ. Должник (D), по предложению старого кредитора К¹, обязуется уплатить судовладельцу - новому кредитору (К²) определенную сумму денег; стало быть, не "*quod Primo dare debes*" и не "*quidquid ex vendito dare facere oportet*", а абстрактно "*decem dari spondes*". Здесь перед нами так называемая *delegatio pura*, чистая делегация. В результате D не вправе будет противопоставить новому кредитору-судовладельцу (К²) те возражения, которые вытекали из сделки покупки должником рабов у рабовладельца К¹. Это тот случай, который предусмотрен у Павла:

Doli exceptio quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est (D. 46. 2. 19).

(Возражение о недобросовестности, которое можно было противопоставить старому кредитору, теряет силу в отношении нового кредитора, которому был переведен должник.)

В конце цитируемого отрывка дается объяснение, почему не допускаются (прежние) возражения против второго кредитора. Объяснение состоит в том, что в частноправовых договорах и соглашениях истцу нелегко узнать, что имело место между должником и старым кредитором, а если бы даже новый кредитор это узнал, то он должен это оставить без внимания, чтобы не показаться не в меру любопытным - *etiamsi, sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur*. Институту "чистой делегации" суждено было обширное применение в дальнейшей истории. Если рабовладельца К заменить средневековым флорентийским менялой (трассантом), а должника D венецианским банкиром (трассатом), нового же кредитора К сыном флорентийского торговца (ремиттент), обучающимся в качестве студента в Венеции, - то перед нами переводный вексель, выходящий, однако, за рамки настоящего изложения.

356. *Animus novandi* (намерение совершить новацию). Для наличия новации требуется, как мы видели, изменение первоначального обязательства либо со стороны его характера, либо в отношении его субъектов. Но помимо этой объективной стороны дела источники говорят также о субъективном моменте; требуется, чтобы у сторон было намерение новировать обязательство - *animus novandi*.

Novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio (D. 46. 2. 2).

(Новация только тогда происходит, если действие было направлено к тому, чтобы обязательство было новировано.)

Поскольку Гай не упоминает об *animus novandi*, полагают, что этот реквизит (требование, условие) появился после Гая. В Институциях Юстиниана (3. 29. 3-а) рассказывается, что выявление этого намерения сторон - *animus novandi* - было делом нелегким и старая школа юристов ввела различные презумпции

(предположения), позволяющие судить о намерении сторон.

Некоторые критерии для суждения о намерении сторон сохранились в источниках. "Если деньги даны взаймы без стипуляции и тотчас же заключена стипуляция, то договор один; то же нужно сказать, если заключена стипуляция и вскоре даны деньги" (D. 46. 2. 6. 1).

Помпоний держался того мнения, что при наличии двух обязательств, направленных на одну цель, силу имеет только одно обязательство.

Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur (D. 45. 1. 18).

(Кто обязуется дважды об одном и том же, тот по праву отвечает не более чем единожды.)

Это положение связано со старым процессуальным правилом *ne bis de eadem re sit actio* - нельзя дважды предъявлять иск об одном и том же.

357. "Конкуренция" двух обязательств. Однако потребности практики, в особенности по договору купли-продажи (D. 19. 1. 11. 6), заставили острее поставить вопрос о возможности одновременного существования (конкуренции) двух обязательств, направленных на одну и ту же цель, с тем, что одно обязательство не поглощается, не новирруется другим, а существует рядом с ним, но удовлетворение получается только по одному из них.

Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant (D. 19. 1. 10. Ulpianus).

(Нет ничего нового в том, чтобы рядом существовали два обязательства одного и того же лица об одном и том же предмете.)

Это положение включено в сводные нормы старого права - *regulae iuris antiqui*:

Ex pluribus causis deberi nobis idem potest (D. 50. 17. 159. Paulus).

(Одно и то же может нам причитаться по нескольким основаниям.)

Разумеется, в силе остается правило, что -

bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (D. 50. 17. 57).

(добрая совесть не терпит, чтобы одно и то же взыскивалось дважды.)

При Юстиниане в 530 г. была проведена реформа в области новации как по вопросу о критериях распознавания *animus novandi*, так и по вопросу об одновременном существовании двух обязательств, направленных на одну цель. По первому вопросу было установлено, что намерение произвести новацию не предполагается; если стороны хотят совершить новацию, то они должны это положительно и определенно выразить.

Tunc solum fieri novationem quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit (I. 3. 29. 3-a).

(Только тогда имеет место новация, когда это именно было положительно выражено договаривающимися сторонами.)

По второму вопросу о том, какова судьба двух обязательств в тех случаях, когда новация не возникает, Юстиниан постановляет:

Manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere (I. 3. 29. 3-a).

(Остается и первоначальное обязательство, а второе к нему присоединяется.)

358. Судебная новация. Новирующее (обновляющее) действие оказывали на обязательство различные стадии процесса, а именно должник по обязательству становился после предъявления к нему иска ответчиком по иску.

Tunc obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione (Гай. 3. 180).

(В этом случае первоначальное обязательство развязывается и 1 ответчик начинает

быть обязанным в силу литисконтестации (вступления в ответ по иску).)

Далее, после присуждения, связанность по предъявлению иска отпадает и заменяется ответственностью по кондемнации (присуждению).

Это новирующее действие отдельных стадий процесса было отмечено уже юристами старой республиканской школы:

Et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litis contestationem dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere (Гай. 3. 80).

(Это и есть то самое, что написано у старых юристов: до вступления в ответ по иску должник обязан к действию, после вступления в ответ по иску он обязан подчиниться будущему решению, после присуждения он обязан выполнить решение.)

Тут новация происходит в силу процессуальных правил; вот почему, в отличие от новации, основанной на добровольном согласии сторон, в данном случае говорят о "необходимой" новации, *povatio necessaria*.

§ 113. Невозможность исполнения

359. Невозможность физическая. Главный случай прекращения обязательства вследствие невозможности исполнения - это тот, когда предмет обязательства, индивидуальная вещь (*species*), погиб физически или стал юридически невозможен для исполнения, притом без вины должника.

Пример физической невозможности:

Si certos nummos, puta qui in arca sunt, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur (D. 45. 1. 37).

(Если предметом обязательства являются определенные монеты, например находящиеся в данной шкатулке, и они погибли без вины должника, то ничего не причитается.)

360. Невозможность юридическая. Пример юридической невозможности:

Si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor (D. 46. 3. 98. 8).

(Если я продал чужого раба, а он хозяином отпущен на волю, то я от обязательства освобождаюсь.)

Иначе обстоит дело, если исполнение объективно возможно, но оно сопряжено с большими трудностями, которые не были предвидены. Пример:

Aream promisi alienam, in ea dominus insulam aedificavit... peti potest area et aestimatio eius solvi debebit (D. 46. 3. 98. 8).

(Предметом моего обязательства был чужой строительный участок; на нем хозяин участка выстроил доходный дом... можно требовать участка, и должна быть уплачена оценка его.)

Обоснование этого решения: *non enim desiit area in rerum natura esse* - участок не перестал объективно (в природе вещей) существовать.

361. Невозможность первоначальная. От случаев, когда обязательство прекращается вследствие наступившей невозможности исполнения, следует отличать случаи, когда, вследствие невозможности, обязательство не возникает:

Si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio (I. 3. 18. 1).

(Если кто-либо выговорит в свою пользу предмет, который не существует или не может существовать в природе вещей, например Стиха, которого он считал живым, а в действительности он умер, или иппоцентавра [14], который не может вообще существовать, то такое обязательство будет недействительно.)

В таких случаях действует принцип: *Impossibilium nulla obligatio est* - обязательство,

предмет которого невозможен, ничтожно (D. 50. 17. 185).

Глава 27

ЦЕССИЯ И ПРИНЯТИЕ НА СЕБЯ ЧУЖОГО ДОЛГА

§ 114. Цессия

362. Замена кредитора путем новации и ее неудобства. Рассматривая вопрос о "делегации" (п. 355), мы видели, что кредитор может быть заменен другим лицом в результате новации, т.е. прекращения первоначального обязательства, в котором участвовал один кредитор, и создания нового обязательства, в котором участвует другой кредитор. Однако неудобство новации заключалось в том, что с прекращением первоначального обязательства прекращались обеспечивающие его залог и привилегия преимущественного удовлетворения, если она была присуща первоначальному обязательству.

Perit privilegium... tutelae, si post... pubertatem tutelae actio novetur (D. 46. 2. 29).

(Отпадает право преимущественного взыскания подопечным с опекуна, если по достижении совершеннолетия требование, вытекавшее из опеки, было новировано.)

Кроме того, для проведения делегации требовалось участие должника. Поэтому стало необходимым проводить изменение личности кредитора, не прибегая к разрушению первоначального обязательства, а сохраняя его силу, с тем чтобы о происшедшем изменении в личности кредитора должник был поставлен в известность *post factum*.

А для этого требовалась подвижность, которою римское обязательство первоначально не обладало.

363. Первоначальная неподвижность римского обязательства. Римское обязательство было на ранних стадиях строго личным взаимоотношением кредитора и должника. Это соответствовало замкнутому характеру хозяйства, еще не успевшего выйти на простор средиземноморской торговли. Лишь в результате длительного экономического развития появляется подвижность обязательства и становится возможной изменимость субъектов обязательства, притом сначала не по договору, а преимущественно в связи с переходом долговых требований к наследникам.

Non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem (D. 7. 1. 25. 2).

(Возникшее однажды для кого-нибудь право требования обычно не переходит к другому, за исключением перехода к наследнику.)

Во времена Гая (II в. н.э.) положение дела, создавшееся как следствие ограниченной подвижности обязательства, оставалось без значительных изменений.

Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi... opus est ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis (Гай. 2. 38) [15].

(Если я (K^1) хочу, чтобы то, что мне должен кто-то (D), он стал должным тебе (K^2), то нужно, чтобы ты (K^2) по распоряжению моему (K^1) принял бы от него (D) обещание; в результате этого он (D) освободится от меня (K^1) и начнет быть должным тебе (K^2): произойдет то, что называется новацией обязательства (см. схему на стр. 297).)

Таким образом, продолжает Гай -

sine hac novatione non poteris tuo nomine agere.

(не прибегая к этой новации, ты (K^2) не можешь взыскивать от твоего имени.)

Без новации новому кредитору нельзя было действовать от своего имени, так как цессия как таковая еще не была признана; действовать же от чужого имени нельзя было ввиду старинного правила:

Nemo alieno nomine lege agere potest (D. 50. 17. 123. pr).

(Никто не может действовать от чужого имени в легисакционном процессе.)

Аналогичное правило применялось в материальном праве Квинтом Муцием Сцеволой, жившим около 125 г. до н.э., т.е. в период перехода от легисакционного процесса к формулярному (п. 52).

Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest (D. 50. 17. 73. 4).

(Ни путем соглашения, ни установлением условий сделки, ни путем стипуляции никто не может обуславливать права для другого.)

Архаический стиль этого изречения, восхождение его к верховному жрецу и юристу эпохи *veteres* Квинту Муцию Сцеволе показывают, что не только во времена составителей Дигест, но и в классическую эпоху эти правила повторялись с чувством почтения; однако живым голосом (*viva vox*) права они уже не были.

364. Использование института когнатора и прокуратора для совершения цессии. Как в процессе, так и в долговых отношениях появляется фигура когнатора, представителя, который назначается стороной путем торжественной формулы, произносимой перед претором в присутствии противника. Правовая фигура когнатора была использована для цессии (уступки требования), т.е. для замены прежнего кредитора новым. В этих случаях в исковом требовании (в интенции) обозначалось имя кредитора, а в части формулы, относящейся к решению, кондемпнции, обозначалось имя когнатора, и решение выносилось в его пользу или против него, а не в пользу или против прежнего кредитора (Гай. 4. 86).

Этот институт представителя-когнатора, а в несколько более поздней стадии - прокуратора был использован для осуществления цессии или для замены прежнего кредитора новым. Для этой цели старый кредитор (K^1) назначал нового кредитора (K^2) своим *procurator in rem suam*, т.е. таким представителем, который уполномочен обратиться взыскание в свою пользу, не будучи обязан отчитываться.

Таким образом, *procuratio in rem suam* стала по сути дела цессией; доверитель, он же прежний кредитор, становился цедентом, т.е. лицом, уступающим свое право требования, а "доверенный в свою пользу", *procurator in rem suam*, становился новым кредитором, приобретателем прав цедента, или цессионарием, выражаясь в послеюстиниановых терминах. Но при этом обходном способе цессии существовало опасение, что смертью цедента (формально: доверителя-мандатора) данная доверенность - *procuratio in rem suam* прекратит свое действие, как и всякий мандат, а вместе с тем отпадет и цессия. Кроме того, цедент, как всякий доверитель-мандатор, мог отменить правомочие. Тут практика выработала *remedia* - правовые средства помощи, а именно: если прокуратор уже предъявил иск, то после вступления должника в ответ по иску правомочие может быть отменено лишь при наличии уважительных причин - *causa cognita*.

Выросшая на формальной почве полномочия цессия именуется в источниках терминами именно этого института. Например, когда сонаследники, при распределении между собою долговых требований, цедируют (уступают) друг другу эти требования, то это выражается римским юристом так:

Alter alieri mandat actiones procuratoremque eum in rem suam facit (D. 10. 2. 2. 5).

(Один другому уступает (буквально: поручает) требования и делает его "поверенным, действующим в свою пользу".)

365. Цессия как продажа долговых требований. Нередко юристы конструировали цессию как продажу цедентом цессионарию своего права требования с должника: *potest debitoris vendidit* - цедент продал право требования с должника (D. 46. 1. 36).

Такая конструкция подсказывалась самой жизнью. Мы уже видели, что продажа исковых требований стала бытовым явлением.

Можно считать, что подвижность обязательственных требований возникла главным образом в связи с продажей наследства как единого целого, охватывающего и

телесные вещи, и права требования. Не случайно продажа искового требования объединена в Дигестах с продажей наследства в одном титуле: *De hereditate vel actione vendita* (D. 18. 4).

На примере продажи наследства как совокупности вещей и долговых требований мы можем проследить развитие института цессии от начальной стадии до конечной.

366. Цессия долговых требований при продаже наследственной массы. Продажа наследственной массы в целом была исконным явлением римской хозяйственной жизни. Она вначале оформлялась по способу *in iure cessio* (п. 197); об этом подробно говорится у Гая (2. 34 - 37 и 3. 85 - 87). Покупателем наследственной массы назывался еще в классическую эпоху (213 г. н.э.) *is cui cessit heres* - тот, в пользу кого наследник совершил *in iure cessio* (C. 7. 75. 1). Самый термин "цессия" является пережитком эпохи "*in iure cessio*".

Рассказывая о продаже наследства путем *in iure cessio*, Гай различает два случая: первый, когда лицо, к которому наследство должно перейти по закону (без завещания), продает наследство до заявления о принятии его, другими словами, как выражается Гай, до того, как это лицо фактически стало наследником. В данном случае наследником становится тот, кому наследство было *in iure* цедировано:

Ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset (Гай. 2. 35).

(Как если бы сам покупатель наследства был по закону призван наследовать.)

В разбираемом случае действовала фикция о том, что покупатель наследства являлся с самого начала наследником по закону; он осуществлял в силу этого универсальное, т.е. общее, совокупное преемство во всех правах умершего. Тут не вставал вопрос о цессии, которая является типом сингулярного, т.е. раздельного, единичного преемства в отдельных правах, а именно в правах, вытекающих из долговых требований.

Более сложно дело обстоит во втором случае, рассмотренном у Гая, когда продажа наследства происходила после принятия его наследником; тут получаются своеобразные последствия: *ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur* - он сам остается наследником, в том смысле, что он, наследник, остается ответственным по долгам (пассиву) наследства. Что же касается наследственного актива, то тут не происходит совокупный переход всего актива, а имеет место расщепление:

Corpora transeunt ad eum, cui hereditas cessa est, ac si singula in iure cessa fuissent, debita vero pereunt (Гай. 2. 35).

(Вещи переходят к приобретателю наследства, как если бы каждая в отдельности была ему передана, а долговые требования погашаются.)

Здесь *corpora* - телесные вещи - обладают подвижностью - *transeunt*; долговые требования неподвижны, не переходят и даже погибают, почти так, как по упомянутому во вновь найденном отрывке Гая (4. 17-а) закону Лициния, когда при продаже наследником его доли право на иск теряется как им, так и приобретателем (D. 4. 7. 11).

Но в развитом гражданском обороте немыслимо такое положение вещей, при котором *debitores hereditarii lucrum faciunt eo modo* - должники наследственной массы извлекают выгоду (Гаи. 2. 35).

В III в. нашей эры *in iure cessio* так же, как манципация, все больше вытесняется договором купли-продажи; на смену *hereditas in iure cessio* приходит *emptio-venditio hereditatis*. И здесь, как в свое время у Гая, говорится не о переходе наследства в совокупности, а раздельно о судьбе телесных вещей и о судьбе долговых требований. Но эти последние уже не погибают, как это происходило у Гая.

Venditor res hereditarias tradere debet (D. 18. 4. 14. 1).

(Продавец должен передать (градиловать) наследственные вещи.)

Hereditarias actiones praestari emptori debere (D. 18. 4. 2. 8).

(Наследственные исковые требования продавец обязан переуступить покупателю.)

367. Объем переходящих прав. Объем прав, переходящих по цессии, строго очерчен -

ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet (D. 18. 4. 13).

(с тем, чтобы покупатель имел бы столько именно прав, сколько имел бы продавец (наследник).)

Цедируемое право переходит со всеми обеспечениями и преимуществами (D. 18. 4. 6), но и с возражениями, которые можно было противопоставить цеденту (продавцу наследства).

Neque amplius neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset (D. 18. 4. 2. pr. Ульпиан).

(Покупатель должен иметь не больше и не меньше прав, чем имел бы наследник (если бы он оставил наследство за собой).)

Мы видели выше (п. 364), что подвижность права требования зародилась в наследственных правоотношениях; теперь мы видим, что эта подвижность проходит в строго ограниченных рамках: *neque amplius neque minus*, как говорит Ульпиан, а ровно столько. Это положение, зародившееся в наследственном праве, получило в устах того же Ульпиана обобщение, перешедшее в века. В 46-й книге комментария Ульпиана к эдикту, которая, как можно заключить из сопоставления с инскрипцией (указатель источника) в D. 38. 7. 2, трактовала о наследстве, содержится следующее знаменитое изречение:

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet (D. 50. 17. 54. Ulpianus libro 46 ad edictum).

(Никто не может перенести больше прав на другого, чем он имел бы сам.)

Имеются веские основания считать, что самая идея о переносе права - *ius transferre*, в особенности в отношении долговых требований, зародилась именно при продаже наследства, этого экономически наиболее яркого случая мобилизации обязательственного требования.

368. Неудобства, связанные с *procuratio in rem suam*. Как же происходила цессия исковых требований в составе общей массы проданного наследственного имущества? Это происходило уже известным нам способом, состоявшим в использовании института полномочия, *procuratio in rem suam*. По словам Папиниана - *venditor hereditatis emptori mandat actiones* (D. 2. 15. 17).

(продавец наследства доверяет покупателю свои исковые требования.)

Однако этот способ таил в себе опасность в виде недостаточной обеспеченности интересов приобретателя наследственных долговых требований.

Традиция неподвижности обязательства была настолько сильна, что, несмотря на состоявшуюся путем *procuratio in rem suam* уступку требования, продавец сохранял право заключать мировую сделку с должником.

Venditor hereditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit (D. 2. 15. 17).

(Продавец наследства, цедировавший исковые требования покупателю, заключил мировую сделку с должником, не знавшим о состоявшейся продаже наследства.)

В этом случае требование покупателя (цессионария) к должнику было парализовано эксцепцией (возражением) о состоявшейся мировой сделке. Перед римскими юристами встал вопрос: как сделать, чтобы -

in rem suam procurator non debet carere propria lite (D. 3. 3. 25).

(цессионарий, этот "доверенный в свою пользу", не должен был лишиться собственного искового требования.)

Осознана была необходимость того, чтобы формальное полномочие превратилось в собственное исковое требование и чтобы это полномочие стало безотзывным, неотменяемым по воле продавца наследства. Необходимость ограничить права продавца особенно остро ощущалась, когда покупатель наследства, не получив *procuratio in rem suam* по отдельным искам, все-таки производил расчеты с должниками наследства, а продавец, несмотря на это, обращался со своей стороны к должникам с требованием уплаты (D. 2. 14. 16).

369. Предоставление покупателю наследства самостоятельного иска по приобретенным долговым требованиям. Еще в середине II в. н.э. покупателю наследства давался иск, вызванный потребностями оборота, *actio utilis*; покупатель уже действовал не как *procurator*, а от своего имени. Даваемая покупателю *actio utilis* строилась, по-видимому, на предположении (фикции) о том, будто бы покупатель является сам наследником - *ac si heres esset*. Мы уже видели выше, что это предположение было исходным моментом для защиты прав покупателя наследства по *in iure cessio* (Гай. 2. 35); пройдя через стадию *procuratio in rem suam* в связи со стремлением придать этой *procuratio* (полномочию) характер безотзывности, римское право пришло к начальному, но более осложненному последующим развитием положению: *ac si heres esset*. Эта *actio utilis*, даваемая покупателю наследства, еще не получившему переуступки долговых требований, является своеобразной цессией, основанной не столько на воле cedента, сколько на велении действующего права. Она послужила зерном, откуда возросла так называемая *cessio legis*, т.е. цессия, основанная на велении закона, наступающая автоматически, *ipso iure*.

В дальнейшем роль покупателя наследства как *procurator in rem suam* сливается с его ролью как имеющего самостоятельный иск, введенный ввиду потребностей оборота, *actio utilis*.

Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit (D. 3. 3. 55).

(Если назначен "доверенный в свою пользу", то не следует отдавать предпочтение хозяину перед такого рода полномочным (цессионарием) в отношении предъявления иска и получения денег: тот, кто вправе от своего имени предъявлять иски, введенные в интересах оборота, тот правильно поступает, предъявляя такой иск.)

Мало того, если продавец требования что-нибудь получил от должника после цессии, то он обязан это вернуть цессионарию. Об этом пишет Гермогениан, живший в начале IV в.:

Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur (D. 18. 4. 23. 1).

(Продавец требования обязан возратить покупателю все, что он получил от должника путем зачета или в результате взыскания.)

370. Извещение должника о состоявшейся цессии. Последний шаг в развитии нашего института был сделан, как полагают, ближе к эпохе Юстиниана, когда особым указом вводится извещение (*denuntiatio*) должника о состоявшейся цессии (C. 8. 41. 3); после такого извещения право предъявления требования к должнику остается за цессионарием, а права cedента прекращаются. Институт цессии получает, таким образом, свое завершение.

371. Право требовать цессии. В источниках чаще всего встречается цессия, совершаемая не столько в силу добровольного желания cedента, сколько в силу обязанности, налагаемой на него действующим правом.

Пример:

Vestimenta tua fullo perdidit... iudicem aestimaturum... tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet (D. 19. 2. 60. 2. Labeo).

(Портной (которому ты дал платье в переделку) потерял твоё платье; судья оценит

обстоятельства и затем присудит портного уплатить тебе, а тебя принудит переуступить ему твои иски (к похитителю).)

Другой пример: за должника поручилось несколько лиц; один из поручителей оплачивает долг; кредитор обязан цедировать ему право обратного требования с остальных поручителей. В таких случаях говорят о праве на переуступку - *beneficium cedendarum actionum* (D. 46. 1. 17).

372. Случаи ограничения ответственности должника обязанностью цедировать требования. Обязанность переуступить требование является в известном смысле льготой для обязанного лица. Вместо того, чтобы самому нести ответственность, скажем, за вещь, вверенную ему на хранение, эта ответственность может, при известных условиях, быть ограничена тем, чтобы обязать *actiones praestare* - переуступить исковые требования к непосредственному виновнику.

Пример: Вещь продана, но еще не передана покупателю; она остается под наблюдением продавца. Если она у продавца отнята кем-либо насильно, то -

nihil amplius quam persequendae eius (rei) praestari a me (venditore) emptori oporteat (D. 19. 1. 31. pr.).

(продавец обязан не более, чем переуступить покупателю иски об истребовании вещи.)

Но если не установлено отсутствие вины продавца, то он не может ограничиться цессией права требования к непосредственному виновнику, а сам несет ответственность (D. 18. 6. 15. 1).

373. Пределы ответственности цедента. В какой мере отвечает цедент перед цессионарием за уступленное (проданное) право требования?

Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit... praestare cogitur (D. 21. 2. 74. 3).

(Кто продал (цедировал) требование в том виде, в каком оно было, тот обязан отвечать только за то, что это требование существует, а не за то, что с должника может быть что-нибудь действительно взыскано.)

Это последнее положение принято выражать так:

Продавец права требования несет ответственность за то, что *nomen verum esse*, *pop etiam popum esse* - долг действительно существует и юридически обоснован, а не за то, что взыскание его может быть реально осуществлено.

§ 115. Принятие на себя чужого долга

374. Отличие принятия долга от цессии. Цессия, влекущая за собой изменение личности кредитора, отличается от принятия на себя чужого долга, которое влечет за собой изменение личности должника. Различие заключается также в следующем: цессия может быть совершена по соглашению цедента (прежнего кредитора) с цессионарием (новым кредитором) без участия должника - *nomini venditio et ignorante et invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet* (C. 4. 39. 3).

В отличие от этого для вступления нового должника на место прежнего (*expromissio*) требуется согласие кредитора. А это понятно, этого требует правовой разум - *ratio iuris postulat* (C. 4. 39. 2). Первоначальному должнику его контрагент по договору доверял, а новому он доверять не обязан.

Так же, как при цессии, вступление нового должника на место прежнего чаще всего имело место при продаже наследственной массы, начальному должнику его контрагент по договору доверял, а новому он доверять не обязан.

Так же, как при цессии, вступление нового должника на место прежнего чаще всего имело место при продаже наследственной массы, охватывающей вещи, права требования и долги. Когда кредитор наследственной массы прямо или косвенно выражал согласие на замену должника, например, кредитор (К) предъявил иск к покупателю наследства (D²), а покупатель (D²) вступил в ответ по иску, то тем

самым замена прежнего должника, т.е. наследника (D^1), новым, т.е. покупателем (D^2), совершилась (С. 2. 3. 2) [16].

375. Последствия передачи долга без согласия кредитора. При отсутствии прямого или косвенного согласия кредиторов на продажу наследства и тем самым на изменение личности должника ответственность по долгам наследственной массы остается на продавце-наследнике - *creditoribus hereditatis respondeas* (С. 4. 39. 2), как это было в старину при *hereditatis in iure cessio*, когда наследник, продавший наследственную массу после принятия наследства, оставался наследником в том смысле, что отвечал по долгам наследства (Гай. 2. 35). Однако наследнику, удовлетворившему кредитора, предоставляется в свою очередь право обратного требования к тому, кому была продана наследственная масса - *cum eo cui hereditatem venumdedisti tu (heres) experiaris suo ordine* (С. 4. 39. 2).

Глава 28

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ДОГОВОРЕ

§ 116. Договор и соглашение

376. Значение слова "контракт". Практически наиболее важным источником обязательств в Риме был договор (*contractus*). Глагол *contrahere* по своему буквальному значению (*con* + *trahere* - стягивать) является синонимом глаголов *obligare*, *adstringere*. Он первоначально относился не только к договорам, но и к другим видам обязательств. Сопоставляя фрагменты 1 и 2 D. 1. 3., мы видим, что Папиниан, давая перевод определения Демосфена, пишет о деликтах, которые *contrahuntur*; совершить обман, совершить преступление передается в источниках нередко словами *fraudem contrahere*, *crimen contrahere*. Постепенно, однако, слова *contrahere*, *contractus* получили более тесное, специализированное значение договора как обязательства, возникающего в силу соглашения сторон и пользующегося исковой защитой.

Поздние римские систематики права пытались создать общее понятие *conventio* - соглашение, разветвляющееся на а) *contractus* - договор, пользующийся исковой защитой, и б) *pactum* - соглашение, по которому, как правило, иск не давался в силу правила *ex pado pacto actio non nascitur* (Сентенции Павла, 2. 14. 1); защита по пактам давалась чаще всего путем ссылки на них в виде возражений (пп. 428 - 431).

Adeo conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum (nullam obligationem), quae non habeat in se conventionem (D. 2. 14. 1. 3).

(Название "соглашение" является до такой степени общим, что, как метко замечает Педий (юрист конца I в. н.э.), нет никакого договора (никакого обязательства), который не содержал бы в себе соглашения.)

377. Сила договора в греческом праве. Ульпиан, объясняя слово *conventio*, говорит: подобно тому как люди сходятся (*conveniunt*) с разных мест в одно, так, побуждаемые разными мотивами, они соглашаются в одном (*in unum consentiunt*). Мы знаем теперь, что это объяснение навеяно греческими авторами. Когда Демосфен говорит о согласии, установившемся в городе, он употребляет выражение *he polis eis hen elthe* - *civitas in unum convenit*. Старинное греческое правило гласило: как один с другим договорился (*homologeîn* буквально - одинаково говорить), так оно и должно иметь силу (*kyriôn einai*). Источники сохранили нам отрывок из комментария Гая к законам XII таблиц (D. 47. 22. 4). Упомянув о договоре товарищей между собой, Гай приводит на греческом языке отрывок, приписываемый им Солону: "Если члены одного дома (территориальное деление), или братства, или религиозных пиршеств, или общего стола, или погребального братства, или отправляющиеся за добычей, или для торговли, установят между собой что-нибудь, то это имеет силу (*kyriôn einai*)". В тексте добавлена оговорка: поскольку их договор не противоречит публичному праву (*demosia grammata*). Это напоминает нам знаменитое изречение Папиниана:

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest (D. 2. 14. 38).

(Публичное право нельзя менять частными соглашениями.)

Эта мысль о силе договоров получила яркое выражение у греков. У Демосфена несколько раз цитируется поговорка: "Hosa an tis hekon heteros hetero homologe kyria einai" - о чем друг с другом добровольно договорятся, то и господствует. И когда противник Демосфена делает ссылку на это правовое положение, то Демосфен добавляет существенную оговорку: "Да, милейший, договоры являются господами, но при том условии, что они правомерны - ta ge dikaia, o beltiste" (Против Афиногена, кол. 6). У Платона мы читаем вариант этой поговорки. "Ha d'an hekon hekonti homologes, phasim hoi poleos basileis - pomoi, dikaia einai" - в чем добровольно друг с другом договорятся, это является правом, так говорят цари государства - законы (Пир, 196. С.). Итак, законы - это цари, а договоры - господа (kyrioí), носители права (dikaia).

В Риме только к концу республики появляется такая мысль, и притом в устах людей, впитавших в себя греческую культуру.

Приведенное выше ходячее эллинское слово о силе договора пересказано у Цицерона в следующих словах: "Fundamentum iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas" - основа права - это верность, то есть твердое и правдивое соблюдение слова и договора (De officiis, 1. 73).

Раннее римское право лишь постепенно поднялось до этого уровня. Вначале сила римского договора покоилась на его торжественной обрядности, на особой формальности.

§ 117. Толкование договора

378. Противоречие между словами и намерением сторон. По мере развития торговых отношений и связанного с этим осложнения отдельных договоров возникает новая проблема.

Возможно несоответствие или противоречие между внешним выражением договора и тем, что сторона действительно имела в виду. Ответ давался простой:

Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur (D. 29. 5. 3).

(Кто говорит одно, а хочет другого, тот не говорит того, что означают его слова, потому что он этого не хочет, но и не говорит того, что хочет, потому что он не те слова говорит.)

Одним словом: что он сказал, того он не хочет, а что хочет, того он не сказал; стало быть, договор не состоялся. Но греческая культура подходила к делу тоньше. В "Риторике" Аристотеля (1. 13. 17) мы читаем: "Нужно обращать внимание не на слово (logos), а на намерение (dianoia)". Правда, это касалось закона, и римские юристы также восприняли это в отношении толкования закона и устами Цельза сказали:

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (D. 1. 3. 17).

(Знание законов не в том состоит, чтобы соблюдать их слова, а силу и значение.)

Из области толкования закона эта мысль была перенесена в область толкования договора, поскольку сторона *legem contractui dicit* - провозглашает закон договора (D. 19. 1. 13. 26); еще раньше эта мысль получила применение при толковании воли наследодателя, выраженной в его завещании. Борьба между словом и волей стороны проходит через всю классическую юриспруденцию; начало этой борьбы ярко изображено Цицероном (Об ораторе, 2. 32) в рассказе о громком наследственном процессе, так называемая *causa Curiana*, в котором в качестве адвоката участвовал знаменитый юрист старой школы "veteres", бывший консул и верховный жрец Квинт Муций Сцевола и на другой стороне известный оратор Красс. Поскольку это дело знаменует поворотный пункт в истории толкования договора, стоит на нем несколько остановиться.

379. *Causa Curiana*. Некто оставил завещание, в котором написал: "Если у меня родится сын и он умрет, не достигнув совершеннолетия, то я желаю, чтобы Курий

был моим наследником". Случилось так, что сын вовсе не родился. Сцевола доказывал, что по буквальному тексту завещания Курий в данном случае не имеет прав, а наследство должно перейти к наследникам по закону. Красс ссылаясь на волю завещателя, на смысл завещания и отстаивал права Курия. Дело происходило около 90 г. до н.э. в эпоху Суллы, когда Цицерон был еще юношей. В передаче Цицерона, юрист Сцевола говорил *de antiquis formulis* - о древних формулах права, *de conservando iure civili*, о необходимости соблюдать консервативное начало в гражданском праве, что -

captivum esset populo quod scriptum esset neglegi et opinione quaeri veritatem.

(было бы ловушкой для народа, оставив в пренебрежении написанный текст, заниматься розыском воображаемой воли завещателя.)

Это означало бы -

interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere.

(толкованием красноречивых адвокатов (намек на Красса) извращать писания простых людей.)

Сцевола себя прямо называет представителем "простых людей", т.е. тех, которые, по образцу и подобию Катона Старшего, сидят на земле. Иначе аргументирует Красс.

Он ссылается на то, что как раз -

in verbis captio si neglegerentur voluntates.

(в словах-то и заключается ловушка, если оставить без внимания волю.)

В дальнейшей речи Красса слышатся слова, выросшие, вероятно, на почве *ius gentium* в условиях развитой торговли:

Aequum bonum sententias voluntatesque fieri.

(Справедливость требует, чтобы мысли и воля соблюдались.)

По мнению Красса, разделяемому Цицероном, ничего путного не получится, *si verba pop rem sequeremur* - если мы будем руководиться словами, а не существом.

Тут, вероятно, отразилось основанное на законах грамматики высказывание греческой философии: "Учение и исследование следует вести не на основании имен и слов, но гораздо более на основании существа" (Платон, Кратил, 439 г.).

Со времени Цицерона и *causa Curiana* противопоставление толкования буквального и толкования по смыслу и намерению стало общепринятым у юристов.

Цицерон нам рассказывает, что это противопоставление вошло в результате *causa Curiana* в школьный обиход его дней.

Pueri apud magistros exercentur, cum alias scriptum alias aequitatem defendere docentur.

(Мальчики у учителей упражняются на том, что одни учатся защищать написанный текст, а другие - справедливость.)

380. Высказывания источников о противоречии слов и намерения. Интересно проследить по источникам борьбу этих двух начал в договорном праве.

Обратимся сначала к договорам торгового оборота:

In emptis et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est (D. 18. 1. 6. 1. Pomponius).

(В договоре купли-продажи нужно больше обращать внимание на то, что имелось в виду, чем на то, что было сказано.)

Эта традиция восходит к Крассу, в отличие от другой точки зрения, восходящей к Квинту Муцию Сцеволе:

Interdum plus valet scriptura quam peractum sit (D. 33. 2. 19. Modestinus).

(Иногда больше значит написанный текст, чем намерения сторон.)

В особенности это имело место в тех случаях, когда речь шла не просто о словах, а о торжественных формальных словах - *verba sollemnia*.

Однако по мере роста торгового оборота и завоевания Римом обширных рынков средиземноморского бассейна договоры строгого права (*stricti iuris*) уступают место так называемым договорам доброй совести (*bonae fidei contractus*); вместе с тем торжествует та точка зрения, которая дает предпочтение намерению сторон.

Лучше всего эту мысль выразил Папиниан сначала в отношении завещаний, а затем и в отношении договоров:

In conventionibus testamentorum voluntatem potiusquam verba considerari oportet (D. 35. 1. 101).

(В условиях завещаний следует принимать в соображение волю в большей степени, чем слова.)

Та же мысль в отношении договоров:

In condicionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit (D. 50. 16. 219).

(В соглашениях договаривающихся сторон было признано важным обратить внимание больше на волю, чем на слова.)

381. Противоречие правовой строгости и милосердия. В позднейшей стадии развития, в византийскую эпоху, на смену противопоставлению *verba - voluntas* или *dicta - acta* (сказанное и желаемое) приходит другая пара понятий; с одной стороны - *subtilitas iuris*, *rigor iuris* - юридическая тонкость, строгость права, а с другой стороны - *id quod humanius*, *benignius est* - более человеческое, более благожелательное. То новое, что классическим юристам в эпоху расцвета принципата представлялось как *bonum et aequum* - добрым и справедливым, т.е. соответствующим вновь выросшим интересам оборота, то в переводе на язык эпигонов (потомков) в эпоху идущего к гибели рабовладельческого хозяйства носит название человеческого, благожелательного.

Не следует забывать, что слова милосердия и гуманности являются в значительной мере данью пышной византийской фразеологии. Памятуя о милосердии, византийцы не забыли и о практической пользе. "*Tam benignius quam utilius*" (чем полезнее, тем благосклоннее) - гласит поздняя прибавка к классическому тексту. А римский рабовладелец руководился "гуманностью" лишь в тех случаях, когда это не расходилось с его интересами.

Еще в конце I в. н.э. составитель руководства по сельскому хозяйству Колумелла писал, что в отдаленных имениях выгоднее работать через мелких арендаторов, чем трудом рабов, и дает такой совет:

Comiter agat cum colonis nec dominus tenax esse iuris sui debet (Columella, *De re rustica*, 1. 7. 1 - 7).

(Пусть хозяин предупредительно обращается с мелкими арендаторами и пусть не держится цепко за свои права.)

И Колумелла в свое время находил, что порою на смену *rigor iuris*, *tenacitas*, должна приходиться *comitas*. Но юристы стояли на страже интересов господствующего класса и зорко следили за тем, чтобы кротость и милосердие (*comitas*, *benignitas*) не переходили определенных границ. Не случайно сохранились в Дигестах характерные слова:

Liberalitatem captiosam interpretatio prudentium fregit (D. 2. 15. 5).

(Заманчивое великодушие было сломлено толкованием юристов.)

§ 118. Пороки согласия

382. О пороках согласия. Бывает нередко, что выраженная в договоре воля стороны

не возбуждает сомнений по своей ясности, вследствие чего отпадает надобность в выяснении и толковании того, что именно сторона хотела выразить. И тем не менее сторона утверждает, что то или иное заявление, хотя и сделано ею, но сделано под влиянием обмана, угрозы или насилия, ошибки. Каково было влияние этих обстоятельств на договор в римском праве?

383. *Dolus* и его различные значения. Начнем с вопроса о влиянии обмана - *dolus*, *dolus malus* на действительность договора. Слово *dolus* имело несколько значений, и римские юристы много занимались определением этого понятия. Сначала это означало не столько обман, сколько притворство. Цицерон (около 50 г. до н.э.) рассказывает, что при нем претор впервые ввел защиту в договоре стороны, ставшей жертвой обмана; когда у этого претора стали спрашивать, что же такой *dolus*, то он отвечал:

Cum aliud simulatur, aliud agitur (Cicero, *De officiis*, 3. 14. 60).

(Когда одно делается для виду а другое совершается (входит в намерение).)

Это определение "*aliud simulatur aliud agitur*" встречается и у современника Цицерона, Сервия (D. 4. 3. 1. 2), и являлось традиционным (D. 2. 14. 7. 8), пока знаменитый Лабейон, живший при Августе, не опроверг его. С тех пор *dolus* стал обозначать "обман".

Лабейон... sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum (D. 4. 3. 1. 2).

(Лабейон дал такое определение: "*Dolus malus* есть всякая хитрость, обман, уловка для того, чтобы обойти, обмануть, уловить другого".)

Наряду с таким значением *dolus* как обмана, этим словом пользовались для обозначения более мягкого оттенка "недобросовестности", в особенности в выражении *exceptio doli*. Кроме того, словом *dolus* обозначается умысел, *dolus malus* - злой умысел.

Первоначальный формализм римского права вел к тому, что договор так называемого строгого права - *stricti iuris*, заключенный под влиянием обмана, все-таки считался договором.

Об этом нам рассказывает Цицерон. Его приятель, большой любитель рыбной ловли, хотел купить усадьбу близ Неаполя. Главным образом его привлекал пруд, и он хотел удостовериться, водится ли в нем рыба. Продавец нанял нескольких окрестных крестьян, которые взялись разъезжать на лодках по пруду, закидывая удочки и невод. Обрадованный покупатель уплатил деньги за имение, а назавтра выяснилось, что рыбная ловля оказалась ловко разыгранной сценой. Цицерон добавляет, что положение покупателя оказалось тяжелым потому, что претор Аквиллий (возможно, что речь идет о знаменитом Аквиллии Галле) еще не ввел иска в защиту от обмана:

Nondum enim M. Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas (Cicero, *De officiis*, 3. 14. 58).

(Мой товарищ и приятель Аквиллий еще не ввел формулы для защиты от обмана.)

Не исключена возможность, что именно эта ловко разыгранная сцена рыбной ловли и послужила основанием для определения *dolus* как такого поведения, когда *aliud simulatur, aliud agitur* - одно делается для виду, а другое входит в намерение. Во всяком случае, исходя из этого казуса, Цицерон обосновывает необходимость *actio de dolo*.

В упомянутой книге Цицерон пишет:

Ratio postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter (fiat) (Ibid., 3. 17. 68).

(Разум требует, чтобы чего не делали злокозненно, ничего притворно, ничего обманно.)

384. Actio doli. При Цицероне же претор, в силу предоставленной ему высшей власти (*imperium*), ввел в эдикт защиту стороны, потерпевшей от обмана, путем предоставления ей иска *actio doli*:

Verba edicit talia sunt: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse virebitur, intra annum iudicium dabo (D. 4. 3. 1. 1).

(Эдикт гласит следующее: "Если что-либо совершено обманно и по этому поводу другой, исковой защиты не будет, то при наличии надлежащего основания и в течение года я буду предоставлять иск".)

Таким образом, *actio doli* давалась при наличии следующих условий: а) при отсутствии иного средства исковой защиты, т.е. субсидиарно (вспомогательно), б) если со дня совершения обмана прошло не более года, в) по оценке обстоятельств дела - *iusta causa, causa cognita*.

Лицо, против которого состоялось присуждение по такого рода иску, подвергалось инфамии (бесчестию) и таким образом клеймилось позором как обманщик. Но в Риме случалось нередко, что жертвой обмана становилось лицо низкого звания - *humilis*, а обманщиком - лицо, занимающее высокое положение, - *qui dignitate excellit*. Ульпиан, которому далеко не чужды понятия *bonum et aequum, benignum et humanum*, ставит себе вопрос, как быть, если требуется дать *actio doli* "человеку простого звания против бывшего консула с высокой репутацией или вообще человеку подлого звания против лица благородного образа жизни" (D. 4. 3. 11. 1).

Неужели заклеймить инфамией высокопоставленное лицо? Этот вопрос вставал за 200 лет до Ульпиана еще перед Лабеоном - *et ita Labeo*.

С одной стороны, лицо, принадлежащее к верхушке господствующего класса, а с другой стороны, нельзя допускать, чтобы мошенник наживался, - *ex dolo suo lucretur*. Как же быть? *Quid ergo est?* Гибкий ум римского юриста, стремящегося защитить привилегированное положение знати, советует:

In horum persona dicendum est in factum, verbis temperandam, actionem dandam (Ibid).

(Против таких лиц нужно давать особый иск, основанный на обстоятельствах дела, смягчив соответствующие выражения.)

Иск *actio doli* был "арбитражный" (п. 63), т.е. в исковую формулу претор включал слова *nisi res arbitrio tuo restitatur* - если, по предложению судьи, ответчик не восстановит первоначального положения.

Nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est (D. 4. 3. 18. pr.).

(Если не последует поворота в первоначальное положение, то имеет место присуждение стоимости ущерба.)

385. Exceptio doli generalis. До сих пор мы говорили об *actio doli*, т.е. о том случае, когда потерпевший от обмана оспаривал, путем предъявления иска, заключенный им договор или совершенное им действие. Если потерпевшим оказывался ответчик, то претор давал ему защиту в виде возражения, *exceptio doli*.

Si quis cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest (D. 45. 1. 36).

(Если кто-либо договорился вступить в одно обязательство, а вследствие обмана оказался вступившим в другое, то, хотя он строго юридически обязан, однако он может воспользоваться возражением о допущенном обмане.)

В данном случае выдвигаемая ответчиком *exceptio doli* имеет в виду *dolus*, допущенный до предъявления иска, например при заключении договора. Этому *dolus* присвоено было впоследствии наименование *dolus specialis* - *dolus* в тесном смысле слова. В отличие от *dolus specialis* говорят о *dolus generalis*, когда *dolus* имеет место в самом факте предъявления иска. Например, должник заключил с кредитором соглашение о прощении долга - *pactum de non petendo*, тем не менее кредитор

предъявляет иск. Должник может защищаться, ссылаясь на состоявшееся соглашение - *exceptio pacti de non petendo*; но он также может ссылаться на недобросовестность кредитора, проявленную в самом факте предъявления такого иска, который заведомо для истца парализуется эксцепцией. Такого рода эксцепция носит название *exceptio doli generalis*.

Dolus generalis имеет место, как указано, в самом факте предъявления иска.

Dolo facit qui petit quod redditurus est (D. 44. 4. 8. pr.).

(Недобросовестно поступает тот, кто взыскивает то, что ему придется вернуть.)

Эксепция *doli* излагалась в виде следующей оговорки в исковой формуле, которую давал претор:

Si in ea re nihil dolo Auli Agerii factum sit neque fiat (Гай. 4. 119).

(Если в этом деле ничего не было совершено и не совершается по "злому коварству" истца Авла Агерия.)

В этой формуле говорится об обоих видах *dolus*: как о том, который имел место - *factum sit*, до предъявления иска, т.е. *dolus specialis*, так и о том *dolus*, который имеет место при предъявлении иска - "*fiat*", т.е. о *dolus generalis*. *Dolus specialis* иначе называют *dolus praeteritus*, т.е. *dolus* в прошедшем времени (*factus* - совершенный) в отличие от *dolus generalis* или *dolus praesens* (в настоящем времени: *fiat*), имеющий место в самом процессе.

386. Физическое насилие. Последствия, аналогичные с *dolus*, порождает применение угроз и насилия при заключении договора или, в более общих выражениях, при изъятии воли. Что же такое представляет собой *metus*, буквально обозначающий страх, устрашение, и *vis* - насилие? Первоначально это было грубое физическое насилие. В Сентенциях Павла (1. 7. 7 - 10) приводятся примеры, когда кто-нибудь хочет добиться того, чтобы другой продал ему или манципировал вещь.

С этой целью применены такие приемы: *in domo inclusit, ferro vinxit, in carcerem deduxit* - запер в доме, связал цепями, отвел в темницу.

Но жизнь давала другие примеры, когда вместо физического насилия действовала угроза применить такое насилие.

Populi Romani magistratus vel provinciae praeses si mortis aut verborum terrore pecuniam alicui extorsit (D. 4. 2. 3. 1).

(Римский магистрат или презес провинции под угрозой смерти или бичевания вымогал у кого-либо деньги.)

По-видимому, *vi et metu extorquere* - вымогать насилием и устрашением - было традиционным приемом римских наместников, провинций, поскольку это выражение стало техническим термином уже при Цицероне (речь против Пизона, 35, 86). Любопытно, что, устанавливая подробный перечень деяний, по которым осуждение влечет за собой инфамию - бесчестье (D. 3. 2. 1), претор в число этих деяний не включает *vis ac metus*.

387. Угрозы. Анализируя понятие *metus*, Лабейон пришел в начале 1 в. н.э. к выводу, что это есть *timor maioris malitatis* - страх перед большим злом (D. 4. 2. 5). В данном случае Лабейон переносил на римскую почву учение греческой философии. Аристотель в "Никомаховой этике", кн. III, § 1 (в начале), говорит о действиях, совершаемых из страха перед большим злом - *phobos meizonon kakon*. Аристотель подробно разбирает вопрос о том, являются ли такие действия недобровольными или все-таки добровольными. Цельз, воспроизводя греческую мысль в терминах римского права, так решает вопрос о договоре, стоящем на грани добровольного и недобровольного действия:

Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset contraxit matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur (D. 23. 2. 22).

(Если, уступая принуждению отца, подвластный сын вступил в брак с женой,

которой он не взял бы, если бы располагал свободным усмотрением, то брак все-таки действителен; поскольку в брак не вступают против воли, следует считать, что он предпочел этот выход из положения.)

Павел, живший на сто лет позднее Цельза, дал определение понятия принуждения и его юридического эффекта:

Si metu coactus, adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset, poluisssem, tamen coactus volui (D. 4. 2. 21. 5).

(Если, вынужденный угрозой, я принял наследство, то полагаю, что я стал наследником; правда, если бы я был свободен в своем выборе, я бы не пожелал принять, однако, хотя и вынужденный, но я все же пожелал.)

Итак, сделка, совершенная под влиянием угрозы, сама по себе не становится вследствие этого недействительной. Однако в данном примере с наследством, как и в других подобных случаях:

Per praetorem restituendus sum ut abstinendi mihi potestas tribuatur (Там же).

(Претор должен дать мне поворот в первоначальное положение и тем предоставить возможность воздержаться от принятия наследства.)

388. Преторские средства защиты. Претор предоставляет стороне, сделавшей волеизъявление под влиянием угроз или насилия:

(1) Либо восстановление в первоначальное положение, *restitutio in integrum*.

(2) Либо *actio metus causa*. Лицу, которое заключило договор под влиянием угроз или насилия, предоставляется право в течение года требовать четырехкратного возмещения, если ответчик не произведет добровольно реституции; по истечении года иск дается в однократном размере, по оценке обстоятельств дела.

(3) По аналогии со случаями, разобранными выше при *dolus*, если к лицу предъявлялось исковое требование на основании сделки, заключенной под влиянием угроз и насилия, то ему давалась *exceptio metus*.

389. Попытки смягчить понятие насилия. Подобно тому как понятие *dolus* смягчилось от "хитрости, обмана, уловки" до недобросовестности в выражении *exceptio doli*, так и в отношении *vis* наметилась попытка перейти от понятия грубого насилия к более утонченному и вместе с тем к более широкому понятию. При рассмотрении одного спора тяжущаяся сторона заявила: "*Vim nullam feci*" (никакого насилия я не совершал). В ответ на это Марк Аврелий указал:

Tu vim putas esse solum, cum homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit (D. 4. 2. 13).

(Ты думаешь, что насилие имеет место только тогда, когда калечат людей? Насилие есть и тогда, когда кто-либо, полагая, что он имеет право требовать чего-либо, добывает себе это без обращения в суд.)

Однако такое понятие насилия не укоренилось. Обычно под насилием понимался - *mentis trepidatio, metus instantis vel futuri periculi causa* (D. 4. 2. 1).

(душевный трепет из-за страха перед настоящей или будущей опасностью.)

390. Ошибка (заблуждение). При обмане и насилии одна сторона становится жертвой действий другой стороны; но сторона может впасть в заблуждение, независимо от воздействия другой стороны. Заблуждение может касаться: а) характера сделки, б) предмета договора, в) личности контрагента.

391. Ошибка в характере сделки (*error in negotio*). Одна сторона ошибочно считает, что получает предмет в виде дара, в то время как другая имеет в виду дать его во временное безвозмездное пользование. Договор не состоялся, так как между сторонами вследствие происшедшей ошибки нет согласия (*consensus*), а есть разногласие (*dissensus*).

392. Ошибка в предмете (*error in re*).

Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit, nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur (D. 45. 1. 137. 1).

(Если ты обязался по стипуляции дать мне раба, причем я имел в виду одного, а ты другого, то никакой сделки не состоится, так как обязательство по стипуляции возникает в результате обоюдного согласия.)

Таким образом, ошибка в объекте так же, как и ошибка в характере сделки, ведет к отсутствию требуемого согласия.

Допустим, я уверен, что покупаю раба Стиха, а ты полагаешь, что продаешь Памфила; или я думаю, что покупаю один земельный участок (семпронианский), а ты полагаешь, что продаешь другой участок (корнелианский).

Cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem (D. 18. 1. 9. pr.)

(Когда есть разногласие в отношении самого предмета, то продажа, очевидно, недействительна.)

Конечно, добавляет юрист, si in nomine dissentiamus, verum de corpore constat - если расхождение касается только названия, а относительно самого предмета нет сомнения, то продажа действительна.

393. Влияние греческой философии на учение о заблуждении. В этом противопоставлении названия с самим предметом (nomen - corpus) мы сталкиваемся с учением греческих грамматиков и философов. В изложении римских юристов дело осложняется введением нового момента: понятия "субстанции", сущности, или употребляемого римскими юристами греческого термина *ousia*; иногда в этом смысле они употребляют слово "материя". Допустим, ты мне продаешь определенную вещь: ты ее продаешь как золотую, а она - медная (*aes pro auro*); ты продаешь как вино, а оно оказывается уксусом (*acitum pro vino*).

Когда речь идет о покупке золотой вещи, оказавшейся медной, Павел считает, что тут есть соглашение относительно предмета - *consensus in corpore*, и потому сделка действительна, как купля-продажа медной вещи, однако:

ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris (D. 45. 1. 22).

(я (покупатель) буду иметь к тебе требование, основанное на *dolus*, если ты (продавец) меня заведомо обманул.)

Ульпиан считает, что в тех случаях, когда -

aes pro auro veneat, pop valet venditio (D. 18. 1. 14).

(медь продана как золото, продажа недействительна.)

Марцелл же считает, что и в этом случае (*aes pro auro* - медь под видом золота) сделка действительна (D. 18. 1. 9. 2).

Чем же объясняется такое расхождение юристов? Дело в том, что они вводят, под явным влиянием греческой философии, наряду с необходимостью согласия относительно предмета (*consensus in corpore*), необходимость согласия относительно вещества, из которого предмет сделан (*consensus in materia*).

Марцелл, со своей стороны, считает:

Emptionem esse et venditionem quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum (D. 18. 1. 9. 2).

(Купля-продажа имеет место, так как есть согласие о предмете, хотя имеется заблуждение о веществе (из которого сделан этот предмет).)

Наоборот, Ульпиан полагает:

Nullam esse venditionem, quotiens in materia erratur.

(Купля-продажа недействительна, поскольку есть заблуждение относительно "материи".)

Ульпиан считает, что если было продано вино, то, хотя бы оно в момент продажи скисло и превратилось в уксус, "материя" осталась та же и продажа действительна (D. 18. 1. 9. 2). Равным образом, если позолоченная вещь продана как золотая, то - *valet venditio quia aliquid auri habeat* (D. 18. 1. 14).

(продажа действительна, так как вещь заключает в себе хоть немного золота.)

Другие же юристы, в особенности более ранние, придавали значение субъективной стороне сделки, т.е. знали ли стороны о том, что продается одно вместо другого, или обе ошибались. Так, например, если стороны заблуждались и приняли посеребренный стол за стол из цельного серебра, то, по мнению одних, продажа действительна (D. 18. 1. 45), по мнению других - недействительна.

Мы видим, таким образом, что учение о влиянии заблуждения на действительность сделки вызывало у римских юристов большие разногласия, которые у них обосновываются различной философской оценкой таких понятий, как "корпус", "субстанция", "материя" и, наконец, субъективная сторона сделки (*ignorantia*, *imprudencia* - неведение).

394. Ошибка в лице (*error in persona*). Цельз приводит такой случай. Ты просил денег взаймы у меня и у Тиция. Удовлетворяя твою просьбу, я дал приказ моему должнику внести тебе деньги (*delegatio nominis* - см. п. 355). Ты деньги получил, ошибочно полагая, что их внес должник Тиция, а не мой должник. Цельз полагает, что в данном случае имеется наличие заблуждения и, стало быть, отсутствие согласия обеих сторон, а потому *nullum negotium mecum contraxisti* - ты со мной не заключил никакой сделки.

Но обязательство все же возникло, хотя и не вытекающее из договора.

Quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est (D. 12. 1. 32).

(Так как мои деньги очутились у тебя, то справедливость требует, чтобы ты их мне возвратил.)

Цельз здесь оперирует известным уже нам понятием *bonum et aequum*, которое в руках римских юристов было гибким орудием для того, чтобы дать внешнее обоснование приспособлению права к потребностям оборота. Недаром именно Цельзу принадлежит знаменитое изречение "*ius est ars boni et aequi*" - право есть искусство оперировать понятиями "*bonum et aequum*". Цитированный выше случай Цельз разрешает в том смысле, что обязательство возникло, притом не из договора, а в силу неправомерного обогащения (кондикции). Этот случай принято, по имени Цельза Ювенция, называть *condicio Iuventiana*.

§ 119. Условие и срок

395. Понятие условия. Мы читаем в Институциях Юстиниана:

Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit (I. 3. 15. 2).

(Всякая стипуляция совершается либо чисто (т.е. без зависимости от условия или срока), либо с прибавлением срока или под условием.)

Сказанное о стипуляции является пересказом мысли, высказанной юристом об обязательствах вообще: *debetur* (долг возникает) *sive pure sive in diem vel sub condicione* (D. 50. 16. 10). Договор является условным, если его действие поставлено в зависимости от будущего неизвестного события, т.е. такого события, о котором неизвестно, наступит ли оно или не наступит.

Si Titius consul factus erit quinque aureos dare spondes? (I. 2. 15. 4).

(Если Тиций сделается консулом, обязуешься ли дать пять золотых?)

396. Понятие срока. Срок - это момент времени, который наступает либо в определенный календарный день, например *Idibus Martiis proximis*, т.е. в ближайшее 15 марта, и тогда мы говорим: *dies certus an et certus quando* - срок, о котором

известно не только, что он наступит, но известно, когда именно он наступит. От этого отличается *dies certus an, sed incertus quando*, например: римский гражданин обязался кого-либо содержать *quoad vivat* - по день смерти этого последнего лица. Смерть каждого человека, несомненно, наступит, но неизвестно когда - *certum an sed incertum quando*. Если неизвестно, наступит ли событие, но известно, когда оно могло бы наступить, то говорят *dies incertus an et certus quando*, например - достижение данным лицом 100-летнего возраста. Наконец, если неизвестно, наступит ли данное событие и неизвестно, когда оно наступит, то говорят *dies incertus an et quando*, например, время выхода замуж дочери Тиция.

Следует отличать начальный момент срока - *dies a quo*, т.е. момент, с которого договор начинает действовать, и конечный момент - *dies ad quem*, т.е. момент, до которого договор действует. Промежуток времени между начальным и конечным моментом назывался *spatium temporis*. *Dies a quo* (или чаще просто *dies*) мы также называем день, при наступлении которого обязательство подлежит исполнению, например, я обязуюсь уплатить 1-го марта. Сила обязательства, для исполнения которого установлен в договоре срок, так формулируется римским юристом:

Praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio (D. 45. 1. 46. pr.).

(Обязательство налицо, но исполнение перенесено на определенный день.)

Договор, не осложненный ни условием, ни сроком, называется *contractus purus*, буквально: чистый договор.

397. Сделки, не допускающие условий и сроков. В древнем праве, в котором преобладали договоры строго формальные, условия и сроки не допускались в целом ряде сделок.

Actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem, velut: mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem (D. 50. 17. 77).

(Формальные сделки, не допускающие прибавления срока или условия, как, например: манципация, акцептиляция, принятие наследства, выбор легатарием одного из нескольких завещанных на выбор рабов, назначение опекуна - опираются полностью в случае прибавления срока или условия.)

Можно считать, что условия стали вноситься в более гибкие консенсуальные договоры. По крайней мере, Гай пишет:

Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint (Гай. 3. 146).

(Теперь уже не подлежит сомнению, что продажа и наем могут быть совершены под условием.)

398. Условие суспензивное и условие резолютивное. В отношении условия римские юристы различали, с одной стороны, условие, при осуществлении которого возникает действие сделки; впоследствии такое условие стали называть отлагательным или суспензивным. С другой стороны, юристы знали условие, при осуществлении которого прекращается действие сделки; такое условие стали называть отменительным или резолютивным.

Пример суспензивного условия, данный юристом старой школы Квинтом Муцием Сцеволой:

Si Andronicus servus meus heredi meo dederit decern (milia) liber esto (D. 40. 26. 1).

(Если мой раб Андроник даст моему наследнику десять тысяч, то пусть он будет свободен.)

Андроник был рабом, затем в период от принятия наследником наследства до выплаты 10000, т.е. до осуществления условия, Андроник считается *statu liber*, т.е. он еще не свободен, *interea heredis servus est* - он в промежуточный период является рабом наследника (Гай. 2. 200), но он имеет возможность стать свободным, уплатив 10000 наследнику или тому лицу, кому наследник продаст Андроника.

Пример резолютивного условия:

Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit (D. 18. 3. 2).

(Если деньги не будут уплачены к определенному моменту, то земельный участок будет считаться непроданным.)

Это условие в договоре купли-продажи носит название *lex commissoria*.

Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub condicione resolvi quam sub condicione contrahi videatur (D. 18. 3. 1)

(Если земельный участок продан под условием расторжения в случае неуплаты цены в срок, то представляется, что под условие поставлено расторжение договора (отменительное условие), а не возникновение его (отлагательное условие).)

Одно и то же условие может быть отредактировано как суспензивное и как резолютивное. Пример: куплен раб или лошадь с правом ознакомления и проверки до определенного срока; можно сформулировать в виде резолютивного условия:

Si in triduo displicuisset, ut inemptus esset (ut redderes) (D. 18. 1. 3; D. 19. 5. 20. pr.).

(Если в течение трех дней не понравится, пусть считается некупленным (верни).)

Можно редактировать суспензивно:

Si placuisset, emeris (D. 19. 5. 20).

(Если понравится, то останется за тобой (как купленный).)

399. Влияние условия на сделку. Какова была сила обязательства до наступления отлагательного условия, т.е. в период *pendente condicione* - когда условие еще не осуществилось. В отличие от обязательства, по которому срок еще не наступил, при условном обязательстве в период *pendente condicione* нельзя говорить о том, что *obligationem perfectam esse* - обязательство полностью налицо. Если условие не осуществилось, то договора нет, притом *ab initio* - с самого начала.

Si defecerit condicio, nullam esse emptionem (D. 18. 6. 8. pr.).

(Если условие отпало, то договора (продажи) нет.)

Если отлагательное условие осуществлялось, то договор считался *purus* - безусловным, притом с обратным действием, т.е. с самого начала - *ab initio, ex tunc*. В этом смысле источники высказываются чаще, хотя и не всегда.

Cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset (D. 20. 4. 11. 1).

(Если (отлагательное) условие осуществилось, то считается, как будто договор в момент своего заключения был совершен без условий.)

Наступлению условия равносильно такое действие заинтересованной в наступлении условия стороны, которое препятствует осуществлению условия.

Iure civili receptum est: quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset (D. 35. 1. 24. Iulianus; D. 50. 17. 161. Ulpianus).

(Гражданское право признает: если сторона, для которой наступление условия представляет интерес, своими действиями препятствует наступлению условия, то условие считается как бы наступившим.)

Пример, приводимый Юлианом:

Рабыне завещана свобода при условии, если она родит троих: однако наследник принял меры *ut abortum faceret* (D. 40. 7. 3. 16).

Условие должно быть возможное. Классическим примером невозможного условия считалось: *si digito caelum tetigeris* - если ты коснешься пальцем неба (Гай. 3. 98).

400. Невозможное условие. Невозможное условие влекло за собой

недействительность договора: в отношении завещания большинство юристов склонялось к тому, чтобы такое условие считать ненаписанным.

Условие, далее, не должно противоречить закону и добрым нравам. Как пример Павлом приводится договор обручения, в котором обусловлена неустойка на случай, если от вступления в брак откажется та или другая сторона.

Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonii obstringi (D. 45. 1. 134. pr.)

(Показалось недобропорядочным связывать брак узами неустойки.)

Глава 29

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 120. Цели и средства обеспечения обязательств

401. Цели обеспечения обязательств. В случае неисполнения должником обязательства обращается взыскание на имущество должника при содействии государственных органов. Однако кредитор имеет существенный интерес в том, чтобы быть уверенным в исполнении обязательства, и в том, чтобы облегчить себе установление убытков, на возмещение которых он имеет право в случае неисполнения обязательства, наконец, кредитор заинтересован в том, чтобы побудить должника к своевременному исполнению под страхом невыгодных для должника последствий в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

402. Средства обеспечения. Этой цели служат различные средства, обеспечивающие исполнение обязательства, а именно: задаток, неустойка, поручительство, залог.

§ 121. Задаток (arra)

403. В классическую эпоху задаток имел целью подтвердить, подкрепить факт заключения договора (*arra confirmatoria*). Это была денежная сумма или ценность, например кольцо, которое одна сторона, чаще всего покупатель, иногда наниматель, вручал другой стороне в момент заключения договора.

Quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae (Гай. 3. 139).

(То, что дается в виде задатка, является доказательством заключенного договора купли-продажи.)

Это не значит, пишет Гай в другом месте (D. 18. 1. 35), что без дачи задатка договор не имеет силы, но задаток дается для того, чтобы было наглядное доказательство состоявшегося договора. Задаток и самое название его - *arra* - ближневосточного происхождения. Указом Юстиниана от 528 г. подчеркивается другая функция задатка - штрафная, имеющая целью побудить должника исполнить обязательство (так называемая *arra poenalis*), а именно: покупатель, отказывающийся исполнить договор, теряет задаток, а продавец, отказывающийся исполнить договор, обязан возратить задаток в двойном размере (C. 4. 2. 1. 17; I. 3. 23. pr.); впрочем, Юстиниан в данном случае следовал за мнением юриста Цервудия Сцевола (D. 18. 3. 6. pr.). Стороны могут договориться, чтобы ответственность лица, отступающего от договора, исчерпывалась размером, равным сумме задатка. В таком случае говорят о задатке, играющем роль отступного, - *arra poenitentialis*. Если же сделка развивалась нормально и договор исполнялся сторонами, то сумма задатка зачислялась в счет причитающегося платежа.

§ 122. Неустойка (stipulatio poenae)

404. Неустойкой называется принимаемое на себя должником обязательство уплатить определенную сумму в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Неустойка заключалась в форме стипуляции:

Pamphilium dari spondes? Si non dederis, centum dare spondes?

(Обязуешься ли дать раба Памфила? На случай, если не дашь его, обязуешься ли дать сто?)

По-видимому, каждый из двух вопросов сопровождался ответом: *spondeo* - обязуюсь. Таким образом, мы имеем основную стипуляцию дать Памфила, подкрепленную добавочной стипуляцией, изложенной в виде условного обязательства и состоящей в неустойке на случай неисполнения.

Более сжатая формула сводилась к одной условной стипуляции:

Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? (D. 45. 1. 115. 2).

(Если не дашь раба Памфила, обязуешься ли дать сто?)

Если основное обязательство недействительно, как противоречащее добрым нравам, то и условие о неустойке недействительно.

Например, как мы видели, нельзя обусловить неустойку на случай невступления в брак с данным лицом; недействительно условие о неустойке следующего содержания:

Si heredem me non feceris, tantum dare spondes? (*haec stipulatio*) *inutilis est, quia contra bonos mores est* (D. 45. 1. 61).

(На случай, если ты меня не назначишь наследником, обязуешься ли уплатить столько-то? (Такая стипуляция) недействительна, как противная добрым нравам.)

Но были договоры, которые добрым нравам не противоречили, но все же римским правом не признавались. Речь идет о договорах в пользу третьих лиц: они не признавались в силу старинного правила: *alteri stipulari nemo potest* (D. 45. 1. 38. 17). Это правило, в свою очередь, коренилось в строгом индивидуализме римского права, которое выставляло требование:

Ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ut alii detur, nihil interest mea (D. 45. 1. 38. 17).

(Пусть каждый приобретает для себя то, в чем именно он имеет интерес; мне дела нет до того, чтобы другому было дано.)

Но потребности оборота были сильнее этого консерватизма. Ульпиан, приведя эти слова, добавляет: "*Plane si velim hoc facere...*" ("А все же, если я хочу это сделать?").

Мы видим здесь, как жизнь вступает в столкновение со старой нормой. Юрист приходит на помощь советом: *роепам stipulari conveniet* - нужно скрепить обязательство неустойкой. Таким образом неустойка помогала закрепить договор, который сам по себе не пользовался защитой.

Римские юристы ставили себе вопрос в отношении неустойки на случай неисполнения обязательства о передаче раба. Подлежит ли взысканию -

et homo et pecunia aut homo aut pecunia (D. 45. 1. 115. 2.).

(и раб и неустойка в денежной сумме, или же: или раб, или неустойка.)

Другими словами: взыскивается ли неустойка кумулятивно (совокупно) с основным требованием, или же кумуляция не допускается. Римские юристы склонялись ко второй точке зрения, допуская кумуляцию в виде исключения в зависимости от намерения сторон (*cum id actum est ut...*) или от редакции условия о неустойке (*si ita cautum est*). Это можно подтвердить примером одного из наиболее ранних случаев применения неустойки, который относится ко временам республиканского юриста Алфена Вара: два учителя составили товарищество по обучению языковедению - *ut grammaticam docerent* - с тем, чтобы заработка делить пополам, установив при этом неустойку в 20 тысяч за нарушение договора.

Юрист считает:

Non utriusque rei promissorem obligari ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam

sufferret (D. 17. 2. 71. pr.).

(Должник не обязан к тому и другому, а именно: и к исполнению, и к уплате неустойки за неисполнение.)

В зависимости от формулировки договора требование предъявляется либо по договору товарищества (убытки от неисполнения), либо по условию о неустойке, поскольку этим условием новируется и поглощается основное обязательство по исполнению.

§ 123. Поручительство

405. Существенным видом обеспечения обязательств служило поручительство. Поручительство осуществлялось путем стипуляции, поэтому оно излагается в связи с договором стипуляции (п. 445).

§ 124. Залог [17]

406. Понятие залога. Единого термина для обозначения залога римское право не знает: на разных стадиях развития залог именовался различно. Общее у залога на разных стадиях состоит в том, что он дает кредитору вещное обеспечение его требования.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae (D. 20. 1. 4).

(Залог совершается путем соглашения, когда кто-либо договаривается, чтобы его вещь была связана залогом в обеспечение какого-либо обязательства.)

Таким образом, в основании залога лежит ответственность должника по обязательству; эта ответственность (*obligatio*) скрепляется вещным обеспечением, "ответственностью вещи" - *res obligata*.

407. Фидуция. В начальном периоде залога интересы кредитора играют преобладающую роль. Должник в целях залога передает по манципации закладываемое имение в собственность залоговому кредитору; при этом между сторонами заключается дополнительное соглашение, по которому залоговый кредитор обязан в случае своевременной уплаты долга возвратить заложенное имение должнику.

Передавая закладываемую вещь в собственность кредитору, должник предоставляет кредитору больше прав, чем это требуется по залогом; должник таким образом оказывает доверие (*fides*) кредитору, ожидая, что в случае своевременной уплаты долга предмет залога будет ему возвращен. Вот почему этот вид залога носит название фидуции, а самая сделка относится к разряду фидуциарных, т.е. доверительных.

Сохранился текст фидуциарного залога, относящегося к более поздней эпохе - I - II веку нашей эры. Должником является некто Л. Баян, кредитором Л. Тиций в лице его раба Дама, предмет залога - имение Баяна. Передаем документ в сокращенном виде:

Dama L. Titi servus fundum Baianum nummo uno et hominem Midam nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baiano libripente antestato. Pactum conventum factum est uti quam pecuniam L. Titius L. Baiano dedit is fundus ea que mancipia fiducia essent, donec ea omnis pecunia soluta esset. Si pecunia sua die soluta non esset, turn eum fundum eaque mancipia L. Titius venderet (Cirard, Textes, 827; Bruns, Fontes, I, 334).

(Дама, раб Л. Тиция, получил от А. Баяна по манципации фидуциарно (доверительно) за одну монету имение Баяна и за одну монету раба Мидаса в присутствии весовщика и свидетелей. При этом было договорено, чтобы это имение и раб служили залогом на обеспечение денег, которые Тиций дал займы Баяну, впредь до полной оплаты этих денег. В случае неплатежа денег в срок, Тиций вправе продать это имение и раба.)

В этом тексте доверие - *fides* идет настолько далеко, что даже не упоминается об

обязанности залогового кредитора возвратить заложенное имущество после получения долга. Чем же был гарантирован должник в том, что по оплате долга он действительно получит залог обратно? Совершенно понятно, что недостаточно одной пресловутой римской честности, *fides Romana*, которую так расхваливает Полибий (VI, 56), противопоставляя ее деловой ненадежности греков. Должнику, обманутому в своем доверии, претор давал *actio fiduciae* на случай -

si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Videtur autem dolo facere dominus, qui cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere (D. 15. 1. 36).

(если должник был опутан и обманут по злему умыслу кредитора; обманно поступает тот кредитор, который, имея возможность вернуть залог, не возвращает его.)

Эта формулировка восходит ко временам Цицерона, когда, как мы знаем, складывалась гражданско-правовая защита от обмана:

Ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim (Cicero, *De officiis*, III. 17. 70).

(Чтобы из-за тебя и твоей "честности" я не оказался опутанным и обманутым.)

Залоговый кредитор, против которого было вынесено решение по иску о фидуции, подвергался бесчестию (инфамии), поскольку он нарушил включенное претором в исковую формулу требование "действовать как водится между порядочными людьми и без обмана" (ср. Cicero, *De officiis*, III. 15. 61).

Залог в форме фидуции продолжал существовать и в классическую эпоху наряду с другими формами: *pignus*, *hypotheca*.

408. Пигнус. При этом виде залога должник передавал кредитору в обеспечение долга вещь, но не в собственность, как при фидуции, а во владение.

Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem (D. 13. 7. 35. 1).

(При залоге типа "пигнус" собственность остается у должника и только владение переносится на кредитора.)

Эта форма залога больше соответствует интересам развивающегося в Риме оборота и в меньшей степени закабаляет должника, чем фидуция. Однако когда речь идет о залоге земельного участка, то и при *pignus* должник, мелкий земледелец, лишается возможности сидеть на земле и обрабатывать ее. В силу этого, как при фидуции, так и при *pignus*, не только сельский хозяин оказывается выброшенным за борт, но и наносится ущерб народному хозяйству в целом. Вместе с тем должник лишается экономической возможности покрыть свой долг, а это и не соответствует интересам кредитора. Жизнь и вслед за ней и юристы выработали корректив; выше цитированный отрывок заканчивается так:

Potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

(Однако должник может пользоваться своей вещью в качестве арендатора или временно, по милости кредитора (прекарно).)

И все же это средство не разрешало противоречия интересов обеих сторон: *delicatus debitor* - "деликатного" должника, теснимого нуждой, с одной стороны, и *oneratus creditor* ("тяжеловесного" кредитора) - с другой стороны (D. 13. 7. 25).

409. Ипотека. Дальнейший шаг в развитии поземельного залогового кредита составил институт, сложившийся в Риме, как полагают, под влиянием восточного права (Греция и Египет) и носивший греческое наименование ипотеки.

Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem (D. 13. 7. 9. 2).

(О "пигнус" в собственном смысле мы говорим, когда вещь переходит к кредитору, об ипотеке, когда даже владение не переходит к кредитору.)

Восточное право нашло в Риме подготовленную почву, поскольку в римских арендных договорах издавна установились отношения, близко напоминающие

ипотеку.

Катон Старший (около 200 до н.э.) в своем руководстве по сельскому хозяйству советует при сдаче в аренду масличных садов включать в договор такой пункт:

Donicum (donec) solutum erit, quae in fundo inlata erunt, pignori sunt (Cato, *Deagricult.*, 146. 5).

(Пока наемная плата не будет уплачена, инвентарь, введенный (арендатором) на участок, пусть служит залогом.)

Таким образом обязательство арендатора внести плату обеспечивается залогом. Этот залог остается во владении должника.

Но обеспечение снабжено энергичной санкцией:

Ne quid eorum de fundo deportate. Si quid deportaverit, domini esto (Cato, *ibidem*).

(Инвентарь не должен вывозиться с участка; в случае вывоза инвентарь становится собственностью хозяина участка.)

Еще в I в. н.э. при Лабоне -

cum colono convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces soluta esset (D. 20. 6. 14).

(договаривались с арендатором, чтобы завезенный инвентарь считался залогом впредь до уплаты наемной платы.)

Такой пункт договора был настолько обычным при сдаче в аренду (*locavi fundum et ut adsolet conveni* - я сдал в аренду участок и, как водится, договорился), что он стал подразумеваться сам собой или, как выражаются юристы, он превратился в *naturalia negotii*.

410. *Interdictum Salvianum*. В случае неуплаты по договору аренды в срок претор путем интердикта давал собственнику земельного участка право взять инвентарь в свое владение (Гай. 4. 147).

Этот интердикт носил название *interdictum Salvianum* по имени неизвестного нам претора Сальвия эпохи конца республики. Надо учесть, что под "ввезенным и внесенным" инвентарем понимались в соответствии с характером эпохи также и рабы. Юлиан говорит об арендаторе, который -

ancillam in fundo pignoris nomine induxit (D. 43. 33. 1. pr.).

(ввел на арендуемый участок в виде залога рабыню.)

Цитированный титул Дигест говорит о вещах, которые арендатор внес (*intulerit*, fr. 1. 1), ввел (*induxerit*, fr. 1. 2) и завез (*invecta*, fr. 2); таким образом, находящийся в залоге инвентарь носил название, состоящее из трех конкретных признаков: *illata*, *invecta*, *inducta* или *inducta*, *invecta*, *importata* (D. 20. 1. 32) вместо единого нарождающегося понятия "инвентарь".

411. *Actio Serviana*. Если инвентарь оказывался в руках третьего лица, то претор давал собственнику участка (залоговому кредитору) иск об истребовании инвентаря - *actio Serviana*. Оставалось сделать последний шаг, а именно дать залоговому кредитору право истребовать любой залог - не только инвентарь и не только в обеспечение аренды, - если этот залог выбыл из владения залогового кредитора или должника. Это и было сделано претором, который предоставил залоговому кредитору иск для истребования заложенной вещи из чужого незаконного владения. Этот иск был построен по аналогии с *actio Serviana* и назывался *actio quasi Serviana* или же *actio pigneraticia in rem* или *actio hypothecaria*; источники называют этот иск также виндикацией залога (D. 20. 1. 16. 3).

412. Тенденция к отождествлению ипотеки и пигнус. В кодификационной работе, выполненной при Юстиниане, слово *fiducia* вытеснено словом *pignus*; в свою очередь, это последнее нередко отождествляется с *hypotheca*, так что дело доходит до утверждения:

Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt (D. 20. 1. 5. 1).

(Между пигнус и ипотекой разница сводится только к тому, что их названия звучат по-разному.)

Таким образом, слово *pignus* перестало обозначать только залог с переносом права владения на залогового кредитора. Источники часто говорят о *pignus* в двух смыслах; с одной стороны, *pignus datum*, заклад, переданный кредитору во владение, и, с другой стороны, *pignus obligatum*, *pignus puda conventionione contractum*, *etsi non traditum* - залог без передачи заложенной вещи кредитору (D. 13. 7. 1. pr.).

В дальнейшем излагаются правила как о *pignus*, так и об ипотеке.

Источники совершенно ясно говорят о вещном характере залога:

(1) *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* (D. 20. 1. 17).

(1) Истребование залога дает кредитору вещный иск.

(2) *Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est* (C. 8. 13. 18).

(2) Истребование заклада или залога носит вещно-правовой характер.

При последовательном залоге одной и той же вещи несколькими лицам действовало правило ипотечного старшинства:

Prior tempore potior iure (C. 8. 17. 3).

(Кто раньше по времени, тот сильнее в праве.)

Римское ипотечное право не устанавливало регистрации ипотек в каком-либо государственном органе, вследствие чего ипотечный кредитор не знал, является ли он первым залоговым кредитором или имеется другой, а может быть, и еще один, старший по времени и более сильный по праву.

Ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio (D. 20. 1. 15. 2).

(Чтобы избежать опасности, которую приходится терпеть, когда одно и то же имущество закладывается несколько раз, обыкновенно оговаривают, что вещь никому другому не заложена, кроме как, скажем, Люцию Тицию.)

Если должник закладывал вещь одновременно двум кредиторам, то, будучи солидарными кредиторами, они могли каждый осуществлять *actio quasi Serviana* об истребовании залога из чужого незаконного владения, но, в случае спора обоих кредиторов между собой, действовало излюбленное юристами правило о том, что *possidenti meliorem esse condicionem* - положение владеющего лучше (D. 20. 1. 10).

413. Антихреза. Ближе к византийской эпохе, в связи с экономическим упадком поземельный кредит стал более затруднительным. Мы уже видели при рассмотрении *datio in solutum*, что должники нередко не были в состоянии возратить занятые деньги, и законодатель принуждал кредиторов брать в уплату землю. Не меньше трудностей переживал должник с уплатой процентов. За неимением наличных денег должник отдавал землю во владение и в пользование кредитору с тем, что плоды поступали в покрытие процентов; это носило название "антихрезис", что по-гречески означает "пользование... вместо...", т.е. пользование плодами вместо процентов.

Si antichresis facta sit (fundus aut aedium)... in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque. (D. 20. 1. 11. 1).

(В случае залога земли или дома по антихрезе, кредитор вместо процентов собирает плоды либо путем сдачи в аренду, либо путем непосредственного сбора плодов, или проживая в доме.)

414. Продажа заложенной вещи. Основное право, принадлежащее кредитору в случае неполучения от должника удовлетворения в срок, состоит в реализации (продаже) заложенной вещи - *ius distrahendi*. Сначала это право обуславливалось соглашением сторон, а затем такое условие стало настолько частым, что стало

подразумеваться само собой.

Etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat (D. 13. 7. 4; ср. Гай. 2. 64).

(Хотя и не было договоренности о продаже заложенной вещи, однако мы применяем такое право, что разрешается продажа заложенной вещи, если противное не было оговорено сторонами.)

Но если даже по договору кредитор был лишен права продажи залога, то все-таки после трехкратного предупреждения такая продажа допускалась. Если при реализации залога получается излишек (*superfluum, hyperocha*), то кредитор обязан возвратить этот излишек должнику (D. 13. 7. 42); если же, наоборот, денег, вырученных от продажи залога, не хватает для покрытия долга, то недостающее (*residuum*) взыскивается с прочего имущества должника.

Pomponius ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo (D. 20. 5. 9. 1).

(Помпониус писал так: при установлении залога принято добавлять, что если залог будет реализован за сумму меньшую, чем долг, то это добавление совершенно лишнее, потому что такое последствие наступает само собой, хотя бы условие об этом и не было добавлено.)

До осуществления продажи залога кредитор обязан троекратно предупреждать должника о необходимости выкупа залога во избежание его продажи - *creditor ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur* (Pauli Sent., 2. 5. 1).

Интересы должника ограждались еще и в том отношении, что кредитор не вправе купить реализуемый им залог ни сам непосредственно (*sibi*), ни через подставное лицо (*sub imagine alterius personae, quarr supposuerat*) (C. 8. 27. 10. pr.).

Если должник уплачивал долг, то для защиты его интересов ему предоставлялась *actio pigneraticia in personam*, по которой он мог требовать от кредитора возвращения заложенной вещи. В свою очередь кредитор мог путем *actio pigneraticia contraria* требовать возмещения необходимых затрат, произведенных на заложенную вещь; кредитор имел право удержать заложенную вещь впредь до возмещения произведенных им затрат.

Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habeo (D. 13. 7. 8. pr.).

(Если я произвел необходимые расходы на раба или на земельный участок, полученные мною в залог, то я не только буду иметь право удержания, но и *actio pigneraticia contraria* (встречное требование по залогу).)

415. Оставление заложенной вещи за кредитором. Иногда кредитор выговаривал себе право в случае неуплаты в срок оставить заложенную вещь за собой. Такое условие, в силу которого залогодатель лишался своей вещи, называлось *lex commissoria*. Тем же термином при купле-продаже обозначалось условие, в силу которого, в случае неуплаты покупной цены в срок, договор купли-продажи терял силу (см. п. 498).

В залоговом праве условие о том, что залог поступает в пользу кредитора (т.е. *lex commissoria*) оказалось чрезвычайно тяжелым для должников. В 326 г. н.э. был издан указ о запрещении такого рода условия (C. 8. 34. 3). Еще до издания этого указа был введен порядок, по которому вместо автоматического перехода заложенной вещи в собственность кредитора при неуплате долга в срок было введено исхodataйствование через канцелярию императора такого рода перехода. *Impetratio dominii*, т.е. ходатайство кредитора о передаче ему заложенной вещи в собственность практиковалось с начала III века н.э., а может быть, и раньше (D. 13. 7. 24. pr.; C. 8. 33. 2). При Юстиниане должнику дано было право в течение

двухгодичного срока выкупить имение, перешедшее таким образом в собственность кредитора (С. 8. 33. 3-b); это мотивируется соображениями милосердия - *pietatis intuitu*. Но мы уже знаем, что профессиональные заимодавцы - *faeneratores* - были завалены предложениями земли в покрытие денежных займов, и поэтому указ Юстиниана отнюдь не шел вразрез с их интересами: в эпоху глубокого кризиса поземельного владения *pietas* удачно сочеталась для ростовщического капитала с *lucrum* (выгода).

Сопоставляя, с одной стороны, залоговую *lex commissoria* и отчасти *impetratio domini*, которые вели к переходу заложенной вещи в собственность кредитора, и, с другой стороны, *conventio de pignore distrahendo*, мы должны признать, что продажа залога вместо обращения его в свою пользу есть значительный шаг вперед. Условие о реализации залога, которое превратилось в молчаливое, подразумеваемое, излагалось вначале *expressis verbis* и было, как и прочие формуляры договоров, созданием римских юристов, которые при этом руководились интересами оборота и проявляли в этом деле то умение оперировать понятием *aequum et bonum*, о котором мы говорили выше.

416. Залог права требования. Римское право знало не только залог т.н. телесных вещей, но также и залог прав требования - *pignus potius*. Так, например, были распространены соглашения, по которым лицу, оказавшему кредит домовладельцу для ремонта дома, давалось залоговое право на квартирную плату, подлежащую взносу от жильцов (D. 20. 1. 20).

Ввиду того что римские доходные дома (*insulae*), заселенные беднотой, часто представляли собой полуразрушенные трущобы, правительство стремилось привлечь кредит к делу ремонта подобных зданий, путем предоставления привилегий такого рода целевому кредиту.

Divus Marcus ita edixit: creditor qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit (D. 42. 5. 27. 1).

(Указ Марка Аврелия гласит: лицо, предоставившее кредит для восстановления зданий, будет иметь привилегию по взысканию кредитованных им денег.)

417. Залог лавки. Торговцы получали кредит под залог своих складов и магазинов. Мы читаем у Цервдия Сцеволы (конца II в. н.э.):

Tabernam debitor pignori dedit... merces per tempora distraxit et alias in tabernam intulit (D. 20. 1. 34. pr.).

(Должник дал в залог лавку с товаром; в течение времени он одни товары продал, а другие вновь завез.)

Юрист считает, что в залоге состоит товар, который на каждый данный момент находится в лавке. Этот вид залога в настоящее время называется залогом товара в обороте.

Знало римское право также перезалог - *pignus pignoris*, когда кредитор, получив залог, в свою очередь перезакладал его (D. 13. 7. 40. 2).

Разработан был институт обращения взыскания на вещи должника (*pignoris capio*) и на его требования к третьим лицам (D. 42. 1. 15. 11).

418. Недостатки римской ипотеки. И за всем тем римское ипотечное право, как уже было указано выше, было далеко не совершенным. Допускался залог всего имущества как наличного, так и будущего - *obligavit quae habet habiturusque esset* (D. 49. 14. 28). Была широко распространена генеральная ипотека, обременяющая в силу закона все имущество должника в обеспечение различных привилегированных требований. К требованиям, обеспеченным генеральной ипотекой, относятся: требования фиска об уплате налогов (С. 4. 46. 1), требования жены после прекращения брака о возврате приданого (С. 5. 12. 30), генеральная законная ипотека, лежавшая на всем имуществе опекуна или попечителя в обеспечение требований к ним со стороны подопечных.

Постепенно вырос целый ряд привилегированных требований, пользующихся

преимуществом в порядке взысканий, как упомянутые выше, обеспеченные законной генеральной ипотекой, так и другие требования, как, например, требования по кредиту на ремонт домов, постройку или покупку судна, или его оснащение, или отделку: *quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae causa crediderit* (D. 42. 5. 34), похоронные расходы (*privilegium funerarium*).

Все это при отсутствии регистрации ипотечных операций по каждой недвижимости сделало римскую залоговую систему чрезвычайно запутанной. Вместо документальной записи о наличии ипотеки приходилось ограничиваться личным заверением должника о том, что, например, лавка (*taberna*) и служащие в ней рабы никому другому не заложены, в чем кредитор верит должнику как порядочному человеку (D. 20. 1. 34. 1).

Однако для гражданского права рабовладельческого общества честное слово является недостаточно надежной опорой. На помощь приходит устрашение уголовным наказанием:

Si quis rem alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine (stellionatus) plectetur (D. 13. 7. 36. 1).

(Кто заложит другому вещь, состоящую у меня в залоге, не предупредив меня об этом, тот подвергается наказанию за мошенничество.)

Риск, лежавший на кредиторе, должен был вести к удорожанию кредита. Должник, несмотря на то, что он требовал доверия к себе, как *vir honestus*- честный человек (D. 20. 1. 34. 1), попав в нужду, не гнушался никакими средствами: закладывая вещь, он показывал золотую, а подменивал ее медной (D. 13. 7. 36; 13. 7. 1. 1), а уплачивая долг, он пытался *reprobos pumpos solvere creditori* - платить фальшивой монетой (D. 13. 7. 24. 1).

При таком положении неудивительно, что римский кредитор предпочитал залоговому, так называемому реальному кредиту обеспечение личное, в виде различных форм поручительства.

Глава 30

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНИКА ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ. ВИНА И ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ

§ 125. Вина

419. Понятие вины. Должник несет ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Как правило, эта ответственность наступает при наличии вины должника.

Под виной (*culpa*) понималось несоблюдение того поведения, которое требуется правом.

Si omnia quae oportuit, observavit, caret culpa (D. 9. 2. 30. 3).

(Нет вины, если соблюдено все, что требовалось.)

Вина (*culpa*) в широком смысле слова распадалась на два вида: а) умысел (*dolus*), когда должник предвидит последствия своего действия или бездействия и желает этих последствий, и б) небрежность (*culpa* - вина в тесном смысле этого слова), когда он не предвидел, но должен был предвидеть эти последствия.

Culpam esse quod cum a diligente provideri potent, non esset provisum (D. 9. 2. 31).

(Вина имеется налицо, если не было предвидено то, что заботливый мог предвидеть.)

Ответственность за умышленное неисполнение обязательства наступает всегда; это положение носит императивный, принудительный характер, и оно не может быть устранено предварительным соглашением сторон.

Celsus putat non vaiere, si convenerit ne dolus praestetur (D. 50. 17. 23).

(По мнению Цельза, недействительно (предварительное) соглашение об устранении ответственности за умысел.)

А потому, если продавец заведомо продал заложенного чужого (раба), то хотя бы было оговорено, что продавец не принимает на себя ответственности по этому поводу (*neve eo nomine quid praestaret*), тем не менее следует оценить убытки, причиненные его умыслом (D. 19. 1. 6. 9. Помпоний).

Последующие поколения юристов основывали это положение на том, что -

haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est (D. 16. 3. 1. 7).

(такое соглашение противоречит доброй совести и добрым нравам и потому не имеет силы.)

420. Степени вины. Источники различают несколько степеней *culpa* в тесном смысле слова.

Эта была, во-первых, *culpa lata*, грубая вина, грубая небрежность, когда не проявляется та мера заботливости, которую можно требовать от всякого.

Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt (D. 50. 16. 213. 2).

(Грубая вина - это чрезвычайная небрежность, т.е. непонимание того, что все понимают.)

Пример: Приглашен землемер для определения границ владения. По представлению римлян, такое лицо не нанимается на работу, а делает ее в виде услуги (*beneficii loco*) и получает не плату за работу, а гонорар (*honorarium*). Такой землемер не несет обязанностей гражданского-правового характера (*civiliter obligatus non est*). Поэтому он отвечает лишь за умысел, но также и за грубую вину, поскольку *culpa lata dolo comparabitur* - грубая вина приравнивается к умыслу (D. 11. 6. 1. 1).

Такая расценка последствий грубой вины утвердилась в результате спора между юристами I в.

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi (Celso) *verissimum videtur* (D. 16. 3. 32).

(Нерва говорил, что грубая вина равняется умыслу; хотя Прокул (его ученик) против этого спорил мне (Цельзу) мнение Нервы представляется совершенно правильным.)

Другую степень вины представляла собой *culpa velis*, легкая вина, именуемая просто *culpa*. Она имеет место тогда, когда не проявлена мера заботливости, присущая доброму хозяину, заботливому главе семьи - *bonus paterfamilias, diligens paterfamilias*. Римские юристы выработали тип заботливого и рачительного хозяина - *homo diligens et studiosus paterfamilias* (D. 22. 3. 25), который служит мерилom для определения степени заботливости должника при исполнении им обязательства и в связи с этим степени его ответственности за вину.

Поскольку легкая вина предполагает несоблюдение этого установленного юристами мерила, этот вид вины получил впоследствии название *culpa (levis) in abstracto*, т.е. вина по абстрактному (отвлеченному) мерилу.

Пример: Лицо, получившее вещь в безвозмездное пользование (коммодатарий), отвечает за ту меру заботливости, которую проявляет самый заботливый хозяин, - *talis diligentia praestanda est, qualem diligentissimus paterfamilias adhibet*.

В отличие от вины по абстрактному мерилу говорят о третьем виде вины, а именно *culpa (levis) in concreto*, т.е. о вине, определяемой по конкретному мерилу. Это имеет место, когда должником не соблюдена та мера заботливости, которую он проявляет в своих собственных делах.

В качестве примера можно привести взаимоотношения членов товарищества или общих собственников между собой.

Socius socio culpaе nomine tenetur... sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhiberesolet (D. 17. 2. 7. 2).

(Товарищ отвечает перед другим товарищем за вину... при этом достаточно проявлять в общих делах ту заботливость, которую член товарищества проявляет обычно в своих собственных делах.)

В литературе господствует мнение, по которому учение о мере заботливости, применяемой к собственным вещам, *diligentia quam suis rebus*, является нововведением (притом неудачным) кодификационной комиссии Юстиниана, которая свои взгляды приписала путем интерполяции юристам классической эпохи.

Итак, culpa (вина) чаще всего означает culpa levis, т.е. легкую вину, а именно отсутствие той степени заботливости, которая присуща доброму хозяину; реже имеет место culpa lata, т.е. грубая вина, которая приравнивается к умыслу. Dolus (умысел) и culpa (вина) объединяются в обобщающем понятии culpa в широком смысле этого слова.

Источники упоминают один раз (D. 9. 2. 44) о легчайшей вине (culpa levissima); считают, что по существу это есть то же понятие легкой вины, только более подчеркнуто выраженное. Равным образом по своему значению совпадают с понятием легкой вины такие выражения, как negligencia - небрежность, imperitia - неопытность.

Celsus etiam imperitiam culpaе adnumerandam scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit culpam esse: quippe, ut artifex, inquit, conduxit (D. 19. 2. 9. 5).

(Цельз написал, что неопытность также причисляется к вине; если кто-нибудь взялся пасти телят или починить либо выгладить платье, то он отвечает за вину, а если он дал промах по неопытности, то это есть его вина, поскольку он взялся за работу, по выражению Цельза, как мастер своего дела.)

Мы приводим этот отрывок не только потому, что он освещает вопрос о неопытности как разновидности понятия вины, но и потому, что он характерен для работы юридической мысли Рима. Берутся частные случаи из жизни (выпас скота, починка платья), дается по ним решение (промах по неопытности есть вина), приводится самая сжатая мотивировка (взялся как мастер своего дела) и дается regula iuris, т.е. обобщающий принцип (неопытность относится к вине), причем этот принцип, завершающий цепь суждений юриста-классика Цельза, ставится византийскими кодификаторами в самом начале изложения.

В учении о вине так же, как и в других областях римского права, общий принцип завершал собой здание, которое складывалось на основе решений юристов по отдельным делам:

Ex iure quod est regula fiat (D. 50. 17. 1).

(Из права, действующего в жизни, возникает юридический принцип.)

421. Custodia. Итак, вина есть отсутствие заботливости. Должник, как правило, diligentiam praestare debet - обязан соблюдать заботливость. Но источники оперируют еще одним понятием: custodia - охрана вещи. Гай говорит, что портной, принимающий платье в починку или утюжку, custodiam praestat, отвечает за сохранность вещи; такую же ответственность несет коммодатарий, т.е. лицо, получившее вещь в безвозмездное пользование (Гай. 3. 205 - 206).

В чем же состоит ответственность по custodia и чем она отличается от ответственности по diligentia? Есть основание считать, что custodia возлагала ответственность на должника за кражу доверенных ему вещей, совершенную третьим лицом, независимо от вины должника, а также за вред, причиненный вещам третьими лицами. Особенно это имело место в тех случаях, когда должник по договору принял на себя обязанность охраны вещи - custodia.

Мы читаем в Институциях Юстиниана (3. 23. 3-а): проданный раб бежал или был

похищен (до передачи его продавцом покупателю) без умысла или вины продавца; если продавец принял на себя охрану (*custodia*) раба вплоть до момента передачи, то он несет риск этого случая - *ad ipsius periculum is casus pertinet*; в противном случае продавец ответственности не несет.

В некоторых случаях обязанность *custodia* возлагается на должника независимо от особой о том договоренности между сторонами. Это относится к упомянутым случаям принятия вещи для починки или для безвозмездного пользования (*коммодат*).

Custodia, к которой обязан коммодатарий, превратилась у византийских кодификаторов в *exactissima diligentia custodiendae rei* - особо тщательный вид заботливости по охране вещи (D. 44. 7. 1. 4).

Понятие *custodia* выводит нас за пределы вины и ставит вопрос о возможности ответственности должника, независимо от его вины, т.е. об ответственности за *casus* - случай.

422. Случай и непреодолимая сила. "Случай" есть техническое выражение для гибели или повреждения вещи, происшедших без вины должника. Если, например, наследник обязан выдать вещь в соответствии с распоряжением завещателя и вещь утрачена, то источники различают:

Culpa heredis res periit, sine culpa periit (D. 30. 47. 4).

(Вещь погибла по вине наследника; вещь погибла без его вины.)

Во втором случае мы имеем дело с *casus*. Говоря о гибели животных, юрист останавливается на *casus mortisque, quae sine culpa accidunt*, т.е. случаях и смерти, происходящих без вины (D. 50. 17. 23. i.f.).

По общему правилу, содержащемуся в только что приведенном отрывке, *casus a nullo praestantur* - за случай никто не отвечает.

Римские юристы различали простой случай от *casus maior - vis maior*, т.е. от непреодолимой силы, которую они определяли, как случай непредотвратимый, которому невозможно противостоять - *casus cui resisti non potest*. В виде примеров они приводят: землетрясение, оползень земли, обвал, кораблекрушение, нападение разбойников, пиратов и неприятеля.

Гибель вещи вследствие непреодолимой силы освобождает должника от ответственности за исключением тех случаев, когда действию непреодолимой силы предшествовала вина должника. Это положение было уже разработано у юристов старореспубликанской школы, например у Сервия, и было сформулировано в классическую эпоху следующим образом:

Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur (D. 44. 7. 1. 4).

(Но и при непреодолимой силе должник несет ответственность, если к делу примешивается его вина.)

Современник Цицерона Сервий приводит следующий пример: С моей крыши ветром снесло черепицы, и они нанесли ущерб соседу. *Violentia ventorum vim habet divinam* - сила ветра есть сила божественная (D. 39. 2. 24. 4).

За действие "божественной" силы никто не отвечает, но если кровельная работа была плохо сделана, т.е. если есть привходящая вина домовладельца, то наступает ответственность и за стихийную силу.

Eum teneri, si aedificii vitio id acciderit - домовладелец отвечает, если это произошло вследствие недостатков здания (D. *ibid*).

Другой пример, над которым работал тот же Сервий, чрезвычайно любопытен. Народный трибун Кай Гракх выступил с радикальным проектом аграрной реформы. Его противники, аристократы убили смелого реформатора. Когда шум борьбы отгремел, вдова Гракха, по имени Лициния, обратилась к наследникам Гракха с требованием о возврате вещей, полученных ими в приданое. Наследники отклонили требование на том основании, что взыскиваемое имущество погибло во время

народного волнения, окончившегося убийством Гракха. По этому делу дал заключение Публий Муций Сцевола, избранный консулом на 133 г. до н.э., один из основателей гражданского права (*qui fundaverunt ius civile*) (D. 1. 2. 2. 39), аристократ и верховный жрец. В этом древнейшем из дошедших до нас заключений римских юристов говорится следующее:

Ea sententia Publii Mucii est: Quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere (D. 24. 3. 66).

(Вот заключение Публия Муция: Поскольку имущество, полученное в приданое, погибло в том восстании, в котором был убит Гракх, оно подлежит возврату Лицинии, так как самое восстание произошло по вине Гракха.)

Этот пример поучителен потому, что показывает, как римская верхушка использовала цивилистические методы, сводя действия политических противников к "вине".

Если случай с приданым Гракха осветить в терминологии Сервия и последующих юристов, то это значит, наследники Гракха ссылаются на невозможность исполнения, наступившую в результате воздействия непреодолимой силы или божественной силы, как тогда говорили в стиле, близком к стилю первых юристов - верховных жрецов. Адвокат же со стороны вдовы Гракха парировал это возражение ссылкой на приводящую вину самого Гракха. Из того, что Муций Сцевола высказался против наследников Гракха, Сервий сделал обобщающий вывод, что муж, получивший приданое, отвечает не только за *dolus*, но и за *culpa*.

423. Пределы ответственности по отдельным договорам. Таким образом, римские юристы подошли вплотную к вопросу о том, что необходимо привести в систему объем ответственности должника по каждому из договоров и установить, в каких случаях он отвечает лишь за умысел, в каких также за вину (*culpa*) и в каких даже за случайную гибель вещи, т.е. без вины.

В основу деления был положен вопрос о том, чьи преимущественно интересы имеет в виду заключенный договор.

(1) Если договор имеет в виду интересы только кредитора, то должник отвечает за умысел (*dolus*). Выше приводился случай с землемером, который не является civilно обязанным и не имеет права требовать плату за работу; он отвечает лишь за убыток, причиненный по умыслу.

Как правило, римские юристы, исходя из того, что безвозмездная поклажа принимается в интересах поклажедателя (депонента), считали поклажепринимателя (депозитария) ответственным лишь за умысел. К умыслу приравнивалась грубая вина.

(2) Если же договор имеет в виду интересы обеих сторон, то должник отвечает как за *dolus*, так и за *culpa*, понимая под этой последней *culpa levis*. Например, если вещь сдана на хранение за плату, то хранитель отвечает не только за *dolus*, но и за *culpa*. То же самое имеет место в отношении нанимателя вещи (за плату), а также в отношении обязанности возврата приданого, где в пользовании приданым заинтересован муж, а в возврате приданого заинтересована жена. Ответственность за *culpa* применялась, как правило, к большинству договоров, в том числе и к договору ссуды, т.е. предоставлению во временное безвозмездное пользование. Модестин обосновывал это тем, что и в договоре ссуды обе стороны заинтересованы: ссудополучатель - в пользовании вещью, а дающий вещь в пользование заинтересован в ее обратном получении (*Collatio*. 10. 2. 1). Позднейшие юристы считали, что ссуда совершается в интересах только должника, но объем ответственности оставили тот же (*culpa*, точнее, *culpa levis*).

Я тебе дал раба-маляра во временное безвозмездное пользование, он на работе упал с лесов и разбился; убыток несу я, хозяин его, если нет твоей вины - так решал вопрос юрист конца республики Намуза, ученик Сервия. Но если веревка и скрепы оказались ветхие или леса плохо собраны, то вина твоя и ответственность твоя (D.

13. 6. 5. 7).

(3) По некоторым договорам источники ограничивают ответственность должника случаями несоблюдения той степени заботливости, которую он применяет к своим делам (*diligentia quam rebus suis*). Это относится к ответственности члена товарищества перед другими сотоварищами (п. 524).

(4) Когда на должнике лежит обязанность особой охраны, *custodia*, он отвечает и за случайную гибель вещи.

(5) Особо стоит вопрос об ответственности судовладельцев и содержателей постоянных дворов и сараев (для помещения в них животных) за целостность принятых ими вещей (*receptum navutarum cauponum et stabulariorum*). В силу эдикта претора эта категория лиц несла ответственность не только за вину, но и за случай (п. 547).

§ 126. Учение о возмещении убытков

424. Убытки договорные и деликтные. Ответственность должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства выражалась в Риме преимущественно в обязанности возместить убытки (*damnum praestare*).

С обязанностью должника возместить убытки мы имеем дело как при нарушении им договорных обязательств, так и при совершении им неправомерных действий, не связанных с договором, т.е. при совершении деликта (*damnum iniuria datum* - вред, причиненный неправомерно, по деликту).

Таким образом, мы можем говорить о возмещении убытков в обязательственном праве вообще, т.е. как в договорном, так и в деликтном праве.

425. Объем возмещения убытков. Из Институций Гая (4. 47) мы знаем, что формула присуждения (кондемпнции) могла гласить либо: а) *quanti ea res erit, tantam pecuniarii condemnato* - сколько эта вещь будет стоить, столько денег присуди, либо б) *quiquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona, eius condemnato* - что по этому делу надлежит исполнить по доброй совести, столько присуди.

(1) В первом случае возмещение убытков сводится к возмещению действительной стоимости вещи - *vera rei aestimatio, iustum pretium rei*. Например, завещатель обязал наследника дать легатарии вещь, составляющую собственность третьего лица. Если это последнее не желает продать эту вещь или требует за нее неумеренную цену, то обязанность наследника ограничивается уплатой "действительной" цены вещи (D. 32. 14. 2). Нередко речь идет об умеренной оценке - *moderata aestimatio* (D. 39. 2. 40).

(2) В развитом римском праве мы чаще всего имеем дело со вторым способом возмещения убытков в виде широко формулируемого *quiquid dare facere oportet*. В этих случаях говорят о присуждении "интереса". *Id quod interest interdum pretium egreditur si pluris interest, quam res valet*, т.е. интерес часто превышает цену вещи или интерес бывает больший, чем стоит вещь (D. 19. 1. 1). Слово *interesse* означает "быть между", "составлять разницу". Присуждается разница (*interesse*) между тем предположительным состоянием имущества кредитора, какое было бы, если бы договорное обязательство было исполнено должником, или если бы деликт не был совершен, и тем действительным имущественным положением, которое создалось вследствие неисполнения договора или совершения деликта. В данном случае дело не ограничивается возмещением стоимости вещи:

Non corpus solum aestimatur, sed potius quanti interfuit (D. 9. 2. 21. 2).

(Оценивается не столько вражденная вещь, сколько интерес.)

Гай приводит следующий пример, который воспроизводился и младшим поколением юристов:

Если из труппы актеров или из оркестра музыкантов один был убит, то не только производится оценка убитого, но сверх того учитывается и то, насколько обесценились прочие, оставшиеся. То же имеет место, если будет убит один из пары мулов или одна из четверки лошадей (Гай. 3. 212; D. 9. 2. 22. 1. Павел). Понятие

"интереса" раскрывается в источниках как совокупность положительного ущерба и упущенной выгоды:

Quantum mea interfuit id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui (D. 46. 8. 13).

(Мой интерес, т.е. то, чего мне положительно недостает, и то, что я мог выгадать.)

Или, как в другом месте выражается Ульпиан:

Non solius damni, puto et lucri habendam rationem (D 13. 4. 2. 8).

(Не только ущерб, но и выгода принимается во внимание.)

Эти два элемента впоследствии стали сокращенно называться *damnum emergens et lucrum cessans*, т.е. возникший ущерб и упущенная выгода.

426. Убытки прямые и косвенные. Однако римские юристы не идут слишком далеко в определении размера убытков. Прежде всего, не принимается во внимание особая ценность, которую предмет представляет для данного лица ввиду особой привязанности или расположения. Так, например, если убит раб, который тебе особенно дорог потому, что он твой внебрачный сын, то это обстоятельство не учитывается.

Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi (D. 9. 2. 33).

(Цены вещей определяются не привязанностью и особым интересом отдельных лиц, а их значением для всех.)

Павел повторяет это положение вслед за юристом I в. Секстом Педием. Это есть приближение к действительной и справедливой оценке, о которой говорилось выше.

Далее, присуждению подлежат только убытки, находящиеся в непосредственной близости с самой вещью - *circa rem ipsam*.

Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit (D. 19. 1. 21. 3).

(Если проданная вещь не была передана по обстоятельствам, зависящим от продавца, то во внимание принимается интерес покупателя, но лишь поскольку он близко связан с самой вещью.)

Пример приводится такой. Некто продал пшеницу, но не сдал ее покупателю, и рабы покупателя заболели и погибли от голода. Взысканию подлежит стоимость пшеницы, а не стоимость погибших от голода рабов. Юрист считает, что убыток от гибели рабов не связан непосредственно с несдачей пшеницы (*non circa ipsam rem*), а является более отдаленным.

Более отдаленные убытки присуждались при наличии умысла или когда контрагент (продавец или наниматель) знал о наличии порока и скрыл его. Правило о различии в этом отношении случаев, когда продана заведомо вещь с пороками и когда продавец не знает о пороке вещи, восходит ко временам Марка Порция Катона (около 200 г. до н.э.), на которого ссылается Цицерон.

Cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiavisset, emptori damnum praestari oportere (Cicero, *De offic.* 3. 86).

(Если, продавая вещь, продавец знал о пороке и не предупредил, то он должен возместить покупателю убыток.)

Близко к вопросу об убытках непосредственных и более отдаленных подходит вопрос о причине, непосредственно вызвавшей ущерб, и, с другой стороны, о причинной связи, прерванной вмешательством привходящих обстоятельств; этот вопрос имеет значение при обсуждении ответственности по деликту.

Damni iniuriae actio ob ea ipsa sit, quae non extrinsecus alia causa oblata, damno quis apectus est (D. 19. 2. 57).

(Требование об убытках от правонарушения должно быть связано с тем самым

обстоятельством, от которого понесен ущерб, без привнесения другой причины извне.)

Это обобщение иллюстрируется у Лабеола следующим примером. Домовладелец сдал примыкающий к его дому участок соседу в аренду. Сосед возводил у себя здание и выкопанный для фундамента грунт сбрасывал на арендуемый участок. Образовалась куча земли, которая вследствие непрерывных дождей настолько намокла, что влага проникла в дом арендодателя и дом обвалился. Лабео, а вслед за ним его ученик Яволен считают, что в данном случае имеется налицо *alia causa extrinsecus oblata* - привходящая извне другая причина; поэтому деликтная ответственность отпадает, вопрос может идти о том, нарушил ли арендатор свои обязанности по арендному договору или не нарушил.

427. Зачет выгоды с ущербом. Особое место в учении об убытках занимает вопрос о том, допускается ли или не допускается зачет в покрытие убытков, возникших от какого-либо действия или события, той выгоды, которая получается от того же действия или события (*compensatio lucri cum damno*).

Римское право не дало этому вопросу окончательного разрешения. В источниках приводится следующий пример. Один из участников товарищества поставил своего раба приказчиком в общем торговом деле. Этот раб повел операции товарищества небрежно, отчего получился убыток, однако по другим сделкам получилась прибыль. Марцелл считает, что за убыток отвечает хозяин раба, а не товарищество в целом, прибыль же идет за счет всех товарищей. Таким образом, в этом случае по *compensandum lucrum cum damno* - прибыль не зачитывается с убытком (D. 17. 2. 23. 1).

В другом случае одно лицо вело дела отсутствующего лица без поручения, причем проводило операции, которых отсутствующий не делал бы, например, покупало неопытных рабов-новичков. Тут прибыль относилась за счет отсутствующего, а убыток падал на лицо, ведущее его дела без поручения. Однако -

si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet (D. 3. 8. 10.)

(если по некоторым делам получилась прибыль, а по другим убыток, то отсутствующий обязан засчитать прибыль с убытком.)

В данном случае имеет место *compensatio lucri cum damno* - зачет прибылей и убытков.

Раздел VIII

ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОГОВОРОВ И КВАЗИКОНТРАКТЫ

Глава 31

КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ

§ 127. Контракты и соглашения (*pacta*)

428. Особенности понятия римского договора. Обязательства из договоров составляют основную и наиболее распространенную категорию обязательств. Однако не всякий договор, понимая его как согласное выражение воли (соглашение) двух противостоящих сторон, направленное на установление того *iuris vinculum*, той правовой связи, которая составляет содержание обязательства (см. п. 279), признавался в римском праве в качестве основания для возникновения обязательства, защищаемого иском.

Договоры делились у римлян на *contractus* (контракты) и *pacta* (соглашения).

429. Понятие контракта. Контрактом (по терминологии классического права) считался договор, признанный гражданским правом и снабженный исковой защитой. В эту категорию были отнесены лишь известные виды договоров, в древнейшую эпоху - исключительно строго формальные, в классическую эпоху также и некоторые (но

опять-таки исчерпывающим образом означенные) неформальные договоры.

Гай в своих Институциях говорит:

... videamus de his (подразумевается obligationibus) quae ex contractu nascuntur, harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu (3. 89).

(... рассмотрим обязательства, возникающие из контракта. Таких обязательств четыре вида: ибо обязательство возникает или посредством передачи вещи, или путем произнесения слов, или на письме (путем письменного акта), или вследствие самого соглашения.)

Res, в смысле передачи вещи, verba - произнесение слов, litterae - письмо, consensus - выражение согласия, таковы различные основания возникновения обязательства из контракта, различные causae obligandi (основания установления обязательственной связи).

430. Основные виды контрактов. Отсюда - четыре основных вида контрактов: реальные (т.е. устанавливающие обязательство с передачей вещи, re), вербальные (или словесные, устные), литеральные (т.е. письменные) и консенсуальные (при которых обязательство возникает вследствие одного consensus, соглашения, без каких-либо формальностей).

Необходимо иметь в виду, что без consensus вообще не может быть договора; особенность консенсуальных договоров, в отличие от других видов, заключается в том, что в то время как при всех других категориях контрактов для установления обязательства требуется, помимо соглашения (consensus) сторон, еще какой-то момент (verba, litterae, res), при консенсуальных контрактах consensus (выраженное вовне) является не только необходимым, но и достаточным моментом для установления обязательства.

В приведенную классификацию Гаем не включен древнейший формальный контракт - пехум. Надо думать потому, что в ту эпоху, когда жил Гай, эта форма контрактов утратила всякое практическое значение; упоминание о нем у Гая встречается (3. 175) в связи с вопросом о прекращении обязательства (относительно пехум - см. п. 457).

С другой стороны, в классификацию Гая не вошли так называемые contractus innominati (безыменные контракты), первые следы признания которых относятся к I в. нашей эры (юрист Лабейон) и которые окончательно сложились в законодательстве Юстиниана. Под названием безыменных контрактов разумеют некоторые договоры о взаимных предоставлениях, принятые под защиту гражданского правом тогда, когда перечисленные выше категории контрактов уже сложились в виде определенного исчерпывающего перечня, а между тем развивавшийся оборот не удовлетворялся этим замкнутым кругом договоров и требовал допущения новых видов договоров. Такого рода договоры, в качестве общей категории, не получили у римских юристов определенного названия (nomen), вследствие чего в средние века эту группу контрактов называли "безыменными", contractus innominati.

В праве Юстиниана безыменные контракты были сведены к четырем группам: do ut des (передаю тебе вещь с тем, чтобы ты в свою очередь передал мне вещь), do ut facias (даю тебе вещь, чтобы ты совершил для меня определенное действие), facio ut des (совершаю для себя определенное действие с тем, чтобы ты дал мне вещь), facio ut facias (совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы ты совершил для меня определенное действие).

Безыменные контракты с точки зрения основания (и вместе с тем - момента установления обязательственной связи) ближе всего стоят к реальным контрактам: подобно тому, как реальный контракт устанавливает обязательство передачей вещи, так безыменный контракт - исполнением одной стороной своей обязанности. (Об отдельных видах безыменных договоров - см. п. 534 и сл.)

431. Понятие и виды pacta. В противоположность контрактам, под именем pacta были известны неформальные соглашения, не пользовавшиеся по общему правилу

исковой защитой. Правда, среди контрактов также была одна группа совсем неформальных договоров, это - консенсуальные контракты, обязательная сила которых возникает, как указано выше, путем простого соглашения, *consensus*. Но к консенсуальным относятся только четыре определенных контракта: *emptio venditio* (купля-продажа), *locatio-conductio* (наем), *mandatum* (поручение) и *societas* (товарищество). Категория же *pacta* охватывала самые разнообразные соглашения, какие только встречались в жизни, за пределами перечисленных выше контрактов, получивших защиту в нормах гражданского права.

С течением времени из этой широкой категории неформальных соглашений - *pacta* - некоторые все-таки получили признание, одни - путем присоединения их (в качестве дополнительной оговорки) к какому-либо контракту (так называемые *pacta adiuncta*, добавленные, присоединенные), другие получили защиту в преторском эдикте (*pacta praetoria*), третьи - в императорском законодательстве послеклассической эпохи (*pacta legitima*). Этот факт наделения некоторых *pacta* исковой защитой послужил основанием для разделения *pacta* на *pacta vestita* ("одетые", т.е. снабженные иском) и *pacta nuda* ("голые", исковая защитой не снабженные).

§ 128. Квазиконтракты ("обязательства как бы из договоров")

432. Понятие квазиконтракта. Римские юристы не могли не подметить того факта, что кроме обязательств, возникающих из договоров, а также из деликтов (правонарушений), в жизни возникают обязательства и в ряде других, самых разнообразных случаев. Но, подметив этот факт, римские юристы не выработали определенной классификации всех разнообразных случаев.

Гай в своем произведении "Aurea" сначала различает обязательства, возникающие из контрактов (*ex contractu*), из деликтов (*ex maleficio*), а все остальные случаи объединяет в общую группу, так сказать, смеси, *ex variis causarum figuris* (т.е. возникающие из различных видов оснований - D. 44. 7. 1. pr.). В том же произведении есть указание (его подлинность сомнительна) на четырехчленную классификацию: *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio*, *quasi ex maleficio*. Эта четырехчленная классификация была воспринята и в Институциях Юстиниана (З. 13. 2).

Разумеется, указание, что обязательство возникает "как будто из договора", "как бы из договора" (или "как бы из правонарушения"), еще не определяет сущности такого основания обязательства. Это - не определение, а сравнение: употребляя такое название, хотят сказать, что бывают случаи, когда договора нет, и тем не менее возникает обязательство, очень напоминающее договорные обязательства; например, если лицо, которому другое лицо не поручало ни общего управления своим имуществом, ни выполнения какого-либо определенного дела, берется по своей инициативе за ведение дела этого другого лица, то при известных условиях между этими двумя лицами возникает обязательство, аналогичное тому, какое устанавливается договором поручения.

Отдельные случаи обязательств "как бы из договора" излагаются ниже (п. 553 и сл.).

Глава 32

ВЕРБАЛЬНЫЕ (УСТНЫЕ) КОНТРАКТЫ

§ 129. Стипуляция

433. Определение. Вербальным (т.е. словесным, устным) контрактом называется договор, устанавливающий обязательство *verbis* (словами), т.е. договор, приобретающий обязывающую силу посредством и с момента произнесения известных формул или фраз.

Важнейшим видом вербальных контрактов является стипуляция. Гай дает следующее определение:

Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; facies?

faciam (З. 92).

(Вербальное (словесное) обязательство возникает посредством вопроса и ответа, например: обещаешь ли дать? обещаю; дашь ли? дам; ручаешься ли? ручаюсь; сделаешь ли? сделаю.)

Стипуляцией называется устный договор, заключенный посредством вопроса будущего кредитора и совпадающего с этим вопросом ответа со стороны лица, соглашающегося быть должником по обязательству:

Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit (D. 45. 1. 5. 1).

(Стипуляция есть словесная формула, в которой лицо, которому задается вопрос, отвечает, что оно даст или сделает то, о чем его спросили.)

434. Терминология. Значение терминов *stipulatio* и главнейшей ее формы *sponsio*, а в связи с этим и происхождение стипуляции, объясняется различно. В источниках римского права *stipulatio* иногда понимается как происходящая от *stips* монета (Фест), от *stipula* - стебель, палка (*festuca, vindicta*), от *stipulus* - крепкий, *stipulum firmum* (I. 3. 15. 1), *stipulor* от *stipo*, я утверждаю; слово *sponsio*, *spondere* объясняется иногда от *sua sponte* (т.е. добровольно), чаще - от греческого *spondai*, жертвенное возлияние (Verrius у Феста).

В науке римского права очень распространено объяснение возникновения *stipulatio* на почве обычая подтверждать обещания клятвой или присягой, защищавшейся религиозными (а не правовыми) нормами. В то время, когда этот первоначальный религиозный характер стипуляции еще не изгладился, употреблялась только строгая форма стипуляции - *sponsio*; постепенно религиозный элемент - клятва, присяга, - отпал, а обещание составило содержание светского договора стипуляции. Другие авторы считают *sponsio* первоначальной формой поручительства, получившей потом распространение в качестве общего способа установления договорных обязательств. Есть даже мнение, что *sponsio* и *stipulatio* имели различное происхождение: стипуляция как единый вербальный контракт стала известна только в классическом праве, первоначально же *stipulari* означало только акт кредитора, а *spondere* - акт должника; при этом применение *sponsio* (хотя оно и составляло существенный элемент *votum*, обета божеству) не позволяет заключить, что это обещание давалось на почве какого-то существовавшего до нее долга; *sponsio* с самого начала была юридическим актом, по которому одно лицо принимало на себя обязательство перед другим.

Неясность происхождения стипуляции сама по себе внушает мысль об очень древнем появлении этой договорной формы. Открытые в 1933 году новые фрагменты из Институций Гая доказывают, что этот договор был известен уже законам XII таблиц (*sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*).

435. Односторонний характер обязательства. Обязательственное отношение, устанавливавшееся стипуляцией, имело односторонний характер: для *stipulator*, или *reus stipulandi* (кредитора), из этого договора возникало только право, для *promissor*, или *reus promittendi* (должника), - только обязанность.

436. Совершение стипуляции. Формальные требования, чрезвычайно строгие первоначально, с течением времени были значительно ослаблены. Так, первоначально требовалось, чтобы ответ буквально совпадал в своей редакции с вопросом; а во фрагменте D. 45. 1. 1. 2 Ульпиану (II - III в. н.э.) уже приписывается мнение, что для возникновения стипуляционного обязательства достаточно, если на вопрос *dabis?* последует ответ *quidni?* (т.е. почему бы нет?)

В современной науке, впрочем, считают, что такое свободное понимание формы стипуляции сложилось, вероятно, позднее, т.е. что приведенный отрывок источников интерполирован составителями Дигест. "Другое дело, - говорит Ульпиан, - если должник *sine verbis adnuisset*", т.е. кивнет утвердительно головой, не произнеся ни слова (D. 45. 1. 1. 2); в этом случае стипуляции нет: вербальный контракт не может быть заключен без *verba*. Точно так же первоначально

придавали большое значение тому, чтобы ответ был выражен тем же глаголом, каким задан вопрос. С течением времени это стало несущественным; перестали придавать значение даже тому обстоятельству, на одном ли языке произносятся вопрос и ответ или на разных, лишь бы они были выражены *congruenter*, т.е. совпадали бы (D. 45. 1. 1. 6) и лишь бы стороны понимали друг друга; так, вопрос мог быть сформулирован на латинском языке, а ответ дан - на греческом.

По первоначальным понятиям из того, что стипуляция есть единый и цельный акт, следовало, что ответ должен следовать за вопросом непосредственно, а Ульпиан (D. 45. 1. 1. 1) уже считает, что если кредитор, задав вопрос, не надолго (*mox*) удалится и получит ответ по возвращении, обязательство возникает: *intervallum enim medium* (по другому чтению - *modicum*) *non vitiauit obligationem*, т.е. средний (по другому чтению - умеренный) промежуток времени между вопросом и ответом не препятствует установлению обязательства. Впрочем, и это ослабление формализма стипуляции, быть может, вошло в практику позднее и приписано Ульпиану составителями Дигест: между прочим, в другом месте Дигест (D. 45. 1. 137, отрывок из Венулея, III в. н.э.) прямо говорится, что требуется непрерывный (*continuus*) акт кредитора и должника; между вопросом и ответом допустим в качестве промежутка только *aliquod momentum naturae* (некоторый естественный промежуток).

В отношении одной разновидности стипуляции формальные требования оставались устойчивыми; это - форма *sponsio* (*spondense? spondeo*); она была доступна только римским гражданам, а не палестинам и должна была произноситься непременно на латинском языке.

Но и в отношении других форм стипуляции, при всех смягчениях формальных требований, в классическом римском праве все-таки прочно сохранились некоторые черты стипуляции как вербального контракта: присутствие договаривающихся сторон в одном месте, устный вопрос кредитора и такой же устный ответ должника, совпадающий по смыслу с вопросом (*congruenter*). В качестве устного договора стипуляция оставалась недоступной как немому, который не может произнести вопроса или ответа, так и глухому, который не может непосредственно воспринять вопрос или ответ ("Кредитор должен слышать слова должника и, обратно, должник - слова кредитора", - говорит Гай - 3. 105); не может заключить стипуляции и отсутствующее лицо ("так как стороны должны слышать друг друга" - Ульпиан. D. 45. 1. 1. pr.).

В позднейшую, императорскую эпоху былой характер стипуляции как договора, совершаемого в порядке вопроса кредитора и непосредственно следующего за ним и совпадающего с ним ответа должника, сгладился сильнее (в конституции императора Льва 472 г., C. 8. 37. 10, говорится, что все стипуляции, *legibus cognitae*, т.е. не противозаконные по содержанию, имеют обязательную силу, хотя бы они были совершены по соглашению сторон не в торжественных или прямых выражениях, т.е. в форме вопроса и совпадающего с ним ответа, а *quibuscumque verbis*, в каких угодно выражениях; но и тогда стипуляция осталась недоступной для глухих и немых, и требовалось, по крайней мере, в принципе - присутствие сторон).

437. Буквальное толкование содержания. Аналогичная эволюция формального начала наблюдается и в отношении самого содержания обязательства. Обязательство, возникавшее из стипуляции, было *stricti iuris*, т.е. подлежавшее строго буквальному толкованию; яркий пример такого толкования мы находим в источниках (D. 45. 1. 91. pr.) на таком казусе.

Некто стипулировал раба, но раб погиб и не мог быть передан кредитору; в числе других возник и такой вопрос: отвечает ли должник, если смерть последовала вследствие допущенной должником небрежности, если он *negligat infirmum* (оставил слабого раба без заботы), другими словами, отвечает ли должник только за *culpa in faciendo* (т.е. за вину, выразившуюся в совершении положительного действия) или также за *culpa in non faciendo* (т.е. за вину, выразившуюся в несовершении действия). Юрист Павел, давая заключение, именно так ставит вопрос: ...*an culpa quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo* (что

касается стипуляции, следует ли понимать вину так, что она должна выразиться в совершении положительного действия, а не в упущении). На этот вопрос Павел дает ответ: *quod magis probandum est*, т.е. следует признать, что вина при стипуляции должна пониматься в том смысле, что должник отвечает за *culpa in faciendo*, но не за простое упущение (*culpa in non faciendo*). Этот ответ мотивируется так: *qui dari promisit, ad dandum, non facendum tenetur* - кто обещал дать, отвечает за передачу, а не за другое действие (D. 45. 1. 91. pr.).

Выражающийся в этом заключении культ слова приводил также к тому, что еще Гай (3. 102) считал стипуляцию недействительной, если на вопрос кредитора: "Обещаешь ли 10 сестерций?" - должник обещает 5; юрист даже не ставит вопроса о признании обязательства в меньшей сумме. Позднее формализм "мягчился и в этом отношении; от имени юриста Ульпиана в Дигестах указывается (D. 45. 1. 1. 4) как общеизвестное положение (*constat*, известно, - хотя, вероятно, и в данном случае известным оно стало уже ко времени составления кодификации Юстиниана, редакторы которой приписали это положение Ульпиану), что, если на вопрос кредитора, обещаешь ли дать 20, должник отвечает "обещаю дать 10", или наоборот, то обязательство заключено в меньшей сумме, в отношении которой соглашение можно считать достигнутым. Несмотря на такое решение вопроса Институции Юстиниана (3. 19. 5) воспроизводят изложенный выше фрагмент Гая, исходящего из противоположного взгляда.

438. Действие стипуляции исключительно в отношении сторон. Формальный характер стипуляции сказывался также в том, что ее действие ограничивалось непосредственно участвовавшими в ней сторонами. Нельзя было по стипуляции между двумя лицами не только возложить обязательство на третье, не участвовавшее в стипуляции лицо (*spondesne Titium mihi centum dare?*), но и выговорить предоставление со стороны должника в пользу третьего лица; в этих случаях стипулянту не давали иска, так как стипулянт непосредственно не имел денежного интереса по договору стипуляции, а третьему лицу не давали иска, как не участвовавшему в договоре. Только в том случае, когда стипулянт имеет и личный интерес в договоре, заключаемом в пользу третьего лица, стипуляция получает силу (D. 45. 1. 38. 20).

Равным образом стипуляцию, по которой должник обещал совершение известного действия третьим лицом, делало действительным включение оговорки о платеже должником неустойки на случай неисполнения третьим лицом обязательства (1. 3. 19. 21). Не признавалась действительной стипуляция, когда кредитор стипулировал "*post mortem meam* (или *tuam*) *dari spondes*"?

В этих случаях проводился принцип "*ab heredibus incipere obligationes non posse*", т.е. действие обязательств не может начинаться с наследников: Гай (3. 100) называет это "неэлегантным". Однако это препятствие обходилось введением в договор добавочного кредитора (*adstipulator*, см. п. 444), который и мог получить исполнение после смерти главного кредитора, или, еще проще, путем некоторого словесного ухищрения, заменяя выражение *post mortem meam* - оговоркой *cum moriar* (и соответственно - *post mortem tuam* словами: *cum morieris*).

В праве Юстиниана все эти уловки стали уже ненужными; для окончательного разрешения этого вопроса, возбуждавшего в практике сомнения и представлявшегося неясным, конституцией 531 г. (C. 4. 11. 1) было установлено, что возможно *et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur* (т.е. действие обязательств и исков может начинаться в лице наследников, как на активной стороне, так и на пассивной, чтобы от чрезмерной щепетильности в отношении употребляемых выражений не встречала помех широта замыслов контрагентов).

439. Абстрактный характер. Обязательство из стипуляции отличалось абстрактным характером (пп. 296 - 297). Если указанные выше требования относительно порядка заключения стипуляции (вопрос кредитора, совпадающий ответ должника, способность непосредственного восприятия каждым из контрагентов, одновременно

присутствующих в месте совершения стипуляции, друг друга) соблюдены, обязательство возникает, независимо от того, какое материальное основание привело стороны к заключению договора, какую хозяйственную цель они преследовали и достигнута ли эта цель.

С точки зрения интересов верхушки рабовладельческого общества, стремившегося всеми мерами закабалить должников, было выгодно оторвать силу договора от его материального основания: должник, и без того фактически находившийся в зависимости от своего социально и экономически более сильного кредитора, еще больше подпадает под его власть и усмотрение. Принцип абстрактности обязательства не лишал, правда, должника права доказывать, что основание, по которому он принял на себя обязательство, не осуществилось; но такое доказательство было для него не всегда фактически возможно, да и требовало нередко времени, а пока отсутствие основания не доказано, кредитор мог уже осуществить свое право.

Абстрактный характер стипуляции (помимо простоты и быстроты взыскания долга) представлял то удобство, что в эту форму можно было облечь любое обязательственное отношение - и заемное обязательство, и обязательство платежа цены за купленную вещь, и т.д. Стипуляцией пользовались нередко в целях новации, т.е. этот договор заключали для того, чтобы прекратить уже существующее обязательство, поставив на его место новое, возникающее из стипуляции (п. 354). Доказав факт стипуляции, кредитор тем самым получал возможность взыскания по обязательству.

Эта черта стипуляции, позволявшая вложить в нее любое содержание и быстро проводить ее в жизнь, делала стипуляцию самой употребительной в практике формой договора; в классическую эпоху это - основная форма оборота.

Необходимо, однако, для уточнения добавить, что абстрактный характер стипуляционного обязательства не доводился до таких крайних пределов, чтобы не признавать силы за стипуляцией, если она по желанию сторон поставлена в связь с той хозяйственной целью, для которой заключалась. Стороны не только могли упомянуть в тексте вопроса и ответа основание, по которому стипуляция совершалась, но и поставить силу стипуляции в зависимость от преследуемой цели посредством включения соответствующего условия или в иной форме, например, *si qua mihi nupserit, decem dotis eius nomine dare spondes*, т.е. "если кто-нибудь выйдет за меня замуж, обещаешь ли дать 10 в качестве приданого за ней?" (D. 45. 1. 108).

440. Ответственность по стипуляции. Стипуляция не только требовала для самого установления обязательства соблюдения определенной формы, но и по содержанию возникавшее из нее обязательство рассматривалось формально: должник обязан был исполнить только то, что буквально вытекает из произнесенных вопроса и ответа. Эта точка зрения приводила к тому, например, что если должник обязался передать вещь, а она погибла или испорчена, то должник признавался ответственным лишь тогда, если он допустил *culpa in faciendo*, т.е. своим положительным действием вызвал невозможность исполнения обязательства или ухудшение предмета; если же такое последствие наступило ввиду непринятия должником необходимых мер или его упущений (*culpa in non faciendo*), должник по стипуляции ответственности не несет (приведенное выше, в п. 437, место источников - D. 45. 1. 91. pr). Если допущена *culpa in faciendo*, то, несмотря на гибель вещи, можно предъявить иск из стипуляции на тех же основаниях, как если бы вещь была цела (Pauli Sent. 5, 7, 4); за *culpa in non faciendo* должник не отвечает.

Установить, допустил ли должник *culpa in faciendo* или только *culpa in non faciendo*, не всегда легко. Поэтому кредиторы для ограждения своих интересов стали вносить в стипуляцию *doli clausula* - оговорку об ответственности за *dolus*, благодаря которой судья мог установить ответственность должника также в тех случаях, когда по букве договора ее признать было нельзя. По словам Юлиана (D. 45. 1. 53), эта оговорка и имела своим назначением открыть возможность сослаться на такие факты, которые буквальной редакцией договора не могут быть охвачены (*quae in praesentia occurrere non possint*), а также разрешить всякого рода неясные случаи

(ad incertos casus). Папиниан (D. 45. 1. 121. pr.) дает нам и формулировку такой *clausula doli*: *dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse stipulatus est ille spondit ille* - кредитор стипулировал и должник обещал, что в этом деле нет и не будет злого умысла.

441. *Cautio*. Для обеспечения доказательства факта совершения стипуляции вошло в обычай составлять письменный акт, удостоверяющий это обстоятельство и называющийся *cautio*. С течением времени эти стипуляционные документы получили такое широкое применение, что значение стипуляционной формулы (вопрос и ответ) отошло на второй план, и если только обе стороны присутствовали в одном месте, то при наличии *cautio* предполагалось, что составлению документа предшествовали *verba stipulationis* (словесная форма стипуляции) (D. 45. 1. 134. 2). Павел выражается даже сильнее: "Если, - говорит он, - в документе написано, что некто обещал что-то, то это считается равносильным тому, что на заданный об этом вопрос был дан соответствующий ответ" (Сентенции. 5. 7. 2).

В конце концов пришли к тому, что документ о стипуляции сам по себе создает предположение о состоявшейся стипуляции: если в документе есть указание, что стороны присутствовали при его совершении, это указание признается за доказательство; и только если будут представлены *manifestissimae probationes* (очевиднейшие доказательства), что в течение всего того дня, когда составлялся документ, одна из сторон не находилась в месте его составления, не будет придано силы стипуляционному обязательству. Доказательственная сила документа о стипуляции мотивируется императором Юстинианом интересами контрагентов: *huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas*, т.е. такого рода документы должны приниматься за доказательство в интересах контрагентов (С. 8. 37 - 38. 14).

§ 130. Сложные формы стипуляции. Корреальные обязательства. *Adstipulatio. Adpromissio*

442. Множественность лиц в стипуляции. Стипуляция допускала присоединение или к кредитору, или к должнику еще других лиц, в качестве ли самостоятельных кредиторов (*correi stipulandi*) или самостоятельных должников (*correi promittendi*), добавочных кредиторов (*adstipulatio*) или добавочных должников (*adpromissio*).

443. Корреальные обязательства. Если два или несколько кредиторов задают должнику одинаковый вопрос, а он дает им сразу общий ответ, то устанавливается отношение, в котором при одном должнике будет несколько кредиторов, равно самостоятельных. "*Centum mihi dare spondes?*" (обещаешь ли дать мне 100?) - спрашивает один кредитор. Прежде чем должник дал ответ, тот же вопрос задает другой кредитор: "*Eosdem centum mihi dare spondes?*" Должник отвечает одновременно тому и другому: "*Utrique vestrum dare spondeo*" (обещаю дать каждому из вас). Таким путем возникает обязательство, которое раньше было принято называть корреальным, а теперь называют солидарным на активной стороне (см. п. 304). В Институциях Юстиниана (I. 3. 16. pr.) после описания этой формы поясняется, что если ответ должника не будет общим, данным после вопросов и первого, и второго кредиторов, а наоборот, после вопроса первого кредитора последует сейчас же ответ должника, а затем задаст вопрос второй кредитор и на него даст отдельный ответ должник, то корреального обязательства не будет, а будет два отдельных обязательства.

Корреальное (солидарное) обязательство может возникнуть и на пассивной стороне: кредитор предлагает каждому из нескольких должников один и тот же вопрос, одному за другим без перерыва: "*Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?*" ("Мэвий, обещаешь ли дать пять золотых? Сей, обещаешь ли также дать пять золотых?"), а должники после этого общего всем вопроса отвечают поодиночке: "*Spondeo*".

Стипуляция с несколькими равно самостоятельными кредиторами называется активным корреальным (солидарным) обязательством, стипуляция с несколькими равно самостоятельными должниками - пассивным корреальным (солидарным)

обязательством. По таким обязательствам *et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur, in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat* (I. 3. 16. 1), т.е. каждый из кредиторов имеет право требовать весь предмет обязательства и каждый из должников отвечает в полном объеме; в обоих обязательствах, однако, содержанием является единый предмет, и если один из кредиторов принимает платеж или один из должников платит, он этим прекращает обязательство всех и освобождает всех (п. 303 и сл.).

Установлением активного корреального (солидарного) обязательства создаются удобства для той и другой стороны: для кредиторов положение облегчается тем, что кто из них будет иметь возможность потребовать исполнения, тот и осуществит свое право; с другой стороны, должник получает то удобство, что может платить любому кредитору. Пассивная корреальность (солидарность) создает для кредитора больше шансов на удовлетворение по обязательству, так как при неплатежеспособности одного из должников сохраняется возможность взыскать с другого (только если кредитор предъявил иск к одному из должников и довел этот иск до *litiscontestatio* - см. п. 74), то хотя бы он и не получил удовлетворения, он лишился в доюстиниановом праве возможности предъявить иск к другому корреальному (солидарному) должнику; в праве Юстиниана одна *litiscontestatio* с одним из корреальных (солидарных) должников сама по себе не освобождала другого корреального (солидарного) должника; только с момента удовлетворения кредитора одним из корреальных (солидарных) должников освобождается и другой (С. 8. 40. 28. 2 - 3).

Несмотря на единство предмета корреальных (солидарных) обязательств (*una res vertitur*) и тесную связь их между собой, все-таки каждое из них имеет свое самостоятельное существование и свой особый характер; например, одно может быть установлено безусловно, другое - *in diem vel sub condicione* (на срок или под условием, I. 3. 16. 2) (подробнее - п. 303 и сл.).

444. *Adstipulatio*. *Adstipulatio* объясняется Гаем (3. 110 и сл.) следующим образом. При заключении стипуляции между определенным кредитором и должником принимает участие добавочный кредитор, который стипулирует то же самое, что и основной кредитор, причем необязательно, чтобы в этой добавочной стипуляции употреблялись те же самые выражения, что и в основной. Например, основной кредитор задает вопрос: "*dari spondes*"?; получает соответствующий ответ должника; следом за тем задает вопрос *adstipulator*, добавочный кредитор, или в тех же выражениях, или в других: "*idem fide tua promittis*"?, должник дает и ему соответствующий ответ. Тем самым первый кредитор становится основным, *stipulator*, второй - добавочным, *adstipulator*. В общем, *adstipulator* - такой же кредитор, как и *stipulator*: платеж, совершенный *adstipulator'у*, действителен в той же мере, как и платеж самому стипулянту; *adstipulator* может, подобно *adstipulator'у*, предъявлять иск, даже прощать долг. Но он - кредитор добавочный, в интересах главного; все полученное или взысканное он обязан передать главному кредитору.

Полного совпадения по содержанию между стипуляцией основного стипулятора и добавочной стипуляцией *adstipulator'a* не требуется; но во всяком случае содержание *adstipulatio*, как обязательства добавочного, акцессорного, не должно быть шире обязательства по основной стипуляции; наоборот, уменьшение добавочного обязательства по сравнению с главным - допустимо (будет ли уменьшение выражаться в размере суммы обязательства или в ослаблении условий, например, основная стипуляция заключена *pure*, безоговорочно, а *adstipulatio* - под условием).

Какие практические надобности преследуются этой новой формой? Какие экономические запросы выдвинули ее?

В Институциях Гая (3. 215) мы находим такое указание. Передавая содержание закона Аквилы, Гай сообщает, что второй главой этого закона предусматривался иск против *adstipulator'a*, совершившего *acceptilatio* (т.е. прекратившего обязательство) *in fraudem stipulatoris*, во вред главному кредитору. Из этого можно

заклучить, что *adstipulatio* служила правовой формой, отчасти заменявшей принципиально не допускавшееся в то время представительство: вводя в стипуляцию добавочного кредитора, главный кредитор получал возможность заменить себя этим добавочным кредитором при взыскании долга. В классическую эпоху с допущением процессуального представительства это значение *adstipulatio* отпало.

Другая функция, выполнявшаяся *adstipulatio*, состояла в том, что с ее помощью можно было получить обещание сделать что-то после смерти кредитора. Обычная (простая) стипуляция была для этой цели недостаточна (п. 438); привлекая добавочного кредитора, выходили таким путем из затруднения: когда умирал основной кредитор, выступал добавочный и требовал от должника исполнения по обязательству (Гай. 3. 117). В праве Юстиниана, когда было допущено стипулировать действие *post mortem suam*, *adstipulatio* утратила это значение, а потому вышла из употребления.

445. *Adpromissio*. *Adpromissio* описывается Гаем (3. 115 и сл.) так. После того как кредитор задал должнику вопрос: "*centum dare spondes?*" или "*fidepromittis?*" или - "*fide tua iubes?*" и получил от него совпадающий ответ, он обращается к другому лицу, которое должно участвовать в качестве добавочного должника, с вопросом: "*idem dari spondes? idem fidepromittis? idem fide tua esse iubes?*", а тот отвечает: "*spondeo, fidepromitto, fide mea esse iubeo*". Так получается три формы *adpromissio*: *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*.

Общее для всех этих трех форм Гай определяет словами, что здесь за того, кто обещает по стипуляции, обязываются также другие (3. 115), т.е. *adpromissio* представляет собой поручительство, или договор, по которому третье лицо, в целях обеспечения кредитора (*ut diligentius nobis cautum sit*, Гай. 3. 117), принимает на себя ответственность по обязательству должника (главного). Обязательство поручителя является акцессорным, добавочным к обязательству главного должника, и в этом качестве существует лишь постольку, поскольку существует главное обязательство, обеспечиваемое поручительством, и в размере, не превышающем размера главного обязательства: *non plus in accessione esse potest quam in principali re* - в придатке (каким является поручительство) не может быть большее содержание, чем в основном отношении (Гай. 3. 126); поручительство в меньшей сумме по сравнению с главным обязательством допустимо (Гай. 3. 126); вообще, можно привлечь поручителя *in leviores causas*; но если поручитель привлечен *in duriores causas*, его обязательство не возникает (D. 46. 1. 8. 7). Законом Корнелия (I в. до н.э.) ограничена вообще ответственность по обязательству *creditaе resuniae* одного лица перед одним и тем же лицом в одном и том же году 20-ю тысячами сестерций (Гай, 3. 124).

Из трех названных форм поручительства, *sponsio* и *fidepromissio*, по словам Гая (3. 118), являются сходными, положение же *fideiussor* сильно отличается (*valde dissimilis*). Именно *sponsio* и *fidepromissio* могут обеспечивать только вербальное обязательство; напротив, *fideiussio* употребляется одинаково, возникло ли главное обязательство *verbis*, или *litteris*, или *re*, или *consensu*. В отличие от *sponsio* и *fidepromissio*, *fideiussio* обеспечивает одинаково и цивильное, и натуральное (т.е. не снабженное иском) обязательство. Далее, *sponsor* и *fidepromissor* отвечают только лично, их наследники ответственности по *adpromissio* не несут; напротив, в случае *fideiussio* ответственность ложится также и на наследника *fideiussor*. Ответственность *sponsor* и *fidepromissor* была ограничена (по закону Фурия приблизительно II в. до н.э., действие которого распространялось только на Италию) двухлетним сроком; *fideiussor* отвечает без ограничения сроком.

Существенное значение имело различие в положении *sponsores* и *fidepromissores*, с одной стороны, *fideiussores* с другой, когда выступало несколько поручителей по одному обязательству. В отношении ответственности нескольких сопоручителей - *sponsores* и *fidepromissores* закон Апулея (*lex Appuleia* неизвестной нам даты) установил, по словам Гая (3. 122), *quandam societatem*, т.е. своего рода товарищество: если одним из сопоручителей будет уплачено больше, чем

причитается на его долю, он может в отношении излишка предъявлять иски к другим поручителям. Более поздним законом Фурия установлено, что несколько *sponsores* и *fidepromissores* несут ответственность по обязательству только в падающих на них долях (по времени взыскания) (*in... partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur*, Гай. 3. 121). Отменил ли закон Фурия в отношении Италии, пределами которой ограничивалось его действие, закон Апулея - для Гая (3. 122) было неясно (*valde quaeritur*). Поскольку *sponsores* и *fidepromissores* отвечали в пределах падающей на них доли, им было важно знать, сколько же поручителей выступает по данному обязательству и кто они.

Специальным законом (*lex Cicereia*, прибл. II в. до н.э.) должник обязывался объявлять заранее, сколько поручительств устанавливается в обеспечение его долга и кто именно эти поручители (неисполнение этой обязанности должником давало право поручителям потребовать *praeiudicium* и освободиться от ответственности по обязательству).

Иначе была поставлена ответственность нескольких *fideiussores*. Гай говорит о них: сколько их будет числом, каждый из них несет ответственность *in solidum*, в полном объеме, и кредитору предоставлено искать с того, с кого он желает (3. 121). Некоторое смягчение их ответственности внесено во II в. н.э.: *fideiussores* (подобно *sponsores* и *fidepromissores*) перестали отвечать солидарно: им было предоставлено *beneficium divisionis*, льгота, состоявшая в том, что, если кредитор требует с одного из сопоручителей полную сумму обязательства, этот сопоручитель мог теперь потребовать, чтобы кредитор разделил сумму долга между всеми поручителями; но если кто-нибудь из сопоручителей умрет, не оставив наследника, или станет неимущим, его доля распределяется между остальными (D. 46. 1. 26). По словам Гая (3. 123), практика распространила на *fideiussores* также только что изложенное правило *lex Cicereia*. Однако и после этого осталось различие в этом отношении между *sponsores* и *fidepromissores*, с одной стороны, *fideiussores* - с другой: если кто-либо из *sponsores* и *fidepromissores* окажется неплатежеспособным, его доля не падает на остальных поручителей; если же из нескольких *fideiussores* окажется платежеспособным только один, на него ляжет вся ответственность.

Поручительство было в Риме распространенной формой обеспечения обязательств. Здесь сказывались, как и вообще в праве, социально-экономические условия римского общества. Бедняк, нуждавшийся в кредите, не мог обеспечить кредитора установлением залогового права, так как не располагал для этого свободным имуществом, и должен был прибегать для этой цели к поручительству. Богатые рабовладельцы были не прочь выступать в качестве поручителей потому, что ставили этим лиц, нуждавшихся в поручительстве, в зависимость от себя, приобретая таким образом и лишние голоса при выборах, и иные возможности лучшего использования своего влияния. Кроме того, оказывая такого рода "услугу" бедняку, богатый поручитель фактически умел вознаградить себя за это в форме прямой эксплуатации должника, за которого он ручался. Наконец, широкой практике поручительства отчасти способствовала недоразвитость залогового права (п. 418).

Назначение поручительства как средства обеспечения должнику возможности получить необходимый кредит, естественно, требовало предоставления поручителю каких-то средств защиты для возмещения понесенных им затрат на удовлетворение кредитора. Для *sponsores*, которым пришлось произвести платеж за главного должника, специальный закон Публилия (*lex Publilia*), вероятно, III в. до н.э., предоставил иск, называвшийся *actio depensi* (иск об уплаченном) для осуществления обратного требования (регресса) *sponsor'a* к главному должнику, причем уплаченная сумма взыскивалась в двойном размере (*in duplum*). Всякий вообще поручитель был вправе воспользоваться для целей регресса иском из основания, по которому поручительство было установлено (обычно это было поручение со стороны должника, *mandatum*, а потому для целей регресса пользовались *actio mandati*).

В позднейшую, императорскую эпоху в пользу поручителей было установлено

несколько льгот.

Классическое римское право, подчеркивая акцессорный характер поручительства, не признавало, однако, за ним субсидиарного характера, т.е. не считало ответственность поручителя запасной, вспомогательной, наступающей лишь при невозможности для кредитора получить удовлетворение с главного должника. Напротив, кредитору, не получившему в срок исполнения, предоставлялось по его усмотрению обратиться взыскание или на главного должника, или на поручителя. Это положение изменено 4-ой новеллой (гл. I) императора Юстиниана 535 г.

Этим законом Юстиниана *fideiussor'y* (другие формы стипуляционного поручительства к этому времени уже не практиковались) предоставлено *beneficium excussionis sive ordinis* - буквально льгота, позволяющая стряхнуть с себя первоочередную ответственность, или льгота, состоящая в очередности ответственности. На основании этого поручитель, против которого кредитор предъявлял иск, мог выставить возражение против иска с требованием, чтобы кредитор в первую очередь обратил взыскание на главного должника.

Для осуществления права обратного требования (регресса) поручителю, уплатившему долг, предоставлено *beneficium cedendarum actionum*, т.е. право требовать от кредитора, чтобы он уступил свои иски к должнику.

§ 131. Другие формы устных договоров (*dotis dictio, iurata operarum promissio*)

446. *Dotis dictio*. Специфическую разновидность вербальных (устных) договоров представляет *dictio dotis*, назначение приданого. Предполагают, что первоначально это было специальное выражение воли, делавшееся при обручении, совершавшемся в форме *sponsio* и носившем наименование *sponsalia* (см. п. 137), почему эта специальная оговорка называется *lex sponsalibus dicta*. Такого рода обещание получало санкцию в форме *actio ex sponsu*. С тех пор, как договор обручения не стал пользоваться исковой защитой, обещание установить приданое приобрело самостоятельное значение, как отдельная форма устного договора.

В отличие от стипуляции, *dotis dictio* не содержала в себе вопроса и ответа; здесь было устное заявление - обещание установителя приданого и выражение согласия со стороны того, в чью пользу это обещание давалось.

447. *Iurata operarum promissio*. *Jurata operarum promissio* представляла собой клятвенное обещание услуг со стороны вольноотпущенника по отношению к его патрону, отпустившему его на свободу. Вообще говоря, на вольноотпущеннике лежала обязанность проявлять преданность и вытекавшие из нее услуги своему патрону (*operae officiales*). Эта обязанность приобретала юридический и исковой характер только тогда, если вольноотпущенник принимал на себя специальное обязательство этого рода, которое скреплял присягой или клятвой. Из такого клятвенного обещания услуг (*iurata operarum promissio*) патрон получал *operarum actio*. На этой почве для патрона, несомненно, открывалась возможность эксплуатации вольноотпущенника.

Глава 33

ПИСЬМЕННЫЕ ДОГОВОРЫ (*CONTRACTUS LITTERALIS, LITTERARUM OBLIGATIO*)

§ 132. Обязательства из записей в приходо-расходных книгах

448. Виды письменных контрактов. Необходимо различать как не имеющие между собой ничего общего древнеримский литтеральный (письменный) контракт и письменные договоры позднейшего, императорского периода.

449. Древнеримский *contractus litteralis*. Относительно древнеримского *contractus litteralis* в Институциях Гая мы находим следующие указания:

§ 128. *Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis, fit autem nomen transcriptum duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.*

(§ 128. Письменное обязательство возникает, например, в форме книжных долгов (буквально: через запись обязательств). А возникает книжный долг двояким способом, а именно или записью на определенное лицо его же долга из какого-то другого основания, или же записью на данное лицо долга, который до того был на другом лице.)

§ 129. *A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.*

(§ 129. Первая форма записи (т.е. *a re in personam*) бывает, например, в тех случаях, когда твой долг мне из купли, найма или товарищества я перепишу как выплаченную тебе сумму.)

§ 130. *A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi* (3. 128 - 130).

(§ 130. Вторая форма записи (т.е. *a persona in personam*) имеет место тогда, если я перепишу на тебя, как выплаченную тебе сумму, которую мне должен Тиций, т.е. если Тиций переводит на тебя свой долг мне.)

Из этого отрывка Институций Гая можно сделать следующие выводы.

(1) Древнеримский литтеральный (письменный) контракт возникал посредством записи в приходо-расходные книги, которые велись римскими гражданами. Данные исторической науки позволяют установить, что у римлян, конечно более зажиточных, в обычае было вести домовые книги.

Известны, между прочим, два типа книг: *adversaria* (или журнал) и *codex* или (*tabulae*) *accepti et expensi*, приходо-расходная книга. Эта практика, по-видимому, была заимствована из Греции и уже к VI в. от основания Рима получила очень широкое распространение.

Adversaria имели значение памятной книги; по словам Цицерона (*Pro Roscio Corn.*, 2-ая речь в защиту Росция), они заводились на каждый месяц, по истечении которого уничтожались. В *adversaria* заносились для памяти самые разнообразные записи; некоторые из этих записей переносились потом во вторые - приходо-расходные книги, которые имели значение постоянных и (по словам того же Цицерона) пользовались признанием достоверности. Как именно велись эти книги, как производились в них записи - точно неизвестно; из часто встречающегося выражения "*codex* (или *tabulae*) *accepti et expensi*" делают предположение, что в этой второй книге на одну сторону заносился приход, на другую - расход.

(2) Литтеральный контракт представлял собой обязательство, по существу не впервые возникавшее, но заменявшее собой или обновлявшее (*novatio*, см. п. 354) уже существовавшее ранее на другом основании (например, задолженность на основании купли, найма и т.д.) или на другом лице (отсюда различие *transcriptio a re in personam* и *a persona in personam*); но формально обязательство, возникавшее из записи в книгу, ни в какой зависимости от предыдущих правоотношений не находилось. Таким образом, записи на страницу расхода известной суммы за данным должником не соответствовала реальная выплата должнику записываемой за ним суммы. В этом смысле Гай и называет такие обязательства *pomina transcripticia*, в противоположность *pomina arcaria* (о них - см. п. 450).

(3) В качестве решающего (в смысле возникновения обязательства) момента в этой категории контрактов была запись данного отношения кредитором в книгу по странице расходов (*expensilatio*), откуда и выражение *litteris fit obligatio* или употребительный в науке римского права термин *contractus litteralis*, литтеральный, письменный контракт. Такая запись делалась, разумеется, на основании соответствующего соглашения сторон; иначе не могло бы быть речи о *contractus*, договоре. Вероятно, записи в книге кредитора известной суммы как уплаченной должнику соответствовала запись в книге должника той же суммы как полученной от кредитора: в этом и выражалось их соглашение. По поводу второй разновидности литтерального контракта - *transcriptio a persona in personam* - Гай упоминает и о согласии третьего лица, долг которого переводится на нового должника (по

буквальному тексту Гая: если Тиций переводит тебя мне).

(4) Таким образом, можно определить литтеральный контракт римского права в этой его более древней форме как договор, заключающийся посредством записи в приходо-расходную книгу кредитора или существовавшего до того долга данного должника или долга другого должника, переводимого на данного, на основании соответствующего соглашения сторон.

(5) Из этого определения литтерального контракта вытекает вопрос: делалась ли при *nomina transcripticia* какая-нибудь оговорка о том, что данное обязательство должно собою заменить такое-то предыдущее и что это последнее с возникновением *litterarum obligatio* прекращается? Если нет, то какими средствами предупреждалось дублирование обязательства, как предупреждалась возможность взыскания и по первоначальному обязательству, послужившему основанием для *expensilatio*, и по новому - либеральному обязательству? К сожалению, в дошедших до нас источниках римского права никакого материала для ответа на эти вопросы мы не находим.

450. *Nomina arcaria*. От описанных *nomina transcripticia* Гай (3. 131) отличает *nomina arcaria*. Их основание (*causa*), говорит Гай, совсем другое, потому что они получают силу не иначе, как если имел место реальный платеж кредитором соответствующей денежной суммы должнику (*non aliter valent, quam si numerata sit pecunia*), откуда и получилось их название: *arca* - касса, сундук с деньгами. Гай прямо и говорит, что в *nomina arcaria* заключается обязательство *rei* (реальное), а не *litterarum* (письменное), что в этом случае *numeratio pecuniae re facit obligationem* (3. 132). Самая же запись, по словам Гая, *arcaria nomina* никакого обязательства не создают и только служат доказательством, свидетельством заключенного обязательства, т.е. заключенного *re*, передачей денежной суммы. Отсюда дальнейший вывод: так как реальные контракты представляют собой такой род обязательств, который принадлежит к *ius gentium*, то *nomina arcaria* доступны не только для римских граждан, но и для peregrinov. Впрочем, и *nomina transcripticia*, т.е. подлинный литтеральный контракт, если *transcriptio* была *are in personam*, по мнению сабинянцев, был также доступен peregrinam (Гай. 3. 133).

§ 133. Позднейшие формы письменных договоров

451. Появление новых форм письменных контрактов. Описанный древнейший вид либерального контракта неизвестен уже кодификации Юстиниана. В классическую эпоху приходо-расходные книги, *codices accepti et expensi*, утратили свое значение, по-видимому, в связи с появлением более простых и удобных форм записи долгов. С утратой приходо-расходными книгами своего значения прекратилась и практика старых литтеральных контрактов. Зато стали все больше входить в употребление заимствованные из греческой практики долговые документы *chirographa* и *syngrapha* (хирографы и синграфы), про которые Гай говорит, что посредством этих документов *praeterea* (т.е. кроме старого *contractus litteralis*) *litterarum obligatio fieri videtur*, устанавливается, по-видимому, обязательство *litteris* (3. 134).

452. Синграфы и хирографы. *Syngrapha* (синграфы) представляли собой документ, составлявшийся в третьем лице (такой-то должен такому-то такую-то денежную сумму); этот документ составлялся в присутствии свидетелей, которые и подписывали его вслед за тем, от чьего имени он составлялся. Эта форма письменных обязательств получила очень большое распространение уже в конце республики на почве процентных займов, заключавшихся между римскими ростовщиками и провинциалами. В императорский период *syngrapha* стали менее употребительным видом письменного обязательства; на первый план выступили *chirographa*. Это был документ, составлявшийся в первом лице ("я, такой-то, должен такому-то столько-то") и подписывавшийся должником. Первоначально это был документ, имевший только значение доказательства, но затем с ним стали связывать значение источника самостоятельного обязательства: подписавший документ обязан платить по нему.

Эту новейшую форму письменных договоров Гай поясняет так: *si quis debere se aut*

daturum se scribat; ita scilicet st eo nomine stipulatio non fiat, т.е. если кто пишет в расписке, что он должен нечто или что он предоставит то-то (то возникает обязательство); Гай добавляет: разумеется, если не было по этому обязательству стипуляции (тогда основанием возникновения обязательства была бы стипуляция). Впрочем, в практике нередко в *chirographum* включалась оговорка о предшествующей стипуляции: получалось сочетание устной и письменной формы договора. Посредством этих документов устанавливались обязательства, независимо от того, была ли фактически передана та сумма, которую обязуется уплатить подписавший расписку, и вообще не принимая во внимание основания (*causa*), по которому такая расписка выдавалась должником.

Естественно, что при социально-экономической зависимости от кредиторов должников, вынужденных прибегать к подобного рода обязательствам, на почве выдачи таких документов должны были нередко встречаться злоупотребления - безвалютные займы, когда кредиторы, не передав должникам валюты займа, тем не менее требовали ее возврата (об этих злоупотреблениях и средствах борьбы с ними - см. в связи с договором займа п. 465).

Гай называет этот род обязательств (т.е. позднейший письменный договор в форме *супгарфа* или *chirographa*) свойственным (*proprium*) перегирам (в том смысле, что возможность пользования старым литтеральным контрактом для них была спорной, и это была единственно открытая для них форма письменного договора). Характеристика этой формы обязательства, как свойственной перегирам, может быть, объясняется и тем, что эти обязательства возникли именно в практике перегиринов.

Глава 34

РЕАЛЬНЫЕ КОНТРАКТЫ

§ 134. Заем (*mutuum*)

453. Определение *mutuum*. *Mutuum* (заем) представляет собой договор, по которому одна сторона (заимодавец) передает другой стороне (заемщику) денежную сумму или определенное количество иных заменимых вещей в собственность, с обязательством заемщика вернуть, по истечении указанного в договоре срока или по востребованию, такую же денежную сумму или такое же количество вещей такого же рода, какие были получены.

(1) *Mutuum damus recepturi non eandem speriem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus, velut ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum* (D. 12. 1. 2. pr.).

(1) Мы даем займы с тем, чтобы получить обратно не ту же самую *species*, т.е. не индивидуально-определенную вещь, какую дали (иначе будет договор ссуды или поклажи), а вещь того же рода: если обязанность возврата будет относиться к вещам другого рода, например, если мы за пшеницу должны были бы получить вино, - то это не будет займом.

(2) *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusem generis et qualitatis* (D. 44. 7. 1. 2).

(2) Дача займы состоит в передаче таких вещей, которые определяются весом, числом или мерой, каковы, напр., вино, масло, зерно, деньги; (в этом случае) мы даем такие вещи с тем, чтобы они поступили в собственность получающего, а мы впоследствии получили бы другие вещи такого же рода и качества.

454. Реальный характер *mutuum*. *Mutuum* (заем) является типичным реальным договором, т.е. таким договором, при котором обязательство устанавливается не простым соглашением (*consensus*), но передачей вещи (*re*): пока не произошла передача, говорит Павел, обязательство из реального договора не возникает (*re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit* - D. 2. 14. 17. pr.).

Гай (D. 44. 7. 1. 2), поясняя понятие реальных договоров, отождествляет реальный

договор с займом. "Обязательство устанавливается re (т.е. передачей вещи, реально) дачей займа". Но из этого не следует делать вывод, что *mutuum* - единственный реальный договор: кроме *mutuum*, такой же характер имели *commodatum* (ссуда, договор о предоставлении индивидуально-определенной вещи в безвозмездное пользование), *depositum* (поклажа, договор о безвозмездном хранении вещи), *contractus pignoratiticius* (закладной договор, об отдаче вещи в залог) (см. п. 406 и сл.). Но *mutuum*, как наиболее распространенный и практически важный договор, первым приходит на память Гаю, когда он приступает к определению реальных договоров, откуда невольное отождествление займа и реального договора: только в этом смысле и нужно понимать это указание.

Реальный характер договора не означает, однако, что в этой категории договоров *consensus*, соглашение сторон, не имеет существенного значения: этот момент не является достаточным для возникновения обязательств; но он не перестает быть необходимым моментом. Нет *consensus*, нет и договора. Римские юристы дают нам, в частности, примеры, когда, несмотря на передачу вещей, обязательство не возникает, потому что между сторонами не *consensus*, а *dissensus* (разногласие, недоразумение); так, передаются вещи, в частности деньги, но передающий деньги делает это с намерением дать займа, а получающий думает, что ему дают в дар или на сохранение; займа нет, за отсутствием согласия двух волей (Ульпиан, D. 12. 1. 18. pr. 1).

455. Соотношение *mutuum* и *credutum*. *Mutuum* представляет собой одну из форм кредита. Павел (D. 12. 1. 2) так и говорит, что *credutum* отличается от *mutuum* как род от вида. Родовое понятие *credutum* имеет место не только при передаче вещей *quae pondere numero mensura continentur*, но и при передаче индивидуально-определенной вещи, когда получающий вещь (например, в пользование, на хранение и т.д.) обязывается возвратить эту же самую вещь. *Mutuum* есть и разновидность *credutum* и относится только к вещам, определяемым мерой, числом, весом, в особенности - к деньгам.

В целях уточнения римской терминологии следует еще упомянуть пояснение смысла *rescripta credita*, даваемое в Институциях Гая (3. 124) в связи с изложением закона Корнелия о поручительстве (п. 445). Гай говорит, что именем *rescripta credita* называется не только сумма, даваемая в долг (*credendi causa*), но и всякая вообще вещь, в отношении которой при заключении обязательства известно, что она будет составлять предмет долга (которая вводится безусловно в содержание обязательства, *deducitur in obligationem*).

456. Предварительное соглашение о заключении займа. Реальному договору займа могло предшествовать неформальное соглашение (*pactum*) о том, чтобы одно лицо дало, а другое приняло известную сумму займа (*pactum de mutuo dando, de mutuo accipiendo*). Могла быть заключена и стипуляция, по которой одно лицо обязывалось дать другому займа. Такое обязательство толковалось (D. 46. 3. 38. pr.) как содержащее в себе молчаливое условие, что к тому времени, когда его придется исполнять, т.е. совершать *mutuum*, передавать валюту, заемщик не утратит своей кредитоспособности. Это обстоятельство должен доказать сам заимодавец, иначе он обязан исполнить обещание, а при неисполнении - возместить контрагенту причиненные этим убытки. Равным образом нарушение *pactum de mutuo accipiendo* порождает обязанность предполагавшегося заемщика возместить контрагенту интерес, который он имел в помещении своего капитала на условиях, намеченных в *pactum*.

457. *Nexum* как древнейшая форма займа. *Mutuum* является сравнительно поздней формой договора займа. Довольно распространенным в науке римского права является взгляд, что в древнейшем римском праве для этой цели пользовались сначала формальной сделкой *пехум*, а затем - стипуляцией.

Сделка *пехум* сложилась в древнейшую эпоху римской жизни, еще до законов XII таблиц. Законы XII таблиц упоминают об этой форме договоров наряду с манципацией (см. п. 196): *cum pexum faciet mancipiumque, uti lingua pyncupassit, ita ius esto* - при совершении *пехум* и манципации, что будет сказано в торжественной

речи, называвшейся *puncupatio*, то и получит юридическое значение.

Ряд авторов понимает пехум как заложничество или самозакабаление должника для обеспечения платежа долга. Недостаточная полнота и ясность источников не позволяет сделать бесспорный вывод о происхождении и значении пехум.

Нехум представляет собой сделку, совершавшуюся в форме особого обряда, с помощью куска меди и весов (*gestum*, или *negotium per aes et libram*). В более отдаленную эпоху, когда еще не было чеканной монеты, *gestum per aes et libram* имело, так сказать, прямой и непосредственный характер: *libripens*, весодержатель, в присутствии пяти свидетелей взвешивал слиток меди и определял, следовательно, какую ценность передавал кредитор должнику; потом в особой торжественной форме (*пунсипатии*) кредитор объявлял должника (получившего слиток) обязанным к платежу.

В более позднее время, когда вошла в употребление чеканная монета, *gestum per aes et libram* превратился в простой обряд, заканчивавшийся по-прежнему торжественной формулой, посредством которой устанавливалось обязательство уплатить определенную денежную сумму. В этой формуле указывалась передаваемая сумма, возратить которую обязывается должник, и всякие дополнительные оговорки, какие стороны желали включить в свой договор.

В числе таких дополнительных оговорок нередко практиковалось соглашение о процентах, которые сами собой при займе не предполагались, хотя фактически применялись очень широко, как это доказывается мероприятиями, направленными на борьбу с злоупотреблениями на почве взимания процентов (так, был определен законом наивысший размер процентов; для ростовщиков - *feneratores*, взимавших проценты свыше дозволенного размера, был установлен штраф в четверном размере, *in quadruplum*). Обрядовая сторона, вообще говоря, была тождественна, как при *манципации*, так и при пехум, и различие заключалось в произносимой торжественной формуле, *пунсипатии*.

Формула пехум в точности до нас не дошла, но приблизительно она восстанавливается в таком виде: "*Quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaque libra do, eas tu mihi post annum dare damnas esto*" ("100 ассов, которые я даю тебе в этой торжественной форме с помощью меди и весов, ты повинен через год мне вернуть").

Если должнику удавалось своевременно исполнить обязательство, совершался противоположный акт (*contrarius actus*) для его погашения: совершался опять обряд *per aes et libram* с произнесением обратной формулы.

Гай в своих Институциях дает ее нам в следующем виде:

Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram, primam postremamque expendo secundum legem publicam (Гай. 3. 174).

(Мой долг тебе на столько-то тысяч я тебе плачу и освобождаюсь от обязательства в отношении тебя этим обрядом с помощью меди и весов. Плачу тебе всю сумму полностью в соответствии с законами государства.)

Обязательство, возникавшее из формальной сделки пехум, отличалось особенно суровыми последствиями. Впрочем, вопрос о последствиях пехум вызывает споры в науке. Именно, более старая точка зрения сводится к тому, что кредитор по сделке пехум, не получивший своевременно платежа от должника, имел право без суда произвести взыскание своего долга путем *manus iniectio pro iudicato*, наложения руки, как будто было судебное решение, хотя фактически его не было: таким образом, с этой точки зрения пехум отличалось исполнительной силой, подобно судебному решению. Наоборот, ряд авторитетных романистов утверждает, что исполнительная сила пехум не может быть доказана источниками, а следовательно, не может считаться научно обоснованной.

Спорными являются и конкретные меры взыскания, применявшиеся к неисправному должнику из пехум. По господствующему взгляду, такой должник (если он в течение 30 льготных дней не мог расплатиться с кредитором) попадал во власть

кредитора. Кредитор мог наложить на него руку (*manum inicere*) и вновь привести на суд магистрата. Если должник все же не мог расплатиться и никто не выступал в качестве поручителя за него (*vindex*), кредитор имел право увести его к себе, держать в оковах в течение 60 дней, за это время выводить в три торговых дня на рынок. Если никто не выкупал должника, кредитор мог продать его в рабство *trans Tiberim* и даже убить; а если неудовлетворенных кредиторов было несколько, то, судя по рассказам римских писателей о содержании законов XII таблиц, они могли даже рассечь должника на части ("*Ast si plures erunt rei, tertiis nundinis parteis secanto: si plus minusve secuerunt se fraude esto. Si volent, abs Tiberim peregre venum danto*"). Трудно сказать, нужно ли понимать это выражение буквально или как фигуральное. Характерно отсутствие каких-либо указаний в юридических источниках или в исторических сочинениях на то, что этот закон когда-нибудь фактически применялся.

Если даже, действительно, фактического рассечения должника на куски и не практиковалось, все же меры взысканий долга из *пехум* (заключение должника в кандалы, продажа в рабство) являются жестокими. Эта жестокость взыскания по *пехум* всегда обращала на себя внимание исследователей римского права, нередко пытавшихся объяснить последствия *пехум* волею самого должника, как бы совершавшего в этой сделке самопродажу или самозаклад (причем некоторые авторы объясняют это тем, что заимодавец требовал от заемщика известных гарантий возврата занятой суммы, а должник, не имевший в своем распоряжении имущества, мог заложить только себя самого). Другие исследователи усматривали в данном случае отголосок древнейшей эпохи самоуправства и частной мести, причем со стороны должника опять-таки имел место самозаклад или самозакабаление. Это последнее объяснение, быть может, не лишено значения для обоснования конкретных форм взыскания, но самый принцип подчинения должника властной воле кредитора коренится в более глубоких причинах, как-то: классовое соотношение сил, условия социально-хозяйственной жизни, общий культурный и моральный уровень.

Кредиторы в массе принадлежали к наиболее сильным, экономически и социально, группам римского населения. В силу этой основной причины бедный люд, нуждавшийся в деньгах и вынужденный прибегать к сделкам займа, оказывался во власти усмотрения кредиторов. А при общей грубости нравов классовая мощь кредиторов и выливалась в формы непосредственной расправы с неаккуратным должником.

Классовый характер *пехум* наглядно отражается в нередких жалобах плебеев, т.е. именно той части населения, которой особенно часто приходилось испытывать на себе всю тяжесть положения *пехи* или *обаерати*. *Nexum*, бесспорно, являлся мощным средством закабаления плебейских масс. Невыносимое положение, в которое попадали должники, вызывало даже волнения среди беднейшего населения, которое находилось постоянно под угрозой, не расплатившись по займу, оказаться закованным в кандалы и продаваемым *trans Tiberim*. Римский историк Ливий рассказывает, что одно из подобного рода волнений побудило изменить положение. Это было в четвертом веке до нашей эры (326 г.), когда был издан закон Петелия (*lex Poetelia*), запретивший заковывать должников (кроме тех, которые попали к кредитору вследствие преступления, например вор, захваченный на месте). Закон Петелия отменил право кредитора убивать должника или продавать его *trans Tiberim*.

Если *пехум* предыдущей эпохи возбуждает споры относительно того, присуща ли была этой сделке исполнительная сила, т.е. была ли возможна *manus iniectio* без суда, *pro iudicato*, то после закона Петелия об исполнительной силе *пехум* не могло быть и речи. Кредитор теперь во всяком случае должен был доказать свое требование перед судом, получить *iudicatum*, судебное решение, и только на его основании обращать взыскание на должника, притом не на личность должника, а на его имущество, *bona*.

458. Стипуляция для целей займа. Реформа, проведенная изданием закона Петелия, смягчившая суровость последствий, наступавших при неисполнении обязательства из

пехат, лишила эту формальную сделку тех привлекательных для кредиторов черт, которые ранее характеризовали эту сделку. Особая строгость взыскания, с которой было связано заключение пехат, выгодная для кредиторов, заставляла их мириться с громоздкостью и трудностью выполнения формального обряда *per aes et libram*. После закона Петелия, когда чрезвычайные средства удовлетворения кредитора перестали сопровождать пехат, не стало смысла выполнять сложные формальности этого акта, пехат утратил прежнее значение и стал выходить из употребления.

Сделки займа стали охотнее заключать в форме устного (вербального) договора - *stipulatio*.

Как уже указано выше (п. 439), обязательство, возникавшее из стипуляции, было абстрактным, отвлеченным от своего основания, *causa*. Почему именно должник дал обещание уплатить известную сумму, осуществилось ли то основание, которое он имел в виду, - все это оставалось за пределами договора, юридическая сила стипуляции возникала независимо от этого, если только должник на вопрос кредитора дал немедленный и соответственный ответ. Благодаря этой особенности стипуляции, ею можно было, в частности, воспользоваться и для целей установления заемного обязательства.

Для того чтобы обеспечить доказательство, что стипуляция (устный вопрос и устный ответ) состоялась, с течением времени вошло в практику составление специального документа (*cautio*). В этих *cautiones*, между прочим, отражается и тот момент, что к стипуляции прибегали в целях установления заемного обязательства. Например, в документе писалось:

Lucius Titius scnpsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Maevius Publius, sponpondi ego Lucius Titius (D. 12. 1. 40).

(Я, Люций Тиций, написал в настоящем документе, что я получил от Публия Мевия 15 займы, которые мне им выданы из сумм, имевшихся у него дома, из домашней кассы; Публий Мевий стипулировал, а я, Люций Тиций, обещал честно отдать эту сумму 15 в следующие календы.)

За пределами договоров сначала пехат, затем - стипуляции, сделки займа, первоначально не имели исковой силы. Но, без сомнения, в практике жизни такие ненормальные сделки займа не могли не встречаться. С этим фактом с течением времени пришлось посчитаться, тем более что развитие хозяйственной жизни, расширение торговли, ремесленной промышленности не мирилось с необходимостью выполнения не только такого громоздкого акта, как *gestum per aes et libram*, но и более простой, но все же - формальной стипуляции. Требования растущей хозяйственной жизни привели к тому, что ненормальные договоры займа стали также защищаться судебными исками. Так появилась и своя форма займа - *mutuum*, реальный договор, для юридической силы которого не требовалось облекать согласие сторон в какие-либо торжественные формы, а достаточно было лишь передать на основании этого соглашения так называемую валюту займа, т.е. деньги или иные заменимые вещи.

459. Характерные признаки займа. В итоге договору займа, *mutuum*, стали присущи следующие характерные признаки:

- а) *mutuum* - реальный договор (т.е. получающий юридическую силу лишь с того момента, когда на основании соглашения сторон последовала передача *res*, вещи),
- б) состоящий в передаче кредитором в собственность должника,
- в) известной денежной суммы или известного количества других заменимых вещей,
- г) с обязательством для должника вернуть кредитору такую же денежную сумму или такое же количество такого же рода вещей, какие были получены.

Последний признак (п. "г") отличает договор займа от таких договоров, как *commodatum* (ссуда - договор о предоставлении безвозмездного пользования

вещью) или *depositum* (поклажа - договор о безвозмездном хранении вещи): при договорах *commodatum* и *depositum* кредитор имеет право требовать не такую же вещь, какова была переданная им должнику, но именно ту самую, которая была дана, *eandem speciem* (D. 12. 1. 2. pr.).

Заемщик обязан вернуть не только такое же количество вещей, какое было получено, но и по качеству не ниже того, каким отличались полученные займы вещи. Помпоний отмечает, что обязанность вернуть вещи *eadem bonitate*, как полученные, лежит на заемщике независимо от того, было ли предусмотрено такое условие в договоре (D. 12. 1. 3).

460. Риск случайной гибели занимаемых вещей. Поскольку предметом займа служат вещи, определяемые весом, числом, мерой (а не индивидуально), и эти вещи поступают в собственность заемщика, на нем лежит и риск случайной гибели полученных вещей: если в силу случайной причины (пожар, землетрясение, кораблекрушение, нападение разбойников и т.п.) заемщик не имел возможности воспользоваться переданными ему вещами, он не освобождается от обязанности: "*nihilominus obligatus permanet*" - говорит Гай, т.е. тем не менее остается обязанным лицом (D. 44. 7. 1. 4).

461. Переход права собственности на занимаемые вещи. Само название договора *mutuum* Павел наивно производит из передачи вещей в собственность получателя и в связи с этим устанавливает важный принцип, что, если поступающие от меня к тебе вещи не становятся твоими, обязательство не возникает: *et ideo si pop fiat tuum, pop nascitur obligatio* (D. 12. 1. 2. 2). Это принципиальное положение поясняется Гаем на таком примере: подопечный дает займы без согласия опекуна; *quia pop facit accipientis... nullam contrahit obligationem*, т.е., так как он не делает получателя собственником передаваемых вещей... он не устанавливает обязательства (2.82).

Строго говоря, отсюда следует, что давать займы может только собственник вещей. Таково именно и было общее правило: *in mutui datione oportet dominum esse dantem* (D. 12. 1. 2. 4).

Однако были допущены некоторые послабления этого правила и изъятия из него. Прежде всего, в связи с обычаем богатых римлян вести свои денежные дела через банкиров и менял, в классическую эпоху допустили при займе представительство: представитель передавал заемщику деньги, не принадлежащие доверителю, а свои, и заемщик становился обязанным по займу перед доверителем, и обратно, получение денег займы представителем делало представляемого собственником этих денег и, тем самым, заемщиком (D. 12. 1. 15). Далее, в том случае, если даны займы чужие деньги, причем получивший использовал их, возникает также заемное обязательство (D. 12. 1. 19. 1).

В классическом римском праве для лучшего удовлетворения потребностей хозяйственной жизни были допущены и некоторые другие послабления в том же направлении. Эти послабления можно обобщить так, что, помимо непосредственной передачи заменимых вещей в собственность, заем может быть установлен и другими способами, если они приводят к тому же результату.

Римскими юристами приводится ряд отдельных казусов, из которых можно вывести указанное общее правило. У данного лица находятся на сохранении чужие деньги; стороны договариваются, чтобы эта сумма денег считалась данной займы; тем самым устанавливается заемное обязательство (D. 17. 1. 34. pr.). Другой однородный пример приводится Ульпианом (D. 12. 1. 15), когда сумма, полученная доверенным лицом на основании договора поручения и подлежащая передаче доверителю, по соглашению сторон остается у доверенного и считается данной займы.

Словом, допускалось такое установление займа, когда стороны соглашались, чтобы денежная сумма, которую одно лицо должно другому на каком-то ином основании, считалась данной займы. Больше того, допущено было даже такое заключение займа, когда дается индивидуальная вещь с тем, чтобы получивший ее продал и вырученную сумму удержал как занятую (D. 12. 1. 11. pr.). Однако Ульпиан в

приведенном месте, присоединяясь к мнению одного из более старых юристов - Нервы, проводит различие, смотря по тому, была ли индивидуальная вещь (у заимодавца) предназначена для продажи, или эта вещь была не продажная и дана заемщику исключительно в целях займа. Если вещь была вообще продажная, риск случайной гибели ее несет заимодавец на тех же основаниях, как если бы он ее отдал кому-нибудь только для продажи; если же вообще продавать вещь не предполагалось, а вопрос о продаже возник в связи с намерением дать взаймы, риск случайной гибели лежит на получателе-заемщике, в особенности при беспроцентном займе.

462. Односторонность обязательства из займа. Обязательство, возникающее из займа, строго одностороннее: заимодавец имеет право требовать от заемщика возврата такого же количества вещей такого же рода и качества, какое было получено; на заемщике же лежит соответствующая обязанность. Заимодавец уже при самом заключении договора, так сказать, сделал свое дело, передав в собственность заемщика определенную ценность и установив такой передачей договор. Поэтому из договора он получает только право требования и не несет более никакой обязанности; для осуществления этого права в распоряжении заимодавца имеются иски строгого права (*actiones stricti iuris*) - *actio certae creditae pecuniae*, *condictio certi*, *condictio trititaria*. Наоборот, заемщик при заключении договора уже получил деньги или иные заменимые вещи и поэтому не имеет права на основании договора требовать чего-либо, а только несет обязанность возврата такой же денежной суммы или такого же количества других заменимых вещей, какое было получено от заимодавца.

463. Проценты. Нередко заемщик должен был не только вернуть заимодавцу занятую сумму, но еще уплатить с нее проценты. Древнейшая форма процентного займа - *fenus*; например, крестьянину давали взаймы семена с тем, чтобы он вернул часть урожая, покрывающую не только стоимость данных семян, но и некоторую надбавку, т.е. проценты. *Fenus* вызывал среди бедноты возмущения как форма беззастенчивой эксплуатации. К концу республики *fenus* стал выходить из употребления. Но это не значит, что исчезли процентные займы; изменилась только форма: в дополнение к договору займа (*mutuum*) заключалось особое соглашение о процентах (обычно - в форме стипуляции); если такого соглашения заключено не было, предполагался беспроцентный заем (*gratuitum*). Таким образом, процентность займа не принадлежала к числу существенных элементов этого договора (хотя и широко применялась на практике).

Максимальный размер процентов в разные периоды определялся различно: в классическом праве - 1% в месяц, в праве Юстиниана - 6% в год (для торговцев - 8% в год).

Начисление процентов на проценты (анатоцизм) было воспрещено.

Не являлось необходимым и соглашение относительно срока платежа по займу: договор можно было заключить и на точно определенный срок и без срока или на неопределенный срок (в последнем случае кредитор имеет право потребовать возврата занятой суммы когда угодно).

Даже после того, как заем получил исковую силу в качестве реального договора, нередко обязательство оформляли также путем заключения стипуляции, которая то предшествовала реальной передаче, то ее сопровождала; в обоих случаях признается возникшим только одно обязательство, а не два; если кто-нибудь дал деньги взаймы без стипуляции и непосредственно вслед за этим совершил стипуляцию, возникает один договор (*unus contractus est*); то же самое придется сказать и о том случае, если сначала совершена стипуляция, а вслед за тем отсчитаны деньги (D. 46. 2. 6. 1).

464. Заемные расписки. Под влиянием греческого права вошли в практику Рима специальные документы - хирографы (расписки) (п. 452). Составление такого документа, представлявшего собой расписку должника (заемщика) в получении денежной суммы или иной валюты займа, облегчало для кредитора лежавшее на его

обязанности доказывание факта передачи валюты займа, а следовательно, и доказывание права требовать от должника возврата занятой суммы. Обеспечительный характер расписки (в только что указанном смысле) объясняет другое название, которое имел такой документ: *cautio creditae pecuniae* (документ, обеспечивавший доказательство передачи денег займа). Павел приводит нам образец такого документа:

Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi dedomo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est P. Maevius, sponendi ego L. Titius (D. 12. 1. 40. Quaestiones, III кн.).

(Я, Люций Тиций, написал настоящую расписку в том, что я получил от Публия Мевия 15, которые отсчитаны им на дому; Публий Мевий стипулировал, а я, Люций Тиций, обещал аккуратно вернуть эти 15 в следующие календы.)

В том же сочинении (Quaestiones, III книга) Павел дает образец более подробной расписки:

Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsi coram subscribente et assignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis mutua denaria mille; quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, sponndit Candidus dominus meus (D. 45. 1. 126. 2).

(Я, Хризогон, раб Флавия Кандида, написал эту расписку, в присутствии моего господина, за его личной подписью и печатью, в том, что он получил займа 1000 динариев от Юлия Зосы, ведущего дела отсутствующего Юлия Квинтилиана; возврат этой суммы Квинтилиану или его наследнику, кого это дело будет касаться, в ближайшие ноябрьские календы, вольноотпущенник Зоса, ведущий дела Квинтилиана, стипулировал, а мой господин Кандид обещал.)

465. Оспаривание займа по безвалютности. Эта практика составления письменного документа, расписки, в которой должник подтверждал факт получения валюты, породила опасность неосновательных требований кредиторов от должников не полученных последними сумм. По самому характеру договора займа более сильной в социально-экономическом смысле стороной является заимодавец. Заемщик, нуждающийся в денежной сумме, фактически оказывается в зависимости от заимодавца, который может диктовать ему условия. На этой почве в жизни стали нередки случаи, когда составление документа не сопровождало получение валюты займа, а предшествовало ему. В связи с этим нередко имели место и такие случаи, когда должник, ожидающий получения валюты, подписывает, по требованию более сильного (социально и экономически) кредитора, документ, удостоверяющий обязанность должника вернуть полученную валюту займа, этот документ передается кредитору, а между тем валюту должник фактически так и не получает.

На почве таких фактов для должника создавалась угроза, что недобросовестный кредитор использует имеющуюся у него на руках расписку, содержащую признание должника в получении валюты, и последнему придется платить неполученную сумму займа. Очевидно, что такая угроза нередко действительно осуществлялась и это приводило к вредному для спокойствия Рима озлоблению должников. Поэтому и возник вопрос о необходимости предоставления должнику каких-то правовых средств, чтобы оградить его от опасности взыскания несуществующего долга.

С этой целью в тех случаях, когда кредитор, не передавший должнику валюту займа, тем не менее предъявлял к нему иск о возврате занятой суммы, должнику стали давать *exceptio doli*, т.е. он мог сослаться против иска кредитора на то, что в действиях кредитора, не передавшего должнику валюты и тем не менее требующего от него платежа занятой суммы, опираясь на формальный момент - подписание должником документа о получении валюты, - заключается самая тяжкая недобросовестность - *dolus*. Гай (4. 119) приводит именно этот пример, когда поясняет сущность *exceptio doli*: истец требует денежную сумму; должник ссылается на то, что он этой суммы не получал: тогда в формулу иска вставлялась оговорка, что присуждение в пользу истца требуемой им суммы должно последовать только

при условии, если в его действиях до суда и во время суда нет *dolus malus*: "*si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*". Позднее эта эксцепция (в данных обстоятельствах) получила наименование *exceptio pop numeratae pecuniae*.

Должник мог и не дожидаться предъявления кредитором иска, а активным своим поведением предупредить самую возможность такого иска. Именно, он мог сам предъявить иск о возврате ему его расписки, выданной в предположении, что вслед за тем будет передана валюта займа. Поскольку такой передачи не произошло, расписка остается у кредитора без достаточного к тому основания, т.е. к этим случаям должен быть применен кондикционный иск (*condictio*), дававшийся для истребования от должника неосновательного обогащения, полученного им за счет истца (см. п. 561).

Использование этих средств - *exceptio pop numeratae pecuniae* и кондикционного иска об истребовании расписки связано было для должника с трудной задачей - доказать отрицательный факт - неполучение валюты. Ибо по общим правилам процесса, предъявляя кондикционный иск об истребовании документа, должник в качестве истца должен был доказать факт, из которого вытекает исковое требование; ссылаясь на неполучение валюты в эксцепции против иска кредитора, должник и в этом случае должен доказать тот же факт.

Трудность доказывания отрицательного факта до крайности умаляла практическое значение этих мер защиты интересов должника. В этом отношении дело приняло более благоприятный для должника оборот только позднее (в III в. н.э.), когда *onus probandi* (бремя доказательства) переложено было на кредитора: если должник заявлял против иска кредитора *exceptio pop numeratae pecuniae*, на истца возлагалась обязанность доказать факт платежа валюты. Таким образом, была допущена возможность опротестования в течение известного срока содержащегося в расписке признания должника в получении валюты, для чего достаточно было лицу, выдавшему расписку, заявить, что оно валюты не получало; это и была *exceptio* или *querela pop numeratae pecuniae*.

Чем объясняется такая мера, не совсем понятная с точки зрения социального положения кредиторов и должников? Несомненно, что кредиторы в основном принадлежали к господствующим группировкам рабовладельческого класса, интересы которых непосредственно защищались государственной властью; почему же в праве получили в данном случае отражение интересы не кредиторов, представителей господствующего слоя общества, а должников?

Необходимо, прежде всего, иметь в виду, что *querela pop numeratae pecuniae* в этом последнем виде принадлежит не к классическому праву, а к позднему императорскому периоду: одноименные средства защиты, упоминаемые в Дигестах от имени отдельных классических юристов, имеют совсем другой характер и не отличаются только что отмеченными особенностями в распределении *onus probandi*, обязанности доказывания. В Кодексе Юстиниана (С. 4. 30) более старые конституции не могут считаться подлинными; в частности, должна считаться доказанной неподлинность (С. 4. 30. 3), принадлежащая, судя по ее инскрипции (надписанию), Каракалле (215 г.). Нет и ни одного другого надежного источника по данному вопросу, относящегося к классической эпохе; приходится признать, что институт *querela pop numeratae pecuniae* принадлежит к позднему императорскому периоду.

Объяснение этого загадочного института так трудно, что у некоторых старых авторов звучит даже нота отчаяния и полного отказа как-нибудь объяснить этот институт: *querela pop numeratae pecuniae* называли "непонятным для здравого рассудка *mysterium iuris*" (Koster, *Defectiones iuris comm.*, 1653, стр. 151), "странным недоразумением, явная несправедливость которого бросается в глаза всякому не лишенному от природы здравого рассудка человеку" (Ludwig, *Gelehrte Anzeigen*, 1, стр. 238).

В новое время в литературе дан ряд объяснений этого своеобразного правового института, но задачу нельзя признать окончательно разрешенной. Следует отметить

одно объяснение, в наивной форме данное еще на грани между XVIII - XIX вв. (в работе Cocceii, *Ius civile controversum*, tom. I, Lips. 1799, 4 Tit. de R. C. qu. 22): *Quod praesumptio, sit contra actorem, cum propter aviritiam creditorum, tum propter indigentiam debitorum*, т.е. эта презумпция против истца введена как ввиду жадности кредиторов, так и во внимание к нужде должников), а затем вскользь брошенное юристом Pfaff (*Ueber den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung*, 1897, 66 - 69) и, наконец, более подробно изложенное Monnier (*Etudes de droit byzantin*, II, 1900, 77 - 82).

Монпьер усматривает единственно правильное и достаточное объяснение института *querela* в желании императоров, рескриптами которых этот институт создан, предупредить злоупотребления со стороны *potentiores*, выступавших в качестве заимодавцев и державших заемщиков в своих руках. Что такой мотив в законодательстве римских императоров, в особенности позднейшего периода, начиная примерно с Диоклециана, имел большое значение в ряде правовых институтов, это нужно признать бесспорным фактом.

С классовой и политической стороны такая борьба императоров с влиятельными магнатами (*potentiores*) является понятной: именно в эту эпоху развивается абсолютизм императорской власти, под углом зрения которого чрезмерное социальное и экономическое влияние таких магнатов (*potentiores*) могло представляться опасным и, во всяком случае, нежелательным. Разбухание чиновничьего аппарата, увеличение расходов в связи с безумной роскошью императорского двора и ряд других причин побуждали императоров все увеличивать налоговое бремя. Не в интересах фиска, а следовательно, и императоров, было бы полное разорение отдельными *potentiores* основных налогоплательщиков - земледельцев и ремесленников. Никакого реального облегчения своего положения эти плательщики налогов - *humiliores* - не получали, так как принимавшиеся императорами меры защищали *humiliores* от разорения со стороны *potentiores* лишь для того, чтобы можно было с большим успехом выжать из этих *humiliores* все соки в пользу фиска. Но факт принятия императорским законодательством мер против засилья *potentiores* не подлежит сомнению. Однако для того, чтобы признать влияние этого мотива в институте *querela* по *pumeratae rescipiae*, прямых данных в нашем распоряжении не имеется.

Недостаточность документальных данных совершенно естественна: институт сложился из императорских рескриптов, дававших ответы на конкретные вопросы. Редакторы этих актов находились под влиянием случайно нахлынувшего материала, они не брались за планомерную разработку вопроса (да и не стремились к такой разработке); тем не менее они могли остановиться на главных основаниях, побудивших провести реформу.

Вероятное само по себе объяснение *querela* по *pumeratae rescipiae* борьбой с могущественными заимодавцами (*potentiores*) нельзя, разумеется, строить на том, что императорами руководили соображения человеколюбия и милосердия, когда они проводили такого рода мероприятия: на эти меры их наталкивали, с одной стороны, отмеченные выше опасения чрезмерного роста могущества таких *potentiores*, с другой стороны - финансово-хозяйственные трудности, требовавшие максимального использования каждого гражданина, каждого отдельного хозяйства и сохранения в этих целях платежеспособности плательщиков налогов.

Давая должнику облегчение в форме перенесения, при заявлении *querela*, на кредитора *opus probandi*, императорское законодательство ограничило применение этой льготы определенным сроком (сначала - один год, потом пять лет, наконец, при Юстиниане - два года) (С. 4. 30. 14), в течение которого допускалось оспаривание должником выданной им расписки; незаявление должником в пределах этого срока судебного спора против выданной им расписки с помощью *querela* по *pumeratae rescipiae* имело своим последствием, что эта расписка, содержащая признание должника в получении валюты, получала значение бесспорного и неоспоримого доказательства.

Ограничение применения описанной льготы для заемщиков сроком можно объяснить

так. В Риме было распространено обыкновение сначала вручать заимодавцу долговой документ с распиской в получении валюты, а потом по ассигновке заимодавца получать валюту либо от менялы, ведущего денежные дела капиталиста, либо от прокуратора или раба, заведующего его кассой. Выдача валюты доказывалась книгами этих представителей заимодавца, выданными им расписками или же их свидетельскими показаниями. Так как по истечении более или менее продолжительного времени представить доказательства фактической выдачи валюты было трудно, то формальные долговые документы и становились через некоторый срок бесспорными документами. При этом доказательная сила заемного документа становилась настолько безусловной, что, если даже должник брался сам доказать неполучение валюты, ему не разрешалось представить такие доказательства.

466. Денежные займы подвластных. При императоре Веспасиане (конец I в. н.э.) был издан специальный акт - *senatusconsultum Macedonianum*, воспретивший денежные займы подвластным детям без согласия или ведома домовладыки. Свое название это сенатское постановление получило по имени некоего Macedo, который взял деньги взаймы, а затем, не имея возможности удовлетворить требования кредитора о возврате занятой суммы и опасаясь неприятностей, связанных с принудительным взысканием, убил своего отца, чтобы таким образом ускорить получение наследства и расплатиться с кредитором.

Senatusconsultum Macedonianum признает полную силу займа подвластного только в тех случаях, когда заем был получен с согласия или ведома домовладыки либо был обращен на пользу домовладыки. Если этих условий нет, то против иска заимодавца стали давать *exceptio senatusconsulti Macedoniani* и этим обессиливать их (даже после смерти домовладыки, когда подвластный становился *persona sui iuris* - D. 14. 6. 1. *pr.*). Впрочем, подвластный остается обязанным *naturaliter*, т.е. обязательство может быть погашено платежом, но не защищается иском (D. 12. 1. 14; см. выше п. 283).

Запретительная норма сенатусконсульта относится только к займу в узком смысле (когда происходит *recupiae pumeratio*); если, например, совершена стипуляция, то хотя бы, говорит Ульпиан, отсюда получилось отношение заемного характера (*licet coeperit esse mutua recupiae*), однако сенатусконсульт не применяется, так как здесь нет передачи денег (*quia recupiae pumeratio non concurrit*). Но это только при условии, если не имелось в виду действовать в обход сенатусконсульта, а это было бы, например, в том случае, если бы лицо, не имея возможности дать взаймы, продало вещь, чтобы подвластный получил цену вещи в качестве валюты займа (D. 14. 6. 3. 3). Для большей устойчивости деловых отношений признавалось, что если заимодавец по уважительным причинам не знал, что заемщик - подвластное лицо, запрет этого сенатусконсульта не применялся (впрочем, это не бесспорно: с одной стороны - D. 14. 6. 3. *pr.* 19, а с другой стороны - D. 14. 6. 7. 7).

467. *Foenus nauticum*. Специальная разновидность займа сложилась в торговой жизни под названием *recupiae traiecticia* или *foenus nauticum* - морской или корабельный заем. Сущность этой формы займа (перешедшей в римское право из Греции) заключалась в следующем. Заимодавец дает заемщику валюту для определенной цели и под определенным условием. Именно, заем дается для мореходных и торговых целей (*traiecticia ea recupiae est, quae trans mare vehitur*), говорит Модестин (D. 22. 2. 1). При этом заемщик принимает на себя обязательство вернуть занятую сумму лишь при условии, если корабль благополучно дойдет до места назначения. Таким образом, риск случайной гибели данной валюты несет заимодавец; то же самое признается и в отношении закупленных на эту валюту товаров, поставив вопрос, одинаково ли правовое положение полученных денег и товаров, приобретенных на них, тот же Модестин говорит: имеет значение, перевозятся ли и эти товары на риск кредитора; в этом последнем случае, говорит он, имеется *traiecticia recupiae*. Лежащий на кредиторе (заимодавце) риск компенсировался тем, что заем в данном случае не только является процентным, но проценты сначала не подлежали ограничению, а со времени Юстиниана, по-видимому, допускались в размере до 12%, как своего рода страховая премия за

время путешествия (*quamdiu navigat navis*).

§ 135. Ссуда (*commodatum*)

468. Определение. Договор ссуды (*commodatum*) состоит в том, что одна сторона (*commodans*, ссудодатель) передает другой стороне (ссудоприемателю, *commodatarius*) индивидуально-определенную вещь для временного безвозмездного пользования, с обязательством второй стороны вернуть по окончании пользования в целости и сохранности ту же самую вещь.

Подобно займу, договор *commodatum* также является реальным контрактом, т.е. обязательство из этого договора возникает лишь тогда, когда состоялась передача вещи ссудополучателю, пользователю: здесь также *re contrahitur obligatio*.

469. Предмет ссуды. Ульпиан (D. 13. 6. 1. 1), комментируя слова преторского эдикта - "если будет заявлено, что данным лицом дана вещь в ссуду, то этому лицу будет дан иск", - говорит, что истолкование этого места эдикта не представляет затруднений. "Единственно, на чем нужно остановиться, - говорит он, - это на соотношении понятий - *commodatum*, о котором говорит эдикт, и *utendum datum* (передача в пользование), о котором упоминает Пакувий". Поставив такой вопрос, Ульпиан приводит ответ на него Лабео, полагавшего, что между этими двумя категориями - соотношение "рода" и "вида": предметом *commodatum* может быть только движимая вещь, но не участок земли; в пользование вообще можно дать и земельный участок. Ульпиан не соглашается с таким ограничительным толкованием *commodatum* и утверждает (подкрепляя свое мнение ссылкой на такое же понимание со стороны Пассия), что в качестве *res commodata* может быть и недвижимость.

Однако не всякая вообще вещь может быть предметом *commodatum*: поскольку при этом договоре вещь передается во временное пользование с обязательством вернуть ту же самую вещь, естественно, что предметом ссуды может быть только индивидуально-определенная незаменимая и непотребляемая вещь; если, например, предметом договора является охапка дров на топку печи, то как только дрова сгорят, возврат тех самых дров, какие были получены, станет невозможным, и речь может идти только о возврате такого же количества таких же вещей (т.е. о займе). Нельзя дать в ссуду, говорит Ульпиан, *id quod usu consumitur*, вещи, которые при пользовании потребляются, - кроме тех исключительных случаев, когда вещи берутся только для выставки и т.п. (*ad pompam vel ostentationem* - D. 13. 6. 3. 6).

470. Ответственность ссудополучателя. Договор ссуды имеет целью предоставление вещи в безвозмездное пользование, т.е. из этого договора получает *utilitas*, хозяйственную выгоду, только ссудополучатель. Это обстоятельство учитывается римскими юристами при решении вопроса о пределах ответственности ссудополучателя за сохранность вещи: поскольку договор заключен в его интересе, на него возлагается строгая ответственность, а именно он отвечает за *omnis culpa*, т.е. не только за *dolus*, намеренное причинение ущерба ссудодателю, не только за *culpa lata*, за грубую небрежность, но и за *culpa levis*, за легкую небрежность.

Ссудоприематель обязан хранить данную ему в пользование вещь, пользоваться ею надлежащим образом, т.е. в соответствии с хозяйственным назначением вещи и указаниями договора, и проявлять при этом заботливость (*diligentia*) хорошего хозяина, т.е. не допускать никакой невнимательности, непредусмотрительности, беззаботности, какие несвойственны хорошему хозяину.

Только тогда, когда ссудоприематель проявил полную внимательность, предусмотрительность, заботу, так что вред для ссудодателя возник вследствие простой случайности, *casus*, которому, по словам Гая, невозможно сопротивляться (D. 13. 6. 18. pr.), ссудополучатель не несет ответственности перед ссудодателем: случайно возникший вред для вещи относится за счет ее собственника.

Этому принципу не противоречит, в частности, казус, рассказанный Гаем в только что цитированном месте: одно лицо попросило у другого в ссуду серебряную посуду

для сервировки стола к званому обеду; получив серебро, ссудоприематель поехал с ним за море; Гай считает, что ссудоприематель в этом случае должен отвечать и за случайную гибель серебра при нападении пиратов или при кораблекрушении. Гай добавляет "*sine ulla dubitatione*" (без всякого сомнения), т.е., по мнению Гая, этот вопрос совсем простой - дело в том, что самый факт перевозки серебра, взятого для определенной цели, является виной, а потому и гибель вещи от причин, связанных с нахождением ее в пути, перестает быть случайностью. Но так как предоставленная для пользования вещь остается по-прежнему в собственности ссудодателя, то риск случайной гибели переданной вещи не переходит на ссудополучателя, а остается по-прежнему на ссудодателе как собственнике вещи. Помпоний рассказывает конкретный казус по этому поводу: ссудодатель предоставил в пользование ссудополучателя лошадь для поездки в определенное место; в пути, без всякой в том вины пользователя, лошадь была испорчена; юрист признает, что ссудополучатель не несет ответственности за порчу вещи (D. 13. 6. 23).

471. Обязательства ссудодателя. Договор ссуды, как уже отмечено выше, несет *utilitas* только для одной стороны, ссудоприемателя. Тем не менее *commodatum* не является таким строго односторонним договором, как *mutuum* (заем). По этому поводу Павел (D. 13. 6. 17. 3) оставил нам следующие соображения. Договор ссуды на стороне ссудодателя никогда не основывается на хозяйственной необходимости, это - дело доброй воли и долга ссудодателя (это - больше дело *voluntatis et officii*, чем *necessitatis*). Поэтому он сам, оказывая эту любезность (по выражению римского юриста - благодеяние, *beneficium*), определяет и форму, и пределы этой любезности (или благодеяния). Но раз ссудодатель любезность оказал, он уже связал себя: он не может по своему произволу прекратить договорное отношение, истребовать раньше времени предоставленную в пользование вещь и т.д. Таким произвольным действиям препятствует не одно только *officium*, но и принятое на себя обязательство: юрист подчеркивает, что *commodatum* - сделка обоюдная и из нее возникают и иски у обеих сторон: *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones*.

Разумеется, обязательство ссудополучателя - основное: во-первых, оно возникает всегда и безусловно - коль скоро получена во временное пользование чужая вещь, возникает непременно обязательство вернуть эту вещь; во-вторых, это обязательство основное, и по хозяйственному его значению - возврат вещи есть сущность всего возникающего отношения.

Обязательство ссудодателя может возникнуть, а может и не возникнуть: если ссудодатель предоставляет вещь в исправном состоянии, в его лице возникает только право (требовать по окончании договора возвращения данной в ссуду вещи в исправном состоянии), но никакого обязательства на нем не лежит. Но если ссудодатель передал в пользование вещь в таком состоянии, что она причинила ссудополучателю убытки, дал вещь *vitiosa* (с пороками), он обязан возместить ссудополучателю убытки, конечно, при условии своей вины (поэтому ссудодатель не несет ответственности, если сам не знал о пороках данной в ссуду вещи). Павел мотивирует эту норму так: "*adiuvare quippe pos, non decipi, beneficio oportet*", т.е. благодеяние, любезность, которые содержатся в договоре ссуды, должны дать поддержку, помощь тому, кому ссуда предоставляется, а не должны его обманывать, вводить в убытки (D. 13. 6. 17. 3). Так, если лицо, которому нужно поставить подпорки к зданию, попросит одолжить ему для этого бревна, а ссудодатель даст ему гнилые (причем негодность бревен не была заметна) и бревна рухнут, а с ними рухнет здание, возникнут для ссудоприемателя убытки, то ссудодатель, по словам того же Павла, эти убытки должен возместить. Или: ссудодатель дает в пользование больное животное, которое заражает имеющийся у ссудоприемателя собственный скот; ссудодатель ссудил заведомо худые или вообще негодные сосуды, ссудоприематель, который не мог заметить неисправности сосудов, налил в них вино или масло, и это вино либо масло вытекли или испортились (D. 13. 6. 18. 3. Гай). Во всех таких случаях для ссудоприемателя открывается возможность требовать возмещения убытков ссудодателем.

Однако римские юристы учитывали, что обязанности, лежащие на ссудодателе и

ссудоприноимателе, не эквивалентны ни с какой точки зрения: ни по условиям возникновения, ни по экономическому удельному весу, по существенности значения. Две встречных обязанности, вытекающие из договора ссуды, не находятся в таком соотношении, как при договорах купли-продажи, найма и т.п. В этих последних случаях с заключением договора связываются, в качестве неременных последствий, обязанности как той, так и другой стороны (обязанность продавца - передать в обладание покупателя проданную вещь, обязанность покупателя - уплатить за эту вещь условленную цену и т.д.). Обе эти обязанности имеют одинаково важное, одинаково существенное значение, и не может быть законного договора купли-продажи, из которого возникла бы обязанность продавца и не возникла бы обязанность покупателя или наоборот. Равным образом оба предоставления, которые обязуются сделать продавец и покупатель, и по экономической своей ценности рассматриваются как принципиально эквивалентные: стоимости вещи формально соответствует определенная цена (такие договоры называются синаллагматическими).

При договоре ссуды никакого эквивалента предоставлению вещи в пользование нет, так как пользование по этому договору предоставляется безвозмездно. Обязанность на стороне ссудодателя может возникнуть только случайно, если в самом предоставлении вещи в пользование будет заключаться вина ссудодателя, из которой для ссудополучателя возникли убытки. Для того чтобы взыскать со ссудодателя эти убытки, ссудоприноиматель получал иск. Но этот возможный (эвентуальный), не безусловно возникающий иск римские юристы охарактеризовали и в самом его названии: если иски продавца и покупателя, наймодателя и нанимателя имели каждый свое наименование, отражавшее его самостоятельное значение (*actio empti* - *actio venditi*; *actio locati* - *actio conducti*), то здесь иск носил одно и то же название - *actio commodati*, причем иск ссудодателя назывался *actio commodati directa*, прямой, основной, а иск ссудоприноимателя - *actio commodati contraria*, противоположный, обратный, встречный иск, который может возникнуть, а может и не возникнуть. Назвав случаи, когда ссудодатель фактом предоставления вещи в пользование может причинить пользователю ущерб, Павел говорит: "*Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est*", - т.е. на этом основании следует признать целесообразным и *contrarium iudicium*, т.е. обратный иск ссудоприноимателя (D. 13. 6. 17. 3).

Ссудодатель несет ответственность лишь за *dolus* и *culpa lata*, но не за *culpa levis*: вступая в договор без личной для себя выгоды, он, по принципам римского права, не может считаться обязанным принимать особо тщательные меры для ограждения интересов ссудоприноимателя; если вещь и не первоклассных качеств, ссудоприноиматель не имеет права на этом основании заявлять претензию ссудодателю; здесь применяются те же принципы, какие нашли выражение в правиле народной мудрости: "дареному коню в зубы не смотрят".

Но если ссудодатель допускает *culpa lata*, которая *dolo comparatur* (приравняется к *dolus*), он должен отвечать перед ссудоприноимателем. Такое недобропорядочное отношение со стороны ссудодателя римский юрист признает, например, в тех случаях, когда ссудодатель, предоставив вещь в пользование на определенный срок, им же самим принятый, потом преждевременно и в неблагоприятный для ссудоприноимателя момент (*intempestive*) прекратит пользование и отберет вещь: такое поведение недопустимо не только с точки зрения *officium* (порядочности), но оно противоречит и принятому по договору обязательству, в этом смысле договор ссуды приобретает черты двусторонности: *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones* (сделка имеет взаимный характер, а потому и иски даются каждой стороне в отношении другой - D. 13. 6. 17. 3).

472. *Actio commodati contraria* может быть использована также и для получения со ссудодателя возмещения ссудоприноимателю некоторых понесенных им издержек. Именно, среди издержек, какие приходится ссудоприноимателю нести на взятую в пользование вещь, есть такие, которые, естественно, сопровождают процесс пользования и не могут быть переложены на ссудодателя; например, взяв в ссуду раба или животное, ссудоприноиматель должен, конечно, и кормить их, а потому не

вправе предъявить к ссудодателю счет о возмещении такого рода издержек. Иное дело, если раб или животное заболели и их пришлось лечить: понесенные на этот предмет расходы могут составить предмет *actio commodati contraria*.

В числе *iustae causae* (справедливых оснований), какие, по мнению Гая, позволяют ссудоприемателю предъявить иск к ссудодателю, он называет иски *de impensis in valetudinem servi factis*, т.е. иски о расходах, понесенных на восстановление здоровья раба (попутно Гай добавляет, что издержки на кормление раба по естественному разуму относятся на того, кто принял раба в пользование).

473. Ссуда и заем. Договор ссуды по хозяйственной цели является родственным договору займа; однако между ними имеются и существенные различия, как это видно из следующей таблицы:

ЗАЕМ	ССУДА
а) Предмет договора - вещи, определенные родовыми признаками.	а) Вещи индивидуально-определенные.
б) Вещи передаются на праве собственности.	б) Вещи передаются во временное пользование.
в) Получатель обязан вернуть такое же количество вещей того же рода.	в) Получатель обязан вернуть полученную вещь.
г) Риск случайной гибели переданной вещи лежит на получателе (как собственнике)	г) Риск случайной гибели вещи лежит на передавшем ее собственнике.
д) Обязательство - строго одностороннее.	д) Наряду с основной обязанностью получателя вещи, может возникнуть обязанность ссудодателя возместить вред, причиненный ссудополучателю.

474. Прекарий. Договор ссуды не должен смешиваться в особым отношении, именовавшимся *precarium* (прекарий). Сходство этих двух правовых форм - *commodatum* и *precarium* заключается: а) в том, что обе они предназначены служить средством для предоставления имущественных благ в пользование одним лицом другому, и б) в том, что как при *commodatum*, так и при *precarium* пользование предоставляется безвозмездное.

Различие же этих правовых форм заключается в том, что договор ссуды хотя и не становился недействительным в случае неуказания срока пользования и, следовательно, мог быть установлен без определения срока пользования, но все же нормально содержал или точное указание срока пользования, или, по крайней мере, содержал указание обстоятельств, применительно к которым получал определенность срок пользования вещью. *Precarium* же по самому существу предполагал предоставление имущества в пользование до востребования. Ульпиан так и определяет эту сделку: "*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*", т.е. *precarium* есть предоставление в пользование по просьбе (откуда название) лица на такой срок, на какой терпит, допускает лицо, разрешившее такое пользование (D 43. 26. 1. pr.).

Эта особенность прекария не случайна. Она проистекает из тех социально-экономических отношений, которые породили эту сделку. *Precarium* уходит своими корнями в очень отдаленные периоды римской истории. Еще в те отдаленные времена богатые и знатные римляне, имевшие под своим покровительством бедных,

зависимых людей, получавших в этих случаях наименование клиентов, желая еще крепче связать этих зависимых людей, нередко оказывали им те или иные милости и подачки, причем для этих бытовых отношений никаких определенных правил и рамок не устанавливалось, а все отдавалось на произвол богатого патрона.

Зависимое положение прекариста было настолько характерно для этого отношения, что не допускалось соглашение, отменявшее право лица, давшего вещь в прекарное пользование, в любое время истребовать вещь обратно. Цельз ставит такой вопрос: при предоставлении имущества в прекарное пользование, стороны договорились, что прекарист может сохранить в своем обладании и пользовании данное имущество в течение определенного срока (*in kalendas Iulias*), а потом давший имущество отбирает его у прекариста раньше условленного срока; можно ли в этом случае в защиту прекариста дать возражение, что вещь отбирается преждевременно? Цельз отвечает отрицательно на том основании, что не имеет силы соглашение, по которому можно было бы обладать чужой вещью при нежелании собственника оставить ее у прекариста (D. 43. 26. 12. pr.).

Все отношение носило односторонний характер: дающий вещь в прекарное пользование не может быть чем-либо связан, он может свободно менять свое решение, почему и принято говорить, что в римском праве прекарий не имел договорной природы. Эта черта считалась настолько характерной для всего отношения, что, если предоставление вещи в пользование сопровождалось соглашением по вопросу о возврате вещи, отношение не считалось прекарным (D. 43. 26. 15. 3).

Но, с другой стороны, и прекарист не считался связанным по договору. Давший вещь в прекарное пользование мог привлекать прекариста к ответственности только на том основании, что он допустил злой умысел, *dolus malus*, в пользовании вещью. Впрочем, для истребования вещи путем специального интердикта *de precario* было достаточно установить факт прекарного пользования (*precario ab illo habere*), и отобрание вещи было гарантировано.

С течением времени, однако, отношение стало принимать черты договорного отношения. Этот подход отразился, во-первых, на увеличении ответственности прекариста. Как во многих других случаях, и здесь грубая небрежность, *culpa lata*, была приравнена к *dolus*. С момента предъявления иска прекарист несет ответственность на тех же началах, как всякий должник, допустивший просрочку (*mora debitoris*, см. п. 232): он с этого момента несет ответственность за случайную гибель и порчу вещи. Если давший вещь в прекарное пользование заявил требование о ее возврате, а прекарист оставляет это требование без исполнения, вещь считается находящейся у него без законного основания, а потому возврата владения такой вещью можно требовать посредством *condictio sine causa*.

В позднейшем праве Юстиниана прежний бытовой колорит прекария в значительной мере стерся, происхождение этого института стало забываться, и для защиты давшего вещь на прекарных началах стали давать в целях возврата вещи не только *interdictum de precario*, но и *actio praescriptis verbis*, т.е. иск, который давался для защиты управомоченных по договорам, не подходившим ни под один из сложившихся типов (впоследствии обозначенных общим термином *contractus in nomen*, т.е. безыменных контрактов; см. п. 534 и сл.).

Юлиану приписаны слова: "*Cum quid precario rogatum est, non solum interdicte uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*", т.е. в уста классического юриста вложены слова, что помимо интердикта можно для возврата вещи от прекариста воспользоваться иском, который называется *condictio incerti*, т.е. *praescriptis verbis* (D. 43. 46. 19. 2). Это, несомненно, вставлено (интерполировано) составителями сборника Юстиниана, так как классический юрист никогда не позволил бы себе соединить словами "*id est*" - "то есть" такие разнородные правовые средства, как *condictio incerti*, с одной стороны, *actio praescriptis verbis* - с другой.

Достаточно напомнить, что *condictio incerti* была иском строгого права, *stricti iuris*, а

actio praescriptis verbis была иском bonae fidei. В эпоху Юстиниана уже забыли это принципиальное различие, но в классический период оно было настолько существенно, что никак нельзя допустить, чтобы такой выдающийся юрист, как Юлиан, забыл об этом обстоятельстве и поставил знак равенства между одним и другим иском. Есть упоминание об actio praescriptis verbis в другом месте источников, приписанном Ульпиану (D. 43. 26. 2. 2); подлинность этого места также более чем сомнительна.

Любопытно отметить, что, проводя так последовательно начало зависимости прекариста от собственника, передавшего вещь в прекарное пользование, римское право, наряду с этим, признавало за прекаристом юридическое владение, которого не было, например, у арендатора. Это следует рассматривать не как льготу, установленную для прекариста, а исключительно в интересах собственника: положение владельца делает для прекариста возможным своевременное принятие мер в интересах собственника, который, находясь вдали от имущества, мог бы в значительной мере пострадать, если бы теоретический принцип, что прекарист - лицо зависимое и самостоятельно выступать на защиту своего права не может, применялся со всей последовательностью. Владельческая защита позволяла прекаристу не упустить вещь, если на нее делается посягательство со стороны, и этим гарантировать собственнику целостность его имущества.

В остальном прекарист рассматривался как не связанный договором, и в этом отношении его положение резко отличалось от положения ссудоприемателя, являвшегося обыкновенным контрагентом по договору.

§ 136. Договор хранения или поклажи (depositum)

475. Определение.

Depositum est, quod custodiendum alicui datum est (D. 16. 3. 1. pr.).

(Depositum - это то, что дано кому-нибудь на сбережение (на хранение).)

Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto (D. 16. 3. 1. 8.).

(Если отданная банщику на сохранение одежда погибла, то различаются два случая: если за сохранение не было вознаграждения, то хранитель несет ответственность по договору depositum и должен за dolum; если же хранитель получил вознаграждение, он отвечает по договору найма.)

Из этих отрывков источников можно предварительно установить, что под именем depositum, поклажи, разумеется договор, по которому одна сторона (депонент, поклажедатель) передает другой стороне (депозитарию, поклажеприемателю) вещь для безвозмездного хранения.

476. Отличительные признаки. Отличительные признаки, характеризующие договор depositum, сводятся к следующим.

(1) Depositum - контракт реальный: обязательство из этого договора возникает не, т.е. посредством передачи вещи; одно соглашение о том, что известное лицо обещает принять на хранение вещь другого лица, еще не устанавливало обязательство из depositum.

(2) Не требуется, чтобы поклажедатель был собственником отдаваемой на хранение вещи: можно заключить depositum и в отношении чужой вещи (например, находящейся у данного лица на сервитутном праве, по договору ссуды, в качестве залога и т.д.). Марцелл (D. 16. 3. 1. 39) считает, что даже разбойник или вор, отдавшие краденые вещи на хранение, recte depositi acturos: они также заинтересованы в хранении вещей (кстати, заинтересован в этом и собственник, которому придется в дальнейшем отбирать свои вещи от вора).

Таким образом, поклажедателем может быть всякое заинтересованное лицо. Но не может быть отдана на хранение вещь, принадлежащая поклажеприемателю. "Кто позволяет оставить у себя на хранение свою же собственную вещь (или берет свою

вещь в пользование), - говорит Юлиан, - не отвечает ни по *actio depositi* (по иску из договора о хранении), ни по *actio commodati* (по иску из ссуды)" (D. 16. 3. 15). "Не может быть ни залога на свою вещь, ни договора хранения, ни прекария, ни купли, ни сдачи себе внаймы", - повторяет Ульпиан (D. 50. 17 45).

(3) Нормально предметом договора хранения (как и предметом ссуды) является вещь индивидуально-определенная. Однако в римском праве допустили также и договоры о хранении вещей, определенных родовыми признаками; но передачу на хранение таких вещей нельзя признать соответствующей характеру данного договора: недаром *depositum* вещей, определенных родовыми признаками, обозначается как *depositum irregulare*, т.е. не обычный, не нормальный вид договора, а какой-то особый, чрезвычайный (см. п. 483).

(4) Цель передачи вещи - хранение ее поклажепринимателем. Поклажеприниматель не только не становится собственником вещи, он даже не является ее владельцем; он только держатель вещи на имя поклажедателя, не имеющий права пользоваться вещью.

(5) Вещь может быть передана по договору *depositum* или на определенный срок, или до востребования. Включение в договор срока хранения несущественно.

(6) По окончании срока хранения (а при бессрочном хранении - по заявлению поклажедателя) вещь, в соответствии с целью договора, должна быть возвращена поклажедателю, притом (в случае обычного, нормального *depositum*) именно та индивидуальная вещь, которая была принята на хранение.

(7) Существенным признаком *depositum* является его безвозмездность (этим признаком он отличается от договора найма).

Таким образом, договор *depositum* (нормальный) является реальным контрактом, по которому лицо, получившее от другого лица индивидуально-определенную вещь, обязуется безвозмездно хранить ее в течение определенного срока или до востребования и по окончании хранения возвратить в целости и сохранности лицу, передавшему вещь на хранение.

477. Характеристика обязательства из *depositum*. *Depositum* не устанавливает равноценных, эквивалентных прав и обязанностей для той и другой стороны (как то имеет место, например, при купле-продаже, имущественном найме и т.д.). Поскольку *depositum* характеризуется признаком бесплатности хранения, поклажеприниматель не имеет такого же основного права требования к поклажедателю, каким является требование поклажедателя о возврате переданной на хранение вещи в целости. Но *depositum* не является и таким последовательно односторонним договором, как *mutuum* (заем), где иск дается только одной стороне - заимодавцу.

Подобно договору ссуды, из *depositum* вытекает основное требование поклажедателя о возврате вещи, защищаемое иском - *actio depositi directa*. Только в качестве случайного, сопутствующего при известных обстоятельствах, дается иск поклажепринимателю, именуемый *actio depositi contraria*, с помощью которого поклажеприниматель может взыскивать с поклажедателя убытки, если тот, давая вещь на хранение, допустил вину и причинил убытки поклажепринимателю, не знавшему о пороках переданной вещи (например, дал на хранение больное животное, которое заразило скот поклажепринимателя, не знавшего о том, что передаваемое животное больно заразной болезнью).

Содержание обязательства, возникающего между сторонами из договора *depositum*, не отличается сложностью. На поклажепринимателе лежит обязанность хранить вещь в течение определенного времени и затем вернуть поклажедателю: это - главное, основное обязательство из договора *depositum*. Безвозмездный характер хранения ослабляет требования, предъявляемые к хранителю: про поклажепринимателя говорят, что он *custodiam pop praestat*. Это выражение нельзя понимать в том смысле, что поклажеприниматель не отвечает за то, будет ли принятая вещь в сохранности или нет: поскольку он обязан вернуть принятую на хранение вещь, и это его обязательство является юридическим, защищенным с

помощью иска, очевидно, он не может не отвечать за целостность и сохранность вещи.

Формула, что поклажеприниматель *custodiam pop praestat*, правильно толкуется в том смысле, что, поскольку поклажеприниматель не извлекает из этого договора никакой для себя выгоды, хранит вещь безвозмездно, он вправе ограничиваться более элементарными мерами, хранить вещь, как это делают обычные, заурядные люди, а также должен принимать те меры, какие могут быть предусмотрены в договоре; принимать какие-либо специальные, более сложные меры для охраны вещи депозитарий не обязан. Он должен хранить вещь, как обыкновенный средний хозяин. Это значит, что поклажеприниматель отвечает, если в его действиях, во всем его отношении к вещи проявлен *dolus* или *culpa lata*, и не отвечает, если его можно упрекнуть только в *culpa levis* (легкой вине).

Связь пределов ответственности поклажепринимателя с принципом безвозмездности договора поклажи, отмеченная выше, нередко приводится римскими юристами в объяснение того, что поклажеприниматель не отвечает за *culpa levis*. Особенно подробно и ярко говорит на эту тему Гай: "Если тот, кому мы отдали на хранение какую-нибудь вещь, утратит ее *neglegenter*, т.е. по небрежности, он не будет нести за это ответственности (*securus est*). Гай мотивирует это так: "*Quia enim pop sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet; magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimen cadere*" (D. 44. 7. 1. 5).

Юрист говорит: так как поклажеприниматель принимает вещь не в своем интересе, а в интересе того, от кого он эту вещь получил, то он и ответственность несет только в пределах *dolus*, т.е. если вещь погибает вследствие его *dolus*; за небрежность он не отвечает, так как лицо, доверяющее хранение вещи небрежному другу, должно пенять на себя; впрочем, грубую небрежность принято ставить наравне с *dolus*.

Этим отрывком из сочинений Гая, таким образом, прямо подтверждается тот принцип, что именно ввиду безвозмездности договора хранения поклажеприниматель не отвечает за особо внимательное, тщательное отношение к вещи; в этом смысле он *custodiam pop praestat*; он не должен лишь намеренно причинять вред поклажедателю (это - ответственность за *dolus*) и не должен допускать грубой небрежности, *culpa lata* (эта категория *dolo comparatur*, и за нее поклажеприниматель также отвечает).

Употребленное в приведенном отрывке из Гая выражение - передача вещи на хранение "небрежному другу" отражает мельком древнейшую форму, служившую цели хранения. Договор поклажи в качестве реального контракта является сравнительно поздней формой договора. Между тем, несомненно, и в более древнее время римской жизни случаи отдачи вещей на хранение должны были встречаться. Как же их оформляли юридически? Прямого юридического средства для этой цели не было. Поэтому прибегали к гораздо более сильному средству, а именно вещь передавалась тому, который должен был ее хранить, - на праве собственности, с обязанностью (основанной на *fides*, на честности) вернуть после известного срока эту вещь обратно. Так как подобного рода передача вещи в собственность основана на полном доверии к получателю, то она называлась доверительной, фидуциарной; а так как такое доверие в подобного рода случаях всего чаще могло быть проявлено только в отношении друга, приятеля, то отсюда такая доверительная передача вещи в собственность, направленная по существу на цель хранения, получила название *fiducia cum amico* (в противоположность *fiducia cum creditore* - в залоговом праве, см. п. 407). Поэтому Гай и упоминает о "небрежном друге".

Этими историческими корнями *depositum*, быть может, объясняется та особенность *acta depositi directa*, что присуждение по этому иску (в случаях обращения с вещью не в соответствии с договором, например, в случае пользования вещью, принятой на хранение, а также в случае виновного невозвращения вещи) влечет для депозитария бесчестье (*infamia*, см. выше п. 126). Это, быть может, отголосок более старых времен, когда данное обязательство было еще не договорным, а деликтным, когда за нарушение доверия возлагалась ответственность по *actio poenalis*

(штрафной иск): этим имелось в виду лучше обеспечить возврат вещи.

478. Смежные договоры. Ограниченная ответственность хранителя могла оказаться неудобной по обстоятельствам конкретного случая (особая ценность и важность отдаваемого на хранение имущества и т.д.). Отдающий вещь на хранение мог быть заинтересован в установлении более совершенных форм и методов хранения и более строгой ответственности хранителя. Для этой цели в его распоряжении были две правовые формы: он мог передать вещь на платное хранение, для чего заключить договор *locatio-conductio* (п. 501), или же мог прибегнуть к договору поручения, *mandatum* (п. 527), который хотя и был безвозмездным, но в силу своеобразного понимания отношения обязывал лицо, принимающее на себя поручение, проявлять особую тщательность и заботливость при его исполнении: Ульпиан говорит, что *plenius fuit mandatum habens et custodiae legem*, т.е. договор мандата (в подобного рода случаях) был полнее, он включал в себя и условие отвечать за *custodia*, за тщательное сохранение вещи (D. 16. 3. 1. 19).

479. Обязанность личного хранения. По общему правилу поклажеприниматель обязан исполнять договор лично, т.е. лично хранить вещь. Только в исключительных случаях, когда того требуют особые обстоятельства дела, допускается передача поклажепринимателем хранения вещи другому лицу, но все-таки под личной ответственностью поклажепринимателя (в этом случае поклажеприниматель обязан передать поклажедателю свои иски против третьего лица - D. 16. 3. 16).

480. Возвращение вещи. По окончании хранения поклажеприниматель обязан возвратить вещь и все доходы, полученные от нее за время хранения (D. 16. 3. 1. 24).

По общему правилу вещь возвращается там, где она находится; следовательно, расходы, связанные с доставкой вещи к поклажедателю, ложатся на него самого. Но это правило ограничено условием: если вещь оказалась в данном месте *sine dolo malo* (без злого умысла) поклажепринимателя (D. 16. 3. 12. 1). Отсюда напрашивается вывод: если депозитарий *dolo* (или вследствие *culpa lata*) перевез принятую на хранение вещь в другое место, он должен ее сдать обратно там, где принимал.

481. *Actio depositi contraria*. Обязанность поклажедателя, как уже отмечено выше, является случайно привходящей в отдельных случаях, а потому для поклажепринимателя не было создано основного (прямого) иска, а давалась *actio depositi contraria*. С помощью этого иска поклажеприниматель ищет с поклажедателя свои убытки, какие могут возникнуть вследствие того, что поклажедатель передал на хранение предмет, так или иначе причинивший вред поклажепринимателю, было ли то сделано поклажедателем намеренно или по его небрежности. Другими словами, если поклажедатель не предусмотрел угрожающей поклажепринимателю опасности, какую хороший хозяин предусмотрел бы: источники мотивируют такую ответственность поклажедателя тем, что поклажеприниматель принимает вещь не в своем интересе, а в интересе поклажедателя (D. 47. 2. 62. 5). *Actio depositi contraria* служит для принимателя также средством получить с поклажедателя вознаграждение за те издержки на вещь, которые произведены по прямому указанию поклажедателя или являются по существу необходимыми издержками (например, прокорм принятых на хранение рабов, животных - D. 16. 3. 23). Необходимые издержки не должны ложиться на поклажепринимателя потому, что ему не принадлежит право пользоваться этими вещами.

Что касается издержек не необходимых, а только полезных, хозяйственно целесообразных, то вопрос об их возмещении является спорным; во всяком случае, в источниках нет прямого указания, что поклажеприниматель может переложить такие издержки на поклажедателя.

482. *Depositum miserabile*. Некоторые случаи поклажи имеют настолько своеобразные черты, что должны быть выделены в качестве специальных разновидностей этого контракта.

Так, иногда поклажедатель вынужден отдавать вещи на хранение во время пожара, землетрясения или другого бедствия, опасности или ввиду вообще тяжелых условий, в которых оказался поклажедатель - *depositum miserabile*, несчастная или горестная поклажа (термин не римский). В преторском эдикте эти случаи были выделены в том смысле, что если поклажеприниматель, взявший вещь в поклажу при обыкновенных обстоятельствах, отвечал *in simplum*, т.е. в одинарном размере причиняемого им ущерба поклажедателю, то принявший вещь в поклажу во время мятежа, пожара, кораблекрушения и т.д. отвечал в двойном размере.

Ульпиан, комментируя это место преторского эдикта, объясняет и оправдывает выделение таких особых случаев тем, что здесь поклажедатель доверяет свои вещи другому лицу не по своему желанию, а в силу необходимости, и в связи с этим - не тогда, когда признает нужным, а внезапно. Когда поклажедатель при нормальных условиях отдает кому-то вещь, а тот потом ее не возвращает, то надо принять во внимание, что поклажедатель сам выбрал себе контрагента (*fidem elegit*) и должен отчасти пенять на себя. Когда приходится устраивать свои вещи где-то в минуту тяжелой опасности, выбирать наиболее подходящего поклажепринимателя, проявить должную осторожность и тщательность в выборе - некогда: приходится отдавать вещи, кому удастся. Таким образом, ни в каком легкомыслии или незнании людей упрекать поклажедателя в этом случае нельзя. С другой стороны, тем тяжелее вероломство поклажепринимателя, не возвращающего вещь, отданную ему вследствие крайней необходимости (*crescit perfidia e crimen*, возрастает вина вероломства). Естественно, что для поклажепринимателя была установлена в этих случаях повышенная ответственность (D. 16. 3. 1. 1 - 4).

Эту норму нужно поставить в связь с отмеченной выше (п. 477) особенностью иска о возврате вещи, отданной на хранение, а именно что поклажеприниматель, который довел до того, что его приходится принуждать к возврату принятой на хранение вещи, подвергается *infamia*: передача вещей на хранение основана на доверии, оказываемом поклажедателем поклажепринимателю. Уклоняясь от возвращения принятой вещи, поклажеприниматель нарушает это доверие, *fides*, а это бесчестит человека.

Вероломный хранитель нарушает нравственные обязанности, а тем самым и связанные с ними религиозные требования; поэтому такое вероломство влечет за собой *infamia*. Тем более суровый отпор должно было встретить лицо, принимающее чужие вещи на хранение в минуту несчастья или опасности для поклажедателя и затем отказом вернуть вещь вынуждающее его обращаться за судебной защитой.

Затруднительное положение, в котором находился поклажедатель, и обязанность свято хранить оказанное доверие, лежавшая на поклажепринимателе, сказывались еще на той процессуальной особенности, что (и при обычном *depositum*) против *actio depositi directa* нельзя было ни предъявлять к зачету какие-либо встречные требования, ни задерживать возврат вещи до удовлетворения каких-либо претензий (*ius retentionis*) (C. 4. 34. 1. 11). К тому же право собственности депонента, по установившимся взглядам, должно было стоять выше обязательственных требований хранителя.

483. *Depositum irregulare*. Специальную разновидность договора поклажи составляет так называемый *depositum irregulare* (необычная, ненормальная поклажа). Предметом поклажи в собственном смысле являются вещи индивидуально-определенные; обязанность поклажепринимателя состоит в том, чтобы хранить вещь, а по окончании срока хранения возвратить ту же самую вещь.

Допускалась, однако, возможность отдачи на хранение также денег и других вещей, определяемых родовыми признаками. Если эти вещи передавались в особом хранилище (ящике, шкатулке и т.п.), они тем самым получали индивидуализацию, и тогда никакого своеобразия контракта *depositum* в этом не было. Если же заменимые вещи отдавались поклажепринимателю без какого-либо их обособления в некоторое целое, получающее значение индивидуально-определенной вещи, а непосредственно, то в результате их смешения с однородными вещами

поклажепринимателя полученные заменимые вещи становились предметом права собственности поклажепринимателя; на последнего в связи с заменимостью принятых вещей возлагалась в таких случаях обязанность возвратить не те же самые вещи, какие были поклажепринимателем получены, а только такое же количество вещей такого же рода, какие были получены. Эта разновидность поклажи и носит название *depositum irregulare*, поклажа "не по правилам", "не обычно совершаемая", а особая, исключительная.

Depositum irregulare по внешности имеет много общего с договором займа: одинаковый предмет договора (заменяемые вещи), переход права собственности на переданные вещи к лицу, получившему их, и вытекающее отсюда перенесение на получателя вещей риска случайной гибели этих вещей, а также обязанность возврата не полученных вещей, а только такого же количества вещей такого же рода. При всем этом внешнем сходстве контрактов *depositum irregulare* и *mutuum* между тем и другим контрактом остается существенная разница. Цель договора займа заключается в том, чтобы удовлетворить хозяйственную потребность заемщика, т.е. лица, получающего деньги или иные заменимые вещи. При иррегулярной поклаже хозяйственное назначение и цель договора прямо противоположны: услугу оказывает принимающий деньги или иные заменимые вещи.

Выделение случаев *depositum irregulare* встречается еще у такого старого юриста, как Алфен (I век до н.э.). Проводя параллели между различными договорами, юрист различает такие случаи, когда одно лицо дает на хранение другому лицу деньги так, что неизвестная сумма передается *peque clusa* *peque obsignata*, т.е. не заключенная в каком-нибудь хранилище и не опечатанная, и противоположные случаи, когда передаваемые заменимые вещи обособлены от других однородных вещей так, что можно установить, какие вещи принадлежат одному, какие другому (*quid cuiusque esset*); в случаях первого рода возврату подлежит только та же сумма (*tandundem*), но не те же самые предметы, какие были переданы; в случаях второго рода - *non potuisse nos permutationem facere*, т.е. нельзя заменить переданные предметы другими, а нужно возвращать те же самые, какие были переданы (D. 19. 2. 31).

Договор поклажи денежной суммы с обязательством вернуть не *idem*, а *tantundem* знают классические юристы Папиниан (D. 16. 3. 25), Павел (D. 16. 3. 26. 1) и др. Передача денег не займа, а в поклажу у юриста Сцевола выражается так: *Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti* (25 нуммов, которые ты пожелал оставить у меня) (D. 16. 3. 28).

Выделение *depositum irregulare* в особую разновидность сделки, отличную от займа, сказывалось в некоторых специальных нормах римского права. Так, проценты, установленные не в форме стипуляции, а неформальным соглашением, а также проценты за просрочку могли взыскиваться только при *depositum irregulare*, но не при займе (D. 16. 3. 25. 1; 26. 1; 28. 29. 1).

Другое различие в регламентации: присуждение по *actio depositi directa* при *depositum irregulare*, как и при обыкновенном *depositum*, сопровождалось для ответчика бесчестьем (*infamia*); при *mutuum* этого последствия не было (применялась лишь *sponsio tertiae partis*, стипуляционное обязательство уплатить третью часть суммы займа, как бы в виде неустойки).

484. Секвестрация. Особый вид поклажи представляет собою секвестрация. В этом случае договор заключается в том, что несколько лиц отдают на хранение вещь с тем условием, чтобы она была возвращена тому или другому, в зависимости от того, как сложатся в дальнейшем обстоятельства. Павел говорит:

Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur (D. 16. 3. 6).

(В собственном смысле в качестве секвестра передается на хранение вещь, передаваемая несколькими лицами солидарно для хранения и возврата на определенных условиях.)

Главнейший случай секвестра - передача на хранение вещи, о которой идет спор, например процесс о праве собственности. Стороны могут не доверять друг другу и протестовать против оставления вещи у другой стороны, пока не разрешен вопрос, кому же вещь принадлежит. В этом случае до разрешения спора вещь изымается из владения спорящих и передается какому-то нейтральному лицу, у которого она должна оставаться до конца спора (D. 16. 3. 17. pr.). Африкан рассказывает о таком случае, когда продавец и покупатель, не доверяя друг другу (*quod invicem parum fidei haberent*), отдают в поклажу и товар, и покупную цену; это - другой случай секвестрации (D. 46. 3. 39). Гай дает третий пример применения секвестрации: сонаследники не могут договориться, у кого должны находиться вещи до окончательного раздела; тогда нужно избрать какого-нибудь приятеля, которому верят все сонаследники, и оставить у него эти вещи (*elegendus est amicus, apud quem deponantur*) (D. 10. 2. 5).

На случай секвестрации преторский эдикт содержал даже специальный иск *sequestraria depositi actio* (этот иск назван, например, в Дигестах, 4. 3. 9. 3).

Секвестору может быть предоставлено право не только хранить имущество, но и управлять им; тогда он выступает не только в качестве поклажепринимателя, но и доверенного. Во всяком случае, поскольку секвестор держит вещь не на имя определенного поклажедателя, а на имя того или другого из нескольких лиц, за кем эта вещь будет признана, за секвестором признают юридическое владение вещью, ибо если бы его считать за детентора (см. п. 166), было бы неизвестно, от чьего же имени он держит вещь и, следовательно, кто мог бы защитить фактическое обладание вещью от самоуправных посягательств на нее.

Передача вещи секвестору возможна не только по договору сторон, но и по определению суда.

Глава 35

КОНСЕНСУАЛЬНЫЕ КОНТРАКТЫ

§ 137. Купля-продажа (*emptio-venditio*)

485. Происхождение купли-продажи. Еще в древнейшие времена, с появлением частной собственности, возникает и получает большое распространение договор, направленный на обращение вещей, на переход их из одного хозяйства в другое. Такой договор вошел в употребление еще до того, как появились деньги, и представлял собой непосредственный обмен вещи на вещь, т.е. мену (*permutatio*). Это соответствовало общим экономическим условиям общества, только что переходившего от натурального хозяйства к меновому.

Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus in utilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur (D. 18. 1. 1. pr. Paulus).

(Происхождение купли-продажи коренится в мене. Было такое время, когда не было денег, когда не называли одно - товаром, другое - ценой, а каждый, в зависимости от надобностей момента и от характера вещей, обменивал ненужное на то, что требуется: ведь нередко бывает так, что предмета, который для одного является лишним, другому не хватает. Но так как не всегда и не легко совпадало так, чтобы у тебя было то, что нужно мне, а я в свою очередь имел то, что хочешь получить ты, то был выбран предмет, получивший публичную постоянную оценку; посредством передачи его в равном количестве устраняли трудности непосредственного обмена. Этому предмету (мерилу ценностей) была придана публичная форма, и он приобрел распространение и значение не столько по своей сущности, сколько по количеству,

причем перестали называть товаром (*merx*) то, что дает и та и другая сторона, а один из предметов стали называть ценой (*pretium*).)

В этих словах Павла рисуется историческая преемственность непосредственного обмена товара на товар как первичной формы меновых сделок и пришедшего ему на смену обмена товара на деньги, но опять-таки немедленного (купля-продажа на наличные). Дальнейшее развитие привело к такому договору, когда немедленной передачи товара, с одной стороны, цены - с другой, могло и не быть, т.е. пришли к договору, по которому стороны принимают на себя взаимные обязательства: одна - передать товар, другая - уплатить за него цену.

В Институциях Гая (4. 28) упоминается, что еще законы XII таблиц предусматривали *legis actio per pignoris capionem*, в случае, когда кто-либо, купив жертвенное животное, не платил за него покупную цену. Из этих слов Гая можно заключить, что уже в эпоху XII таблиц была известна купля-продажа в кредит. Но в то время она не была консенсуальным контрактом. Купля-продажа в те далекие времена скорее напоминала реальные контракты (хотя она не принадлежала к их числу): в отношении *res mancipi* совершалась *mancipatio*, т.е. торжественная форма передачи права собственности за кусок металла (меди), который тут же взвешивали на весах; в отношении *res pes mancipi* совершалась неформальная передача (*traditio*) вещи. Только в классическом римском праве складывается *emptio-venditio* в качестве консенсуального контракта.

Однако отголоски того периода в развитии римского права, когда денег еще не было и оборот довольствовался непосредственной меной товара на товар, слышны очень долго. Мы находим эти отголоски в спорах юристов, принадлежавших к школам сабиньянцев и прокульянцев. Даже юрист III в. н.э. Павел (D. 18. 1. 1. 1), приводя споры сабиньянцев и прокульянцев по вопросу о том, "*an sine nummis venditio dici hodieque possit... veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem*" (т.е. можно ли в настоящее время назвать продажей договор, в котором одна сторона обязуется отдать другой стороне какую-нибудь вещь не за деньги, а за другую вещь, например, если я даю тебе верхнее платье, тогу, а взамен получаю исподнюю одежду, тунику), не говорит категорически и безусловно, что подобного рода договор не может быть признан куплей-продажей, а называет вопрос спорным, *dubitatur* (представляет известные сомнения).

Поставив этот вопрос, Павел дает нам историческую справку, что юристы сабиньянской школы (сам Сабин, Кассий) считали такую сделку куплей-продажей. Гай в своих Институциях (3. 41) сочувственно приводит слова Сабина, что если лицо продает земельный участок и получает в качестве покупной цены за него раба, то следует отношение понимать так, что продан участок, за который в качестве покупной цены передан раб. Наоборот, юристы прокульянской школы (Прокул, Нерва) уже выделяли такой договор из купли-продажи в особый договор мены, *permutatio*. Павел признает более правильным взгляд прокульянцев и подкрепляет эту точку зрения таким соображением: если по договору вещь обменивается не на деньги, а на другую вещь, то это не соответствует смыслу купли-продажи: одно дело - продавать, другое - покупать; мы различаем продавца и покупателя; должны поэтому различать *merx*, товар, и *pretium*, цена.

Эта последняя точка зрения, что купля-продажа предполагает передачу вещи не за какую-либо другую вещь, а за деньги, восторжествовала. При этом с развитием торговли и хозяйственной жизни вообще все большее значение приобретала купля-продажа не на наличные, а в кредит: исполнение договора купли-продажи происходит не одновременно с его заключением; устанавливается обоюдное обязательство: на стороне продавца - предоставить покупателю вещь, на стороне покупателя - уплатить за нее покупную цену.

486. Определение. Таким образом, контракт *emptio-venditio* в окончательном его виде можно определить так: купля-продажа есть договор, посредством которого одна сторона - продавец (*venditor*) обязуется предоставить другой стороне - покупателю (*emptor*) вещь, товар (*merx*), а другая сторона - покупатель обязуется уплатить продавцу за проданную вещь определенную денежную цену, *pretium*.

Merx, товар, pretium, цена, являются существенными элементами договора купли-продажи.

487. Консенсуальный характер договора. Купля-продажа является одним из консенсуальных договоров. Понятие консенсуального договора в римском классическом праве и в праве Юстиниана не тождественны. Гай (3. 136) определяет консенсуальный договор, исходя из противоположности договоров формальных и неформальных: "Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur" - "договор признается заключенным consensu, т.е. простым соглашением, раз не требуется ни произнесения verba, словесных формул, ни письменной формы, scriptura".

В этом противопоставлении выпадает категория реальных договоров, которые также могут быть противопоставлены формальным договорам и в этом смысле оказываются в одной общей категории с консенсуальными договорами. Но если исходить из causa obligandi (основания установления обязательства), консенсуальные контракты должны быть противопоставлены как формальным, так и реальным договорам. Институты Юстиниана так именно и выделяют консенсуальные контракты в особую группу договоров, в которой возникновение обязательств не только не связывается с выполнением каких-либо формальных актов, но не предполагает даже и передачи вещи (как то имеет место при реальных договорах), а основано на одном только соглашении (I. 3. 22. 1.).

488. Цель договора. Основная хозяйственная цель договора купли-продажи заключается в том, чтобы получить в хозяйство покупателя те или иные нужные для него вещи. Наиболее эффективное правовое средство для достижения этой цели состоит в том, чтобы сделать покупателя собственником необходимых вещей. Древнейшее право так и подходило к задаче: mancipatio (п. 196) была одновременно и древнейшей формой купли-продажи (на наличные), и способом приобретения права собственности. Классическое римское право не связывает, однако, с договором купли-продажи непосредственно такого правового результата. Оно разделяет обязательственный момент (принятие на себя продавцом обязательства предоставить покупателю обладание продаваемыми вещами) и момент получения покупателем права на вещь. Этот последний результат (получение покупателем непосредственного права на вещь) основывается на особом титуле, каким является фактическая передача проданной вещи покупателю.

489. Предмет купли-продажи. Предметом купли-продажи может быть все, что не изъято из оборота, и в первую очередь - телесные вещи, следовательно, существующие в натуре и по общему правилу принадлежащие продавцу. Однако ни тот ни другой признак, т.е. ни существование вещей в натуре в момент заключения договора, ни принадлежность их в этот момент продавцу - не являются безусловно необходимыми. Отмеченное разграничение обязательственно-правового и вещно-правового моментов расширяло сферу применения договора купли-продажи.

Так, по римскому праву не было препятствий к заключению договоров купли-продажи чужих вещей, т.е. не принадлежащих продавцу. "Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest" (D. 18. 1. 28. Ulpianus).

Ульпиан в этом отрывке определенно говорит, что не может быть сомнения в возможности продать чужую вещь; заключая такой договор, продавец берет на себя обязательство получить вещь от ее собственника и передать покупателю. Как чисто обязательственный акт, купля-продажа и в этом случае получает действительную силу. Конечно, может случиться, что продавцу не удастся получить вещь от собственника, и он не сможет передать ее покупателю, или хотя фактически и передаст, но не обеспечит обладания ею. Ульпиан поэтому сейчас же добавляет: "sed res emptori auferri potest", т.е. вещь может быть отобрана от покупателя (предполагается, ее собственником); в этом случае продавцу придется отвечать перед покупателем за понесенный последним ущерб; а если продавец заведомо, sciens, продал чужую вещь, причем покупателю не было известно, что вещь не

принадлежит продавцу, в этом усматривалась недобросовестность продавца, и покупатель мог искать с продавца возмещения своего интереса, даже не ожидая отобрания вещи собственником (D. 19. 1. 30. 1).

Не имеет силы договор купли-продажи вещи, уже принадлежащей покупателю, хотя бы он того и не знал (D. 18. 1. 16).

Последовательное проведение обязательственной природы купли-продажи позволяло удовлетворить и другую потребность хозяйственной жизни. Именно, с развитием менового хозяйства нередко встречалась надобность продать, например, продукты сельского хозяйства раньше, чем они поспели (*fructum olivae pendentis vendere* - D. 18. 1. 39). Такие договоры о продаже будущего урожая были допущены (D. 18. 1. 8); в этом случае говорят о продаже *rei futurae sivi speratae*, т.е. вещи будущей или ожидаемой. Такого рода продажа считается совершенной под отлагательным условием, т.е. ее правовые последствия должны возникнуть не немедленно, по заключении договора, а только по выяснении урожая.

От продажи будущей или ожидаемой вещи отличают продажу одних шансов на получение вещи (*emptio spei*, покупка надежды, например, улова рыбы). Эта последняя разновидность по существу как бы выходит за пределы купли-продажи и принадлежит скорее к так называемым рисковым или алеаторным договорам (*alea emitur* - покупается шанс, возможность - D. 18. 4. 7).

В источниках нет достаточно четких указаний относительно практики купли-продажи вещей, определяемых родовыми признаками. Быть может, это объясняется упомянутым (п. 485) историческим развитием договора купли-продажи. Если первоначально купля-продажа совершалась в форме манципации, т.е. непосредственной передачи продаваемой вещи в собственность покупателя, то, конечно, нужно было требовать, чтобы предмет купли-продажи был индивидуализирован, представлял собой *certa species*, определенную индивидуальную вещь. Если продажа непосредственно переносит на покупателя право собственности, то нельзя продать зерно или масло "вообще", а только выделенное, конкретизированное (или с помощью тары, или посредством указаний на территориальное нахождение продаваемого товара и т.п.), определенное количество зерна, масла и т.п. ; например, такое-то количество масла в двух определенных сосудах, такое-то количество зерна, находящееся на таком-то складе, и т.п. *Prisquam enim admetiatur vinum, prope quasi pondum venit* (D. 18. 6. 11), т.е. до тех пор, пока не отлили (из общего количества) проданное вино, оно почти как бы не продано. Наоборот, если продается, допустим, все то зерно, какое находится *in horreis* (в данных амбарах), ключи от которых переданы покупателю, купля-продажа считается вполне завершенной (C. 4. 48. 2).

Обязательство сдать известное количество вещей, определенных родовыми признаками, без ближайшей конкретизации предмета договора устанавливалось в Риме с помощью стипуляции. Эта договорная форма, видимо, удовлетворяла потребности практической жизни, вследствие чего можно было обходиться без купли-продажи вещей, определенных родовыми признаками.

Договор купли-продажи мог иметь своим предметом также *res incorporalis*, бестелесную вещь, т.е. право (например, право требования, право осуществления узуфрукта и т.п.).

490. Цена. Второй существенный элемент купли-продажи - цена (*pretium*). "Договор купли-продажи считается заключенным, - говорит Гай, - когда договорились о цене, хотя бы цена и не была еще уплачена" (3. 139).

Цена должна выражаться в денежной сумме (*numeratora pecunia*); в этом отличие купли-продажи от мены, при которой эквивалентом вещи, передаваемой одной стороной, является также какая-нибудь вещь, даваемая, в свою очередь, другой стороной (Гай. 3. 141).

Цена должна быть определенной, *certum* (Гай. 3. 140). Впрочем, между римскими юристами существовали большие разногласия по вопросу о том, до какой степени

должна непременно доходить эта определенность. Общепризнано было, что цена не может быть поставлена в зависимость от усмотрения покупателя: *quanti velis* (сколько пожелаешь), *quanti aequum putaveris* (сколько признаешь справедливым) и т.п. (D. 18. 1. 35. 1). Но определить цену путем ссылки на заключение третьего сведущего лица (*quanti Titius rem aestimaverit*, во сколько оценит вещь Тиций) юристы прокульянской школы признавали допустимым (Гай. 3. 140).

Признавалось возможным определить цену и такими ссылками, как, например: "покупаю вещь за ту цену, за какую ты сам ее приобрел", и даже "за ту сумму, какая имеется в кассе (*in arca*)"; Ульпиан объясняет допустимость такого определения цены тем, что в подобных случаях имеется не неопределенность по существу (*in rei veritate incertum*), а неизвестность цифры в данный момент (D. 18. 1. 7. 1).

491. Моменты принудительного регулирования цен. В условиях менового хозяйства рабовладельческого общества цена складывалась в зависимости от условий рынка, и в отдельных случаях могла быть то выше, то ниже нормальной стоимости вещи.

В императорский период, однако, была сделана попытка принудительного регулирования (при некоторых отношениях) размера покупной цены. Именно, рескриптом Диоклециана 285 г. н.э. было допущено в известных случаях расторжение купли-продажи вследствие так называемой *laesio enormis*, чрезмерной убыточности договора для продавца.

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipiis. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit (C. 4. 44. 2).

(Если ты или твой отец продал за бесценок вещь, стоящую дороже, то человечно признать, что ты можешь, при содействии судебной власти, получить обратно имение, преданное тобой, с одновременным возвращением покупателю уплаченной им цены, или же, если покупатель предпочтет такой выход, ты можешь дополучить недостающее до справедливой цены. Цена считается слишком низкой, если она ниже половины действительной стоимости.)

Этот рескрипт Диоклециана истолковывается различно. Некоторые усматривают основание этой нормы в борьбе законодателя с возможным обманом со стороны покупателя, в желании дать средство помощи заблуждавшемуся продавцу и пр. Более вероятным следует признать такое понимание рескрипта Диоклециана, что им принимается во внимание стесненное материальное положение продавца во время продажи. В пользу этого объяснения рескрипта говорит то, что покупатель, заплативший за вещь вдвое дороже по сравнению с ее действительной стоимостью, не мог ссылаться на *laesio enormis*. Обмануть может покупатель, но может и продавец; заблуждение также может быть и на стороне продавца, и на стороне покупателя; таким образом, если бы в этих моментах заключалось основание рескрипта, он должен был поставить в одинаковое положение продавца, продавшего вещь дешевле половины ее стоимости, и покупателя, заплатившего за вещь более чем вдвое дороже ее стоимости.

Рескрипт предусматривает только средство защиты потерпевшего продавца - быть может, потому, что стесненное материальное положение может побудить к невыгодной продаже (чтобы получить срочно требующуюся сумму денег), но не вынуждает к невыгодной покупке; материальные затруднения чаще заставляют покупку отложить. Вмешательство императорского законодательства в "свободное соглашение" сторон, в самом важном его пункте - в отношении цены, исходит, по-видимому, из тех же мотивов, какие привели к институту *querela non numeratae recipiae* (п. 465): законодатель заботится о сохранении за плательщиками налогов их имущественной мощности.

Покупатель, не желавший доводить дело до расторжения купли-продажи, мог доплатить разницу до настоящей цены и таким путем сохранить за собой купленную вещь.

Тому же Диоклециану принадлежит попытка установить общие для всей империи таксы на некоторые товары: *edictum de pretiis rerum venalium* 301 г.

492. Обязательство продавца. Продавец принимает на себя по договору купли-продажи обязательство предоставить вещь покупателю. Римские юристы не говорят, что продавец обязан перенести на покупателя право собственности на вещь; а Ульпиан даже положительно замечает, что, если кто продает земельный участок, несение *pessesse* по *habet fundum emptoris facere* (т.е. нет необходимости переносить право собственности на покупателя) (D. 18. 1. 25. 1). Классические юристы предпочитают выражаться так, что продавец обязан предоставить *habere licere* (обеспеченную правом возможность обладания - D. 21. 2. 8; D. 19. 1. 30. 1 и др.); ввести покупателя *in vacuam possessionem* (D. 41. 2. 33) и таким путем предоставить беспрепятственное, свободное, прочное обладание проданной вещью. Такой *vacua possessio* покупатель не получает, если какое-то другое лицо *in possessione est* проданной вещи (D. 19. 1. 21. 1).

Противопоставляя передачу беспрепятственного и прочного обладания проданной вещью перенесению права собственности, римские юристы не забывают все же, что специфической особенностью договора купли-продажи является, как бы то ни было, намерение сторон передать вещь окончательно, так, чтобы она стала вещью покупателя. Если стороны не имеют в виду переход вещи в собственность покупателя, то можно говорить о найме вещи, о каком-либо другом договоре, но только не о купле-продаже, говорит Лабеон (D. 18. 1. 80. 3). Еще нагляднее рассуждение Ульпиана. Первая обязанность продавца, говорит этот юрист, *rem praestare, id est tradere* - предоставить покупателю вещь, т.е. совершить в его пользу *traditio*. Далее юрист различает два случая. Если продавец был собственником вещи, то передачей вещи он делает собственником и покупателя; а так как традиция вещи приводит к перенесению права собственности только в том случае, если передача совершена именно с таким намерением, то, следовательно, Ульпиан исходит из того положения, что по договору купли-продажи стороны конечной целью имеют перенесение на покупателя права собственности. После этого Ульпиан останавливается на другом возможном случае, а именно если продавец сам не был собственником: естественно, что он не сделает тогда собственником и покупателя, а следовательно, вещь может быть виндигирована ее собственником, продавец будет тогда нести ответственность *evictionis nomine*, за эвикцию вещи (D. 19. 1. 11. 2).

493. Ответственность за эвикцию вещи. Эвикцией вещи (от слова *evincere* - вытребовать, отсудить) называется лишение покупателя владения полученной от продавца вещью, вследствие отсуждения ее каким-либо третьим лицом на основании права, возникшего до передачи вещи продавцом покупателю. Все эти признаки: а) утрата покупателем фактического владения купленной вещью, б) по судебному решению, в) состоявшемуся по основанию, возникшему до передачи вещи от продавца покупателю, - являются существенными.

В Дигестах рассказывается такой казус. Некто купил участок земли в провинции; часть покупной цены он уплатил, а остальную часть задержал. Продавец предъявил иск об уплате остальной части; к этому времени покупатель умер: его наследник против иска продавца сослался на то, что по распоряжению принцепса (*ex praescepto principali*) купленная земля отчасти отчуждена, отчасти предназначена для раздачи в награду ветеранам (*veteranis in praemia adsignatas*). Возник вопрос: можно ли относить на счет продавца *futuros* (если исходить из момента договора) *casus evictionis post contractam emptionem* (эвикцию в силу основания, возникшего после заключения договора купли). Юрист дает на этот вопрос отрицательный ответ (D. 21. 2. 11. pr. Paulus).

Если отсуждение состоялось (претендующий на вещь *emptorem in evictione rei vicerit*), но практически вещь осталась за покупателем, последний не получает иска к продавцу из эвикции (D. 21. 2. 57. pr.).

Не дается покупателю иск на основании эвикции, если лишение владения

купленной вещью следует приписать его собственному нерадению и беззаботности; в частности, если покупатель не поставил продавца в известность о заявленной третьим лицом претензии и этим лишил его возможности отстоять право покупателя на владение вещью (С. 8. 44. (45) 1. 8. 9), либо плохо защищался на суде (*bonam causam vitio suo... perdidit* - D. 21. 2. 63. 2), либо покупатель соглашается на разрешение спорного вопроса третейским судом (D. 21. 2. 56. 1) и т.п.

Не является также эвикцией тот случай, когда продавец продал и передал покупателю не принадлежащую ему вещь и покупателю пришлось (чтобы упрочить свое положение) уплатить собственнику вещи ее цену, покупатель все же может в этом случае переложить на продавца понесенный расход (D. 21. 2. 29 pr.; 19. 1. 13. 15).

Для признания эвикции не является существенным, чтобы вещь была отсуждена от покупателя на основании виндикационного иска. Если покупатель лишается владения вещью вследствие, например, удовлетворения иска залогового кредитора, ответственность продавца имеет место на общих основаниях ответственности за эвикцию, лишь бы право, на основании которого произошло отобрание у покупателя вещи, уже существовало в момент передачи проданной вещи (D. 21. 2. 34. 2). В Дигестах мы находим следующий казус. К покупателю предъявлен иск об узурфрукте (предполагается, установленном до продажи вещи). Гай решает вопрос в том смысле, что покупатель должен привлечь к делу продавца, как если бы истец истребовал часть купленной вещи, т.е. приравнивает этот случай к частичной эвикции (D. 21. 2. 49). Равным образом источники признают эвикцию в случае присуждения покупателя по иску о разделе общей собственности (*actio communi dividundo*), ноксальному иску и пр.

В древнейшую эпоху римского права, когда купля-продажа совершалась посредством манципации, в случае предъявления третьим лицом иска к покупателю, направленного на отобрание от него вещи (в особенности иска виндикационного), на продавца возлагалась обязанность помочь покупателю в отражении этого нападения (*auctoritatem defugere*). Если продавец не оказывал этого содействия, или хотя и оказывал, но безрезультатно, и покупатель лишался купленной вещи, он мог взыскать с манципанта двойную сумму указанной в манципационной формуле цены в качестве штрафа; для этой цели служила *actio auctoritatis*.

Позднее, когда продажа стала совершаться без манципации, вошло в практику, при заключении договора купли-продажи более или менее ценных вещей, совершать дополнительную estipуляцию и, посредством этой дополнительной сделки, выговаривать от продавца на случай эвикции двойную покупную цену (*duplae stipulatio*) (D. 21. 2. 16. 1; 21. 1). Подобного рода estipуляции были настолько распространены, что их стали связывать с самим понятием купли-продажи, и если продавец отказывался заключить такую estipуляцию, признали возможным предъявление иска непосредственно *ex empto*, из купли. Возможность такого иска объясняется в Дигестах следующим образом: *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire* (то, что вошло в нравы и обыкновения, должно быть принято к рассмотрению в процессе, построенном на *bona fides*, добросовестности) (D. 21. 1. 31. 20).

Таким образом, развитие права в этой области завершилось признанием за покупателем права на основании самого договора купли-продажи, независимо от совершения estipуляции, в случае эвикции вещи искать с продавца возмещения убытков в порядке регресса (обратного требования). *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem*, т.е. эвинцируется ли вся вещь или часть ее, покупатель имеет регресс к продавцу (D. 21. 2. 1. pr.).

Ответственность продавца за эвикцию вещи отпадает, если покупателю при заключении договора купли-продажи было известно, что третьему лицу принадлежит на покупаемую вещь право, на основании которого оно может ее эвинцировать (С. 8. 44. 27). Допускались также специальные соглашения между продавцом и покупателем о сложении первым с себя ответственности за эвикцию (*pacta de non praestanda evictione*), лишь бы со стороны продавца не было при этом

допущено *dolus*; другими словами, ответственность с продавца не снимается, если ему было известно, что ему не принадлежит права собственности на продаваемую им вещь, а он это обстоятельство от покупателя скрыл и таким обманным путем добился согласия покупателя на сложение с себя ответственности за эвикцию (D. 21. 2. 69. pr. 5; D. 19. 1. 6. 9).

Если продавец отчуждал вещь, на которую не имел права, но эвикция произошла не в то время, когда вещь находилась во владении покупателя, приобретшего от него эту вещь, а после того, как вещь прошла через несколько рук, так что вещь отсуждена от одного из последующих ее приобретателей, то иски на основании эвикции должны предъявляться последовательно каждым покупателем к своему продавцу, пока не дойдут до непосредственного виновника отчуждения не принадлежащей ему вещи (D. 21. 2. 61).

Содержание претензии покупателя к продавцу по поводу имевшей место эвикции проданной вещи определяется ее регрессным характером: покупатель перекладывает на продавца весь тот ущерб, какой он потерпел в результате эвикции. Иск покупателя не сводится к простому истребованию покупной цены (которая оставалась бы у продавца после эвикции вещи без достаточного основания); при определении содержания требования покупателя исходят из того имущественного интереса, какой представляет для покупателя сохранение вещи: *evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit* (в случае эвикции вещи иск дается покупателю не только на возвращение покупной цены, но на возмещение всего интереса) (D. 21. 2. 70).

Если имела место эвикция не полная, а частичная, то и возмещение интереса покупателя дается в соответствующем размере (D. 21. 2. 1).

494. Ответственность продавца за недостатки проданной вещи. Таким образом, продавец обязан предоставить покупателю свободное и спокойное обладание вещью (дать *vacuam possessionem*) и обеспечить покупателя от эвикции проданной вещи со стороны третьих лиц, а если эвикция произойдет - возместить покупателю ущерб.

Этим не исчерпывается ответственность продавца: он обязан предоставить вещь в надлежащем состоянии и по качеству: если вещь передана в таком виде, что или ее невозможно использовать по назначению, или она обесценена вследствие имеющихся в ней недостатков, в этом нельзя видеть исполнение продавцом принятой на себя по договору обязанности.

Ответственность продавца за надлежащее качество проданной вещи развивалась постепенно, причем наряду с правилами, регламентировавшими этот вопрос в отношении общегражданских договоров купли-продажи, в римском праве сложилась еще особая система норм, определявших ответственность продавца за пороки и недостатки рабов и скота, продававшихся на рынках.

Цицерон в своем произведении "De officiis" (III, 16), противопоставляя право XII таблиц праву своего времени, говорит: "*Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua pinctipata, quae qui infitatus esset dupli poenam subiret*". Эта фраза означает, что по законам XII таблиц достаточно было предоставить вещь с такими качествами, какие были прямо обещаны; невыполнение данного обещания влекло за собой штрафную ответственность продавца в двойном размере; если же вещь имела обещанные при продаже свойства, продавец считался исполнившим свою обязанность. Этот принцип ответственности лишь за то, что было прямо обещано, в сущности, характеризует гражданское римское право в течение ряда последующих столетий. Расширение ответственности продавца за недостатки вещи произошло в практике курульных эдилов, регулировавших торговлю на рынках и базарах, и лишь в классическую эпоху из основной области применения эдикта курульных эдилов (торговля на рынках и базарах) расширенная ответственность была распространена и на общегражданские договоры продажи.

По гражданскому праву продавец отвечает за свои заявления и обещания, *dicta et promissa*. Эти два понятия разграничиваются в источниках (D. 21. 1. 19. 2) так:

dictum - простое заявление, когда имеется только nudus sermo, простой разговор (но имевший серьезное значение); promissum - прямое обещание, оформлявшееся иногда в форме стипуляции. Но ответственность продавца имела место только при условии, если заявления и обещания делались ut praestentur, поп ut iactentur (D. 21. 1. 19. 3), т.е. нужно разграничивать серьезные заявления, делаемые с целью установления ответственности, и простое расхваливание товара, с которым нельзя связывать принятие продавцом на себя ответственности (или, по выражению Флорентина, то, что говорится commendandi causa, в целях простой рекомендации продаваемой вещи) (D. 48. 1. 43. pr).

Таким образом, по цивильному праву продавец несет ответственность перед покупателем, если он прямо обещал, что вещь имеет такие-то положительные качества, а их не оказалось, или что вещь не страдает такими-то недостатками, а они имеются в вещи. Например, продавец заверил покупателя в честности продаваемого раба, а он оказался вором, заверил, что раб - искусный мастер, а в действительности он такими качествами не отличается: продавец отвечает перед покупателем, так как он quod adseveravit, поп praestat (не предоставляет обещанного) (D. 21. 1. 17. 20). Но при решении вопроса о том, сдержал ли продавец свои обещания, нужно подходить с масштабом, соответствующим жизни. Гай дает такую иллюстрацию этого тезиса: если продавец обещал, что продаваемый раб - трудолюбивый, то нельзя требовать, чтобы он работал дни и ночи, или если продавец заверил, что раб отличается серьезностью, то нельзя требовать серьезности quasi a philosopho (как от философа) (D. 21. 1. 18).

Наряду с этим, продавец отвечает и в тех случаях, когда в его действиях можно усмотреть dolus, т.е. намеренное сокрытие, умолчание об известных продавцу и не известных покупателю недостатках, с целью сбыть негодную вещь: например, зная, что продаваемый раб страдает определенной болезнью, продавец скрывает это обстоятельство от покупателя (D. 21. 1. 14. 9).

Впрочем, норму об ответственности продавца за умолчание о недостатках продаваемой вещи, поскольку речь идет о цивильном праве, нужно понимать несколько ограничительно. Дело в том, что римское право было проникнуто индивидуалистическим принципом, в силу которого один из контрагентов в договоре не обязан был заботиться о том, чтобы не пострадали интересы другого контрагента. Поэтому ответственность за умолчание (reticentiae poena, по выражению Цицерона) обуславливается тем, что недостатки продаваемой вещи неизвестны и не должны быть известны покупателю, а продавец этим пользуется и старается склонить покупателя к договору. Римские юристы дают нам такую казуистику: покупатель слепой, а продавец ничего не говорит о недостатках (D. 18. 1. 11. pr.); продавец не сообщает, что рядом с продаваемым участком такой сосед, что если бы покупатель об этом знал, он не купил бы имения: продавец отвечает за недостатки проданной вещи (D. 18. 1. 35. 8); наоборот, если продается слепой раб, покупатель должен это видеть, и если он все-таки раба покупает, ему не дается иска к продавцу (D. 21. 1. 14. 10; D. 18. 1. 43. 1).

В таких границах установилась в римском праве ответственность продавца по общегражданским договорам продажи. Торговый оборот этими нормами не удовлетворился. Живые торговые отношения требовали создания большей уверенности у участников этого оборота в том, что заключаемые сделки не таят в себе никаких опасностей, что из них не возникнет убытков, которых не на кого будет переложить.

В Риме особенно большое значение имели сделки продажи, совершаемые на рынках, так как здесь продавались наиболее ценные для рабовладельческого хозяйства товары: рабы и скот. Эти сделки находились под наблюдением особых должностных лиц, именовавшихся курульными эдилами. В частности, в компетенцию курульных эдилов входило рассмотрение споров, возникавших на почве рыночных сделок.

В этой практике курульных эдилов по рассмотрению споров из сделок рыночной продажи выработались специальные правила, вошедшие в эдикты, издававшиеся курульными эдилами. Эти правила установили ответственность продавца за скрытые

недостатки вещи, т.е. такие, которые не бросаются в глаза, так что обнаружить их нельзя даже при внимательном осмотре товара.

Относящиеся сюда постановления эдикта курульных эдилов дошли до нас в следующем виде:

1. Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto, quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur (D. 21. 1. 1. 1).

1. Кто продает res mancipi (рабов, скот), должен ставить покупателей в известность, какой болезнью или каким пороком страдает каждая продаваемая вещь, не является ли раб беглым или бродягой или подлежащим ноксальной ответственности [18], которой еще не понес; все это продавцы должны объявлять откровенно и правильно при продаже этих res mancipi: если какая-нибудь res mancipi продана вопреки этому или вопреки тому, что было указано и обещано при продаже, то, по заявлении соответствующей претензии, мы дадим покупателю и всем, кого это касается, иск, направленный на то, чтобы купленная вещь была возвращена продавцу.

2. Aediles aiunt: "Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiiue sit... si quid ita factum non erit... morbi... vitiiue causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus..." (D. 21. 1. 38. pr.).

2. В эдильском эдикте сказано: "Кто продает вьючный скот, должен откровенно и правильно заявлять о болезнях и пороках, какими страдает каждое из продаваемых животных... если этого не будет сделано, - то мы дадим на этом основании иск или направленный на расторжение договора (буквально чтобы сделать скот некупленным) в пределах шести месяцев, или же иск по поводу того, что продававшийся скот стоил дешевле (нормальной стоимости); этот последний иск будет даваться в пределах годичного срока".

Из этих фрагментов эдильского эдикта видно, что в борьбе против продажи вещей, имеющих недостатки, которых покупатель не мог заметить при заключении договора, были введены два иска: один был направлен на то, чтобы "сделать вещь некупленной" или вернуть стороны в то положение, в каком они находились при заключении договора (это - actio redhibitoria), другой иск был направлен на уменьшение покупной цены (отсюда его название: actio quanti minoris).

Слова эдикта, напоминающие продавцу о необходимости предупреждать покупателя о недостатках, имеющих в продаваемой вещи, могут вызвать предположение, что в качестве необходимого условия для предъявления эдильских исков было знание продавца о недостатках, имеющих в продаваемой вещи. В действительности такого требования не ставилось: продавец отвечал по эдильским искам даже в том случае, если он сам не знал о существовании недостатков вещи. Ульпиан (D. 21. 1. 1. 2), пояснив, что целью издания эдильского эдикта было бороться с обманами со стороны продавцов и помочь покупателям, в дальнейшем изложении говорит: нужно знать, что продавец должен отвечать, даже если он сам не знал о тех фактах, за которые эдильский эдикт возлагает на продавцов ответственность. Ульпиан добавляет затем, что это - вполне справедливо: продавец мог все эти сведения иметь: с другой стороны, покупателю от того не легче, продает ли ему продавец вещь с недостатками ignorantia an calliditate (ввиду собственного неведения или обманом).

Буквальный текст эдикта охватывал только mancipia, iumenta, т.е. вещи, особенно часто продававшиеся на рынках (скот и рабы). Впоследствии правила эдильского эдикта об ответственности продавца за недостатки проданной вещи были применены и к случаям продажи других вещей.

Из отдельных мест Дигест можно было бы заключить, что это распространение действия эдильского эдикта было проведено не только ко времени Ульпиана (*hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum verim ceterarum quoque rerum*, т.е. этот эдикт относится к продаже не только *res mancipi*, но и прочих вещей) (D. 21. 1. 36), но даже было известно Лабелону, жившему при Августе: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint* (т.е. недвижимостей) *quam earum quae mobiles aut se moventes* (т.е. движимых неодушевленных и одушевленных) (D. 21. 1. 1. pr.). Однако оба эти отрывка внушают подозрения в их подлинности; упоминание о других вещах, кроме *res mancipi*, видимо, является творчеством составителей Дигест. Во всяком случае, в праве Юстиниана изложенные правила распространялись на продажу всякой вещи.

После этих общих замечаний об эдильских исках нужно остановиться на каждом из них в отдельности.

Один из этих исков называется *actio redhibitoria*: это - иск, имеющий целью расторжение сделки между продавцом и покупателем. Ульпиан дает следующую ссылку на Юлиана: *"Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integram restituere debere"*; это значит, по словам Юлиана, процесс по *actio redhibitoria* должен как бы восстановить обе стороны, и продавца и покупателя, в прежнее (бывшее до заключения договора) положение (D. 21. 1. 23. 7).

Из этой общей характеристики *actio redhibitoria* следует, что вещь считается как бы некупленной и возвращается продавцу, а продавец обязан возратить покупателю полученную с него цену. Вещь возвращается со всеми принадлежностями к ней; при этом покупатель обязан вернуть также полученные от вещи плоды, доходы и всякие вообще приращения и выгоды (*si quid post venditionem natum adquisitum fuerit* - D. 21. 1. 1. 1), а также все то, что должно бы поступить к покупателю при надлежащей с его стороны заботливости, но по его *culpa*, по его небрежности не поступило (D. 21. 1. 23. 9). Наряду с этим, покупатель отвечает за происшедшее (за время нахождения у него вещи) ухудшение и всякое вообще уменьшение ценности вещи, если только такой результат получился по вине покупателя, либо кого-нибудь из его домашних (*familia*), либо управляющего (*procurator*) (D. 21. 1. 25. pr. 1). Словом, вещь должна быть возвращена в таком состоянии, в каком она была бы, если бы купли-продажи вовсе не было (*perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit*) (D. 21. 1. 60). Пока причитающееся продавцу (проданная вещь, принадлежности к ней, плоды и пр.) не предоставлено покупателем, он не может претендовать на возвращение ему продавцом цены (*ordine fecerunt aediles, ut ante venditori emptor ea omnia quae supra scripta sunt praestet, sic deinde pretium consequatur*) (D. 21. 1. 25. 10).

С другой стороны, если покупатель произвел затраты в целях сохранения вещи на определенной хозяйственной высоте или просто улучшил вещь, он в известных случаях имеет, в свою очередь, право требовать от продавца возмещения затрат. В какой мере и при каких условиях получает покупатель возмещение затрат, произведенных на купленную и затем возвращаемую продавцу вещь, решается в каждом отдельном случае по конкретным обстоятельствам.

Из отдельных казусов, встречающихся в дошедших до нас отрывках сочинений римских юристов (например, D. 21. 1. 29. 3. 30. 1 и др.), можно вывести такие правила. Текущие расходы по содержанию вещи идут в зачет с получаемой от вещи пользой; например, поскольку при возвращении купленного животного покупатель не платит продавцу за пользование животным в течение времени от получения вещи до ее возвращения, расходы на прокормление животного покупателю не возмещаются. Другие необходимые издержки (т.е. произведенные для сохранения вещи, например на лечение заболевшего раба и спасение его жизни) подлежат возмещению. Возмещаются по общему правилу и полезные, т.е. хозяйственно целесообразные, хотя и не безусловно необходимые, издержки; во всяком случае возмещаются затраты, которые сделал бы и сам продавец, затраты, сделанные в соответствии с желаниями продавца (*ex voluntate venditoris* - D. 21. 1. 27).

Издержки, не вызывавшиеся ни необходимостью, ни хозяйственной целесообразностью, так называемые произвольные, возмещению не подлежат. Для осуществления права на возмещение произведенных затрат за покупателем признавалось *ius retentionis*, т.е. право задержать возвращение вещи до тех пор, пока продавец не возместит покупателю причитающейся ему суммы (D. 21. 1. 29. 3. 58. pr.).

Продавец обязан вернуть в этом случае покупателю покупную цену и обычные проценты с этой суммы (D. 21. 1. 29. 2).

Таким образом, *actio redhibitoria* направлена на восстановление того положения, какое было бы, если бы купли-продажи данной вещи не было. Это общее значение *actio redhibitoria* приводит, между прочим, к тому, что за время нахождения у покупателя вещи, подлежащей возвращению продавцу на основании *actio redhibitoria*, риск случайной гибели вещи несет продавец (вопреки общему правилу, что риск случайной гибели вещи лежит на покупателе, см. п. 495). Следовательно, при случайной гибели проданной вещи продавцу пришлось бы по *actio redhibitoria* вернуть покупную цену, самому не получая вещи обратно (у римлян в таких случаях говорили, что проданный раб возвращается мертвым: *mortuus redhibetur*, что равносильно, конечно, тому, что ничего не возвращается).

Actio redhibitoria можно было предъявить только в пределах шестимесячного срока, который исчислялся с момента продажи *utiliter*, т.е. то время, в продолжение которого иска нельзя было предъявить по уважительным причинам, не засчитывалось в этот шестимесячный срок.

Если по этому иску удовлетворения добровольно не поступало, взыскивались следуемые суммы в двойном размере (D. 21. 1. 45).

В тех случаях, когда проданная вещь страдает такими недостатками, которые не делают невозможным ее использование, но только в известной мере снижают ее пригодность для той цели, для которой она приобреталась, эдильский эдикт давал покупателю другой иск - *actio quanti minoris*. С помощью этого иска можно было добиться снижения покупной цены пропорционально тому, насколько снизилась, вследствие оказавшегося в вещи недостатка, ее пригодность и ценность. Этим иском мог воспользоваться покупатель и в тех случаях, когда в его распоряжении был и более сильный по последствиям иск - *actio redhibitoria*. Покупатель мог просить, вместо *actio redhibitoria*; более слабое средство - *actio quanti minoris*, в частности в тех случаях, когда он пропускал шестимесячный срок на предъявление первого иска: дело в том, что *actio quanti minoris* можно было получить в течение годового срока (исчисляемого так же, как и при *actio redhibitoria*).

С течением времени принципы ответственности продавца по эдильскому эдикту оказали влияние и на ответственность по гражданскому иску *actio empti*; так, было признано, что продавец может отвечать и по *actio empti* (*ex empto tenetur*), независимо от того, знал ли он сам о пороках продаваемой вещи или нет; в последнем случае лишь уменьшается самый размер ответственности продавца, которая сводится тогда к соответствующему снижению покупной цены.

В Дигестах содержится следующий отрывок из сочинения Ульпиана, ссылающегося на другого классического юриста - Юлиана. Этот последний, по словам Ульпиана, в отношении того, что присуждается по *actio empti*, проводит различие между продавцом, продавшим вещь, страдающую недостатками, сознательно и продавшим по неведению. Если недостатки проданной вещи не были известны продавцу, то по иску покупателя (*actio empti*) продавец должен уплатить лишь ту сумму, на которую покупатель заплатил бы дешевле, если бы знал о недостатках вещи; если же продавец знал о недостатках проданной вещи, он несет ответственность за весь ущерб, понесенный покупателем от договора; например, если из-за купленного на подпорку здания бревна, оказавшегося гнилым, рухнет здание, или если проданное больное животное заразит стадо покупателя, продавцу придется уплатить стоимость здания в первом примере, полную сумму интереса покупателя в получении здорового, годного для пользования животного, стоимость лечения своего скота и

т.д. - во втором примере. (D. 19. 1. 13. pr.).

Несмотря на отмеченные признаки сближения гражданских и эдильских исков (в том смысле, что с помощью гражданской *actio empti* можно было осуществить содержание эдильского иска), все же различие этих исков сохраняло практическое значение: не одинаковы были сроки, в течение которых можно было предъявить иск; было различие в размерах ответственности (по *actio empti* - возмещение ущерба покупателя, по *actio redhibitoria* - расторжение договора с вытекающими отсюда последствиями, по *actio quanti minoris* - уменьшение покупной цены).

495. Обязанность покупателя. Покупатель обязан уплатить покупную цену. Платеж покупателем цены, если договором сторон не предусматривалась отсрочка или рассрочка платежа, являлся необходимым условием для приобретения покупателем права собственности на проданную вещь (D. 18. 1. 19).

496. *Periculum est emptoris*. Если по заключении договора купли-продажи проданная вещь погибнет по случайной причине, т.е. без вины в том как продавца, так и покупателя, то неблагоприятные последствия этого факта ложатся на покупателя. Это значит, что покупатель обязан платить покупную цену (а если уже уплатил ее, не имеет права требовать ее возвращения), несмотря на то, что продавец вследствие случайной причины не может исполнить лежащей на нем обязанности предоставления вещи. Это выражают афоризмом: *periculum est emptoris* - риск случайной гибели проданной вещи лежит на покупателе (если, конечно, в договоре стороны не предусмотрели иного положения).

Cum autem emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit, itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus meritis, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint... emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est (J. 3. 23. 3).

(Как только заключена купля-продажа, риск гибели проданной вещи переходит на покупателя, хотя бы к этому времени вещь и не была фактически передана покупателю. Таким образом, если проданный раб умрет или потерпит какое-нибудь повреждение, или сгорит проданный дом, весь или в части, - ущерб от этого ложится на покупателя, которому необходимо платить покупную цену, хотя он и не получил купленной вещи. Продавец не несет ответственности за то, что случится помимо его умысла или небрежности (т.е. без его вины).)

Этот принцип выражен прямо и в источниках классической эпохи (например, в D. 18. 6. 8. pr.) и является характерным для римского права.

Правило "*periculum est emptoris*" резко расходится с общим принципом римского права - "*casum sentit dominus*" (т.е. последствия случайностей, какие могут постигнуть вещь, приходится ощущать собственнику этой вещи). С точки зрения этого общего правила если вещь по заключении договора купли-продажи, но еще до передачи покупателю погибает или повреждается, риск должен был бы нести продавец, так как при этих обстоятельствах именно он является собственником проданной вещи. Только после фактической передачи вещи (*traditio*) право собственности переходит (при наличии других необходимых условий) к покупателю, и следовательно, с точки зрения правила "*casum sentit dominus*" только тогда, естественно, можно было бы возложить на покупателя риск случайной гибели или порчи вещи. В действительности же покупатель несет этот риск независимо от того, стал ли он уже собственником купленной вещи или еще нет.

Было приложено немало усилий для того, чтобы объяснить это исключительное правило. Некоторые авторы видят объяснение правила *periculum est emptoris* в том, что первоначальной формой продажи была *mancipatio*, сразу переносившая право собственности на покупателя, так что ему приходилось нести риск и по общему правилу *casum sentit dominus*; когда в дальнейшем заключение обязательственного договора купли-продажи и перехода права собственности к покупателю разъединились, установившееся положение сохранилось в силу известного

консерватизма римского права (из новейших авторов сторонником этого объяснения является Monier, Manuel elementaire de droit romain, 1944, II, N 116). Большим распространением и признанием пользуется другое объяснение, также исходящее из исторических корней купли-продажи (его придерживается, например, французский романист Girard). До того как этот договор получил признание в качестве консенсуального, той цели, для которой в классическом римском праве служит *emptio-venditio*, достигали с помощью двух отдельных стипуляций. "Обещаешь ли дать мне раба Стиха?" - спрашивал покупатель продавца и получал утвердительный ответ. "Обещаешь ли уплатить мне 100?" - спрашивал продавец покупателя и также получал на свой вопрос утвердительный ответ. Так возникали два стипуляционных обязательства. Конечно, хозяйственно эти две стипуляции являлись взаимно обусловленными, но, ввиду формального и абстрактного характера стипуляции, обе эти стипуляции юридически были совершенно самостоятельны, а потому каждая имела свою судьбу, не связанную с судьбой другой стипуляции. Отсюда и получалось, что обстоятельства могли сложиться так, что стипуляция, совершенная покупателем о передаче ему проданной вещи, оказывалась неисполнимой, притом без всякой в том вины продавца, т.е. случайно, вследствие чего продавец освобождался от исполнения своего обязательства.

Между тем другая, встречная стипуляция сохраняла силу: поскольку это обязательство имело абстрактный характер, не было связано с основанием, по которому обязательство установлено, обязавшийся уплатить 100 по-прежнему был обязан платить, хотя его право требования (по первой стипуляции) отпало. С этим положением практика так свыклась, что те же самые последствия случайной гибели проданной вещи продолжали применяться и тогда, когда косвенный порядок оформления купли-продажи двумя стипуляциями перестал быть необходимым, так как получил признание консенсуальный контракт *emptio-venditio*.

В соответствии с переходом на покупателя с момента заключения договора несения риска случайной гибели или порчи проданной вещи, к нему поступают и всякого рода случайные приращения, улучшения и т.п., последовавшие по заключении договора.

Id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem vel perit, ad emptoris commodum incom modumque pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet (D. 17. 6. 7. pr.).

(Увеличение или уменьшение участка вследствие естественного влияния воды (намыва) относится к выгоде или невыгоде покупателя; если бы весь участок после купли-продажи оказался занятым рекой, это было бы риском покупателя; следовательно, и случайные выгоды должны также поступить в его пользу.)

497. Взаимосвязь обязательств продавца и покупателя. Таким образом, из договора *emptio-venditio* возникали два взаимных обязательства: продавец был обязан предоставить покупателю проданный предмет, гарантировать беспрепятственное *habere licere*, отвечать за эвикцию и недостатки вещи, а покупатель был обязан уплатить условленную цену. Продавцу давалась *actio venditi* для того, чтобы добиться принудительным порядком исполнения обязательства со стороны покупателя (если он добровольно не исполнял обязательства), и обратно, покупатель получал *actio empti* для удовлетворения своих претензий к продавцу. Оба эти иска были из категории *actiones bonae fidei* (п. 62), при которых не было культа буквы договора, а принималась во внимание подлинная воля сторон.

Обязательства, лежащие на продавце и покупателе, по своему значению одинаково существенны и притом внутренне связаны: продавец потому принимает на себя обязательство изложенного выше содержания, что из того же договора должно возникнуть встречное, по смыслу договора эквивалентное, обязательство покупателя, и обратно, покупатель обязуется уплатить покупную цену потому, что продавец обязуется предоставить ему продаваемый предмет. В этом смысле купля-продажа является типичной синаллагматической сделкой (п. 477).

498. Добавочные соглашения при купле-продаже. Договор купли-продажи мог сопровождаться добавочными соглашениями.

(1) *In diem addictio*. *In diem addictio* ita fit: "ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat" (D. 18. 2. 1).

(Оговорка *in diem addictio* делается так: данный участок пусть считается купленным тобою за 100; но если до ближайших январских календ кто-либо предложит более выгодные условия, вещь должна уйти от собственника.)

Таким образом, *addictio in diem* представляет собой добавочное соглашение, присоединяемое к договору купли-продажи и состоящее в том, что договор прекращает действие, если в течение указанного в соглашении срока продавцу кто-нибудь предложит более выгодные условия. Однако покупатель может предупредить такие последствия, ввиду признаваемого за ним права преимущественной покупки: как только к продавцу поступает предложение более выгодных условий по сравнению с теми, на каких куплена вещь данным покупателем, продавец обязан сообщить об этом покупателю, и если последний согласится эти условия принять, вещь остается за ним (D. 18. 2. 8).

(2) *Lex commissoria*. *Cum venditor fundi in lege ita caverit*: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus, si venditor inemptum eum esse velit (D. 18. 3. 2).

(Когда продавец участка включает в договор условие: "если покупная цена не будет уплачена в такой-то срок", участок должен считаться некупленным, если продавец желает того.)

Такое условие и называется *lex commissoria*. В сомнительных случаях оно рассматривается как резолютивное, или отменительное (...magis est, ut sub condicione resolvi emptio, quam sub condicione contrahi videatur - D. 18. 3. 1). Как видно из приведенной выше оговорки "si venditor inemptum eum esse velit", действие *lex commissoria* может быть устранено выражением воли продавца оставить договор купли-продажи в силе (такая воля усматривается, например, в требовании покупной цены, несмотря на наступление срока, предусмотренного в *lex commissoria*) (D. 18. 3. 4. 2; 7).

Если продавец не выразил воли на сохранение договора купли-продажи, наступление *lex commissoria* разрушает сложившееся договорное отношение. При этом если несоблюдение условия о платеже покупной цены к определенному сроку произошло в силу обстоятельства, зависевшего от покупателя, то все, что покупатель дал продавцу в задаток или под другим названием, остается у продавца. Лишаясь суммы, какую он успел уплатить продавцу, покупатель зато сохраняет за собой плоды, полученные от проданной вещи (в пределах уплаченной суммы - D. 18. 3. 4. 1). Вообще же продавец при наступлении *lex commissoria* получает не только проданную вещь, но и всякого рода доходы, полученные от нее покупателем, а также возмещение за вред, причиненный этой вещи покупателем. Для осуществления судебным порядком вытекающих отсюда претензий продавцу дается *actio venditi* (хотя договор и утрачивает силу).

(3) В договор купли-продажи может быть включено условие, что, если (в пределах известного срока) вещь понравится покупателю, она остается за ним. "Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot" - "если раб Стих понравится тебе в пределах известного срока, он будет считаться купленным тобою за столько-то золотых" (I. 3. 23. 4). По желанию сторон такому условию может быть придано значение отлагательного (сuspензивного) или отменительного (резолютивного).

(4) Купля-продажа может сопровождаться добавочным соглашением относительно обратной покупки вещи продавцом у покупателя или обратной продажи вещи покупателем продавцу (в зависимости от того, кому принадлежит право заявить о повороте купли-продажи). При отсутствии в таком добавочном соглашении указания, на каких условиях должна быть совершена обратная покупка или продажа,

предполагается, что она совершается на условиях первоначального договора (D. 19. 5. 12).

Действие добавочного соглашения об обратной покупке или продаже вещи по смыслу этого соглашения - обязательственное: по заявлению одной стороны другая обязывается заключить договор об обратной купле-продаже.

§ 138. Договоры найма (locatio-conductio). Общие положения

499. Виды найма. Римское право знает три отдельных договора найма: а) наем вещей (locatio-conductio rerum), б) наем услуг (locatio-conductio operarum), в) наем работы или подряд (locatio-conductio operis или operis faciendi). Общее между этими тремя договорами обычно усматривается в том, что одна сторона обязуется предоставить другой стороне пользование известным объектом, а другая сторона обязуется уплатить первой стороне за пользование определенное денежное вознаграждение. Однако по этому признаку можно сблизить две первых разновидности найма - наем вещей и услуг; но определение договора подряда как договора о пользовании было бы искусственным: этот последний договор направлен не на пользование рабочей силой контрагента как таковой, а на результат его труда.

500. Разграничение найма и купли-продажи. В некоторых отношениях договоры найма сближались с договорами купли-продажи. Так, Гай указывает, что как договор купли-продажи для своей действительности предполагает соглашение сторон относительно pretium certum (определенной цены), так и при найме, если не установлена merces certa (определенное вознаграждение), pop videtur locatio et conductio contrahi (договор найма не считается заключенным).

Отдельные жизненные казусы возбуждали у римских юристов сомнения, конструировать ли их как договоры найма или купли-продажи. Например, вещь сдается in perpetuum, навсегда, но при условии ежегодного взноса определенной платы за пользование. (Гай склоняется к характеристике договора как locatio-conductio - 3. 145). Другой казус: одно лицо предоставляет другому своих гладиаторов на таких условиях, что это второе лицо должно уплатить первому за гладиаторов, вышедших из боя невредимыми, по 20 динариев, а за убитых или искалеченных - по 1000 динариев. (Гай считает, что в отношении первых имеет место locatio-conductio, в отношении вторых emptio-venditio - 3. 146). Заказ колец золотых дел мастеру из его золота характеризуется как купля-продажа, из золота заказчика - как locatio-conductio (Гай. 3. 147).

Эти и подобные примеры привели Гая даже к общему заключению, что договоры emptio-venditio и locatio-conductio имеют между собой familiaritatem aliquam, некоторую близость, родство (3. 145). Тем не менее грань между этими двумя видами консенсуальных контрактов достаточно отчетлива: по договору купли-продажи покупателю предоставляется постоянное обладание вещью (habere licere); договор найма имеет целью предоставление вещи или услуг во временное пользование за определенное вознаграждение, исчисляемое пропорционально времени пользования, а договор найма работы имеет свое специфическое содержание (см. п. 511).

500-а. Иски из договора найма. Договор locatio-conductio, подобно emptio-venditio, является синаллагматическим. Каждая сторона по договору имеет самостоятельный иск (actio locati и actio conducti). Оба эти иска - bonae fidei (см. п. 62).

§ 139. Наем вещей (locatio-conductio rerum)

501. Определение. Наймом вещей (locatio-conductio rerum) называется такой договор, по которому одна сторона (наймодатель, locator) обязуется предоставить другой стороне (нанимателю, conductor) одну или несколько определенных вещей для временного пользования, а эта другая сторона обязуется уплачивать за пользование этими вещами определенное вознаграждение (merces, pensia) и по окончании пользования возвратить вещи в сохранности наймодателю.

В одном месте Институций Гая (4. 28) содержится упоминание о том, что по законам XII таблиц предусматривалась legis actio per pignoris capionem на тот случай, когда

наниматель вьючного скота не платил вознаграждения за пользование им. Отсюда делается заключение, что уже в эпоху XII таблиц договоры о найме вещей стали проникать в практику (хотя они и не имели еще характера консенсуальных контрактов) и что первоначальным предметом этого договора был именно рабочий скот, быть может, также рабы (для использования их в сельском хозяйстве, в частности, для уборки урожая и пр.). Этим историческим происхождением договора некоторые исследователи объясняют и особенности римской терминологии. При *locatio-conductio rei* получающий вещь в пользование (равно как при *locatio-conductio operarum* - сторона, получающая право на исполнение для нее другой стороной личных услуг) именуется *conductor*, тогда как при третьей разновидности договора найма - *locatio-conductio operis* - термин *conductor* употребляется для обозначения стороны, принявшей на себя исполнение работы: наняв на рынке животное или раба, наниматель "уводил" их с собой, отсюда он и получил наименование *conductor*; применять же этот термин к подрядившему исполнению другим лицом известной работы как законченного целого - основания не было.

В дальнейшем контракт *locatio-conductio rei* получил более широкое применение, в частности, в области найма земельных (сельскохозяйственных) участков, городских жилищ и др.

502. Классовый характер имущественного найма. Среди свободных римских граждан очень рано появилась резкая имущественная дифференциация. Наряду с крупными помещиками, обладавшими огромными латифундиями и обрабатывавшими их трудом множества рабов, образовалась многочисленная прослойка бедных крестьян, свободных, но малоземельных или вовсе безземельных. Эти безземельные и малоземельные крестьяне были вынуждены снимать у рабовладельца-помещика небольшие клочки земли (*parcellae*) для обработки. С другой стороны, в городах было много бедняков, не имевших собственных домов и нанимавших себе у богатых домовладельцев жилище. Экономическое соотношение наймодателей и нанимателей приводило к соответствующему умалению прав нанимателя: его экономическая зависимость от наймодателя сказалась, между прочим, в том, что наниматель вещи, в частности земельного участка, не признавался в Риме владельцем и не пользовался самостоятельной защитой против всякого рода самовольных посягательств на его землю и хозяйство (п. 179). Отразить такие самовольные нарушения обладания снятым земельным участком наниматель мог только через посредство сдатчика, на имя которого считался обладающим данным участком наниматель. Легко понять, как возрастала в силу этого зависимость нанимателя от сдатчика, и без того дававшая себя знать.

503. Предмет договора. Предметом *locatio-conductio rei* могли быть вещи и движимые, и недвижимые; но из движимых вещей - только такие, которые не принадлежат к числу потребляемых, так как иначе была бы неисполнима обязанность нанимателя возвратить по окончании найма ту самую вещь, какая была получена по договору. Не обязательно было, чтобы наймодатель, был собственником сдаваемой вещи: можно было отдать внаймы и чужую вещь.

В Дигестах Павел рассказывает такой казус. Одно лицо сдало другому не принадлежащее первому здание за 50; наниматель пересдал его третьему лицу за 60 (о поднаймае - см. п. 506); собственник здания не соглашается на проживание в нем этого третьего лица и требует его выселения. По поводу этого казуса римский юрист говорит, что, поскольку выселение третьего лица приведет к ответственности перед ним нанимателя, последнему придется потерять сумму 60, за которую был сдан дом; в этой сумме наниматель предъявит иск к первому лицу, сдавшему внаймы чужую вещь (D. 19. 2. 7).

Из этого решения Павла видно, что принципиальный вопрос о действительности договора сдачи в наем не принадлежащей наймодателю вещи сомнений не вызывает; все рассуждение юриста ведется в такой плоскости, что, поскольку сдающий чужую вещь не может обеспечить нанимателю беспрепятственное пользование вещью, он должен возместить ущерб, понесенный нанимателем от нарушения договора.

Помимо вещей в подлинном смысле, или вещей телесных, в качестве предмета договора найма в источниках упоминаются и некоторые права, например узурфрукт (D. 7. 1. 12. 2), так называемые нетелесные вещи, *res incorporales*.

Вознаграждение за пользование (наемная плата) нормально должно определяться в денежном выражении; только в договорах сельскохозяйственной аренды допускается определять арендную плату в натуре (известное количество продуктов, в частности - известная доля урожая), откуда такие арендаторы получили и наименование - *coloni partiarum*, арендаторы из доли, арендаторы-долящики (D. 19. 2. 25. 6). Если в других случаях лицо, получающее вещь в пользование, принимало на себя обязательство дать за это в пользование другую вещь и т.п., то такой договор не считался за *locatio-conductio*, а рассматривался в качестве своеобразного договора (D. 19. 5. 5. 2).

Срок не является необходимым элементом договора *locatio-conductio rei*: возможно предоставление вещи в пользование на неопределенный срок, и тогда договор в любое время может быть прекращен по заявлению каждой стороны.

504. Обязанности наймодателя. На наймодателе лежит обязанность предоставить нанимателю пользование нанятой вещью (или вещью и плодами от нее) - *uti, frui, licere praestare*. Вместе с вещью должны быть переданы и принадлежности к ней (например, при сдаче земельного участка обычный инвентарь: *quae soleat instrumenti nomine conductorum praestare*) (D. 19. 2. 19. 2).

Вещь должна быть предоставлена своевременно. Несоблюдение этой обязанности дает нанимателю право отступить от договора. В Дигестах дается такой казус.

Снят земельный участок на пять лет; в течение первого года наниматель не был допущен к пользованию участком; за нанимателем признается право отказаться от договора, хотя бы в дальнейшем наймодатель и был готов предоставить участок нанимателю. Это право нанимателя мотивируется тем, что, не получив нанятого участка, он, вероятно, снял другой, так что если бы наймодатель мог настаивать на соблюдении договора, нанимателю пришлось бы платить арендную плату за два участка, а для этого нет оснований (*sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest*, т.е. запоздалым является предоставление пользования, предлагаемое тогда, когда наниматель уже вступил в другой договор и не может брать в пользование данный участок - D. 19. 2. 24. 4).

Своевременность предоставления понимается, конечно, в жизненно разумных границах; так, если в приведенном примере с пятилетней арендой наймодатель предоставил пользование участком с опозданием на несколько дней, такая просрочка не оправдывает отказа нанимателя от договора.

Обязанность наймодателя предоставить нанимателю вещь в пользование не исчерпывается однократной передачей вещи нанимателю: наймодатель обязан в течение всего срока найма обеспечить нанимателю возможность спокойного и соответствующего договору пользования вещью. Для этого наймодатель должен производить необходимый ремонт отданной внаем вещи, чтобы поддерживать ее в течение всего срока договора в годном для пользования состоянии, устранять препятствия, которые может встретить с чьей-либо стороны наниматель, и т.п.

Ex conducto actio conductorum datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agatur (D. 19. 2. 15. 1).

(Нанимателю дается *actio conducti*. Этот иск он получает почти только по следующим основаниям: например, если для него оказывается невозможным пользование (быть может, потому, что ему не предоставляется владение всем участком или частью его, либо если не ремонтируется дом, стойло или то место, где ему нужно разместить стадо); тем же иском может воспользоваться наниматель и в том случае, если ему не предоставляется то, что специально предусмотрено содержанием договора.)

Если предоставленная в пользование вещь оказывается непригодной для пользования или, по крайней мере, это пользование не дает всего того хозяйственного эффекта, какое наниматель с достаточным основанием рассчитывал от него получить, то, как видно из приведенных в источниках казусов, применялись принципы, аналогичные тем, на которых строилась ответственность продавца за недостатки проданной вещи. Так, если нанимателю при заключении договора были известны или должны были быть известны недостатки нанятой вещи, наймодатель не несет ответственности; договор сохраняет свою силу. Например, наниматель снял *vitiosas aedes*, здание, находящееся в неисправном состоянии; по словам Ульпиана, такие наниматели *habent quod sibi imputent* (имеют, за что им нужно винить себя) (D. 39. 2. 13. 6). С другой стороны, знание или незнание о недостатках вещи самого наймодателя может иметь значение для определения характера последствий предоставления вещи с пороками, но не оправдывает наймодателя. Например, берут внаймы винные бочки, которые оказываются худыми, и вино вытекает; наймодатель отвечает за это даже в том случае, если он сам не знал об этом недостатке бочек (*pec ignorantia eius erit excusatio*, его незнание не послужит для него извинением); иное дело, если сдается в аренду пастбище, а на нем выросла вредная трава и скот нанимателя погиб или ухудшился: наймодатель обязан возместить нанимателю *quod interest* (в размере его интереса), если наймодателю были известны свойства травы на сданном пастбище; но если он сам не знал о вредных свойствах травы, он только теряет право на получение наемной платы (D. 19. 2. 19. 1).

Ответственность наймодателя за недостатки сданной внаймы вещи выражается в возмещении всего интереса нанимателя в тех случаях, когда вещь оказывается непригодной для пользования по тому назначению, какое имелось в виду договором. Однако возможно в этих случаях и иное последствие, а именно: нанимателю принадлежит право отказаться от договора. Если пользование вещью возможно, но с меньшим хозяйственным эффектом и удобствами, наниматель может с помощью *actio conducti* требовать снижения наемной платы (D. 19. 2. 25. 2; 27. pr.).

Наймодатель отвечает за всякую вину (*omnis culpa*): *ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato... et dolus et culpa praestatur* (в таких договорах, которые направлены на удовлетворение интересов обеих сторон, как в договоре купли, найма... имеет место ответственность и за *dolus*, и за *culpa*) (D. 13. 6. 5. 2. i.f.).

Наймодатель, нарушающий договор, обязан возместить нанимателю весь ущерб, который он терпит от этого, включая и *lucrum*, т.е. ту выгоду, которую должен был получить от этого договора наниматель (*quantum eius interfuit frui, in quo etiam lucrum eius continetur*) (D. 19. 2. 33).

Если невозможность пользования вещью для нанимателя наступает без вины в том наймодателя, он не несет за это ответственности перед нанимателем, но и не имеет права требовать наемную плату за то время, пока пользование вещью было невозможно по такой случайной причине (D. 19. 2. 33). Из этого можно сделать вывод, что риск в данном случае лежит на наймодателе: *periculum est locatoris*.

Наймодатель обязан также платить за отданную внаймы вещь всякого рода публичные повинности, налоги и пр. (D. 43. 10. 1. *unica*. 3).

505. Обязанности нанимателя. Наниматель обязан платить наймодателю за пользование вещью условленную наемную плату пропорционально времени пользования. По общему правилу наемная плата вносилась по истечении соответствующего промежутка времени (*postnumerando*); при наличии специального соглашения сторон наемная плата могла вноситься и вперед (*praenumerando*). Если наниматель внес наемную плату вперед, а пользование в течение всего периода, за который внесена наемная плата, оказалось невозможным не по вине нанимателя (например, сгорел или обрушился нанятый дом), нанимателю дается *actio conducti* для возврата наемной платы (D. 19. 2. 19. 6). Если без вины нанимателя пользование становится менее полным или менее удобным, наниматель имеет право на соответствующее уменьшение наемной платы (D. 19. 2. 27. pr.). Неиспользование нанятой вещи без уважительных причин не освобождает нанимателя от обязанности

платежа наемной платы.

Алфен рассматривает такой казус. Наниматель бросил нанятую вещь, испугавшись какой-то опасности, угрожавшей в данном месте; спрашивается, обязан ли он тем не менее вносить наемную плату? Ответ дается такой: если было достаточное основание для страха, то, хотя бы фактически опасности и не было, наниматель освобождается от платежа наемной платы, и к этому (вероятно, составителями Дигест) добавлено: "*sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere*" ("но если не было достаточного основания испытывать страх, наниматель обязан уплатить за пользование") (D. 19. 2. 27. 1).

Однако, если обстоятельства не позволили нанимателю использовать нанятое имущество, его обязанность платить наемную плату может иногда отпасть; так именно решается вопрос в том случае, если наймодателю удалось сдать имущество на это время другому нанимателю и получить с него наемную плату: неиспользование нанимателем нанятой вещи не должно причинять ущерба наймодателю, но и не должно его обогащать.

Вопрос о платеже наемной платы получил специальную регламентацию для того случая, когда она определена в натуре в известном количестве продуктов, получаемых при сельскохозяйственной аренде. Различные случайные обстоятельства могут сильно повлиять на урожай и так его понизить, что для арендатора окажется непосильной арендная плата, установленная по договору.

Классические римские юристы (D. 19. 2. 15. 2 - 5. 7) подошли к этому вопросу так. Во-первых, если имела место *vis cui resisti non potest* (так называемая непреодолимая сила), вследствие чего пропал урожай, наниматель освобождается от обязанности платежа наемной платы; все вообще необычные случайности относятся на риск наймодателя (*si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur* - если произошел обвал и уничтожил все плоды, то это не должно быть ущербом нанимателя, чтобы с него нельзя было принудительно взыскивать наемную плату за участок сверх того убытка, который он терпит от утраты семян). Если же *nihil extra consuetudinem acciderit*, ничего чрезвычайного не произошло, то убытки от недорода и т.п. несет наниматель.

В отношении неурожая, постигшего нанятый участок, классические юристы дают еще такое указание: урожайность - дело случайное: один год - неурожайный, а другой - дает обильный урожай; поэтому в неурожайный год, когда арендатору трудно уплатить полную арендную плату, следует допустить *remissio mercedis*, уменьшение арендной платы; но если последующие годы будут урожайными, наймодатель получает арендную плату и за неурожайный год.

Наниматель должен пользоваться вещью в соответствии с договором и хозяйственным назначением вещи. Пробелы в договоре должны восполняться, исходя из принципов справедливости (*conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare*, т.е. наниматель должен делать все в соответствии с условиями договора, а что в договоре пропущено - то предоставлять по справедливости (I. 3. 24. 5).

Наниматель несет ответственность за всякого рода повреждения и ухудшения нанятой вещи, если они произошли по его вине (хотя бы легкой, *culpa levis*): *quod si culpa coloni quid eorum* (т.е. из предоставленных наймодателем предметов) *corruptum sit, ex locato eum teneri* (если по вине нанимателя что-нибудь из полученного от наймодателя будет испорчено, наниматель отвечает по *actio locali*) (D. 19. 2. 19. 2).

По окончании найма нанятая вещь должна быть возвращена без задержки, в надлежащем состоянии. В императорский период (конституцией 484 г.) было установлено, что, если наниматель добровольно нанятую вещь не возвращает, а доводит дело до суда, он присуждается не только к возвращению нанятой вещи, но и к уплате ее стоимости, подобно тому, как отвечает *invasor alienae possessionis*, захватчик чужого владения; так защищался интерес собственника. Во всяком случае, уже по классическому праву признавалось, что наниматель обязан уплатить

убытки, которые несет наймодатель от несвоевременного возвращения нанимателем нанятых вещей.

Со своей стороны наниматель, быть может, сделал на вещь, находившуюся в его пользовании, те или иные издержки. Спрашивается, в какой мере эти его затраты подлежат возмещению со стороны наймодателя?

В Дигестах говорится:

In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest (D. 19. 2. 55. 1).

(Если наниматель участка на свои средства как-то увеличил его ценность, возвел какое-то строение или что-то устроил, хотя договором это не было обусловлено, причем эти мероприятия были или необходимыми, или хозяйственно целесообразными, он может предъявить к собственнику участка *actio conducti* о возмещении ему сделанных затрат.)

Наоборот, в отношении всякого рода пристроек к нанятому зданию Ульпиан (присоединяясь к мнению более раннего юриста - Лабеоны) решает вопрос в том смысле, что наниматель с помощью *actio conducti* может осуществить *ius tollendi* (право снять пристроенное), при условии, если от этого нанятое здание не потерпит ухудшения, но сохранит прежний вид (D. 19. 2. 19. 4). Ульпиан не упоминает о том, что сделанные нанимателем пристройки были необходимы или хозяйственно целесообразны. Поэтому два приведенных отрывка источников можно согласовать между собою так, что в тех случаях, когда издержки можно считать необходимыми (*impensae necessariae*) или полезными, хозяйственно целесообразными (*impensae utiles*), наниматель имел право требовать от наймодателя их возмещения; если же издержки не имели такого значения, а сделаны были по личному вкусу или желанию нанимателя (*impensae voluptuariae*), то он не имел права на их возмещение, а мог лишь воспользоваться *ius tollendi*, правом отделить от вещи "вложения" в нее, при условии, однако, если это можно сделать без ухудшения вещи.

506. Поднаем. Наниматель не лишен права, если нет противоположного соглашения с наймодателем, передать нанятую вещь в пользование другому лицу (поднаем). *Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit (C. 4. 65. 6)*. Разумеется, такая передача нанятой вещи поднанимателю не снимает с нанимателя ответственности перед наймодателем за сохранность вещи и надлежащее ее использование. Наниматель вообще отвечает от своего имени, *suo nomine* (в данном случае это значит как за свою вину) за вину всех *quoscumque induxerit*, кого допустит к нанятой вещи (D. 19. 2. 11. pr.).

507. Отчуждение сданного в наем имущества. Социально-экономическое положение нанимателя в Риме и преимущественная забота закона о наймодателях сказались на регламентации этого договора, в частности, в том, что римское право строго последовательно проводило обязательственно-правовую природу имущественного найма. Важнейшим выводом из этого принципа было то положение, что, если наймодатель до истечения срока имущественного найма отчуждал сданное имущество, новый собственник не был связан договором своего предшественника (*emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit - C. 4. 65. 9*), покупатель участка не обязан оставлять на нем арендатора, которому сдал этот участок предыдущий собственник, кроме того случая, когда соответствующее условие было включено в договор купли-продажи. Нередко это выражают афоризмом, что по римскому праву "купля прекращает наем". Этот афоризм неточен: отчуждение сданной внаем вещи не снимает с наймодателя ответственности перед нанимателем, следовательно, договор между ними не считается прекращенным.

Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto (D. 19. 2. 25. 1).

(Если сдавший кому-нибудь участок в аренду или помещение почему-нибудь продает этот участок или дом, то он должен позаботиться, чтобы покупатель разрешил арендатору участка и нанимателю помещения продолжать пользоваться этими вещами по заключенному тем или другим договору. В противном случае, если покупатель участка или дома не позволит нанимателю пользоваться по договору, наниматель будет иметь иск из договора найма к продавцу.)

Таким образом, факт отчуждения сданной внаем вещи не прекращает действия договора найма, но осуществление нанимателем пользования нанятой вещью будет находиться в зависимости от согласия нового собственника вещи, на которого договор предшественника автоматически не распространяется. Если новый собственник не дает нанимателю согласия на пользование вещью, первоначальный наймодатель несет ответственность по договору.

508. Прекращение договора. В некоторых случаях договор *locatio-conductio rei* мог быть прекращен односторонним отказом от него той или другой стороны. Такое право признавалось за нанимателем, в частности, в том случае, если предоставленная наймодателем вещь оказалась непригодной для пользования: например, снятое жилое помещение совершенно затемнено соседней постройкой - *certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est* (D. 19. 2. 25. 2). Несомненно, в этом случае наниматель может отказаться от найма. Наниматель мог также отказаться от договора, если пользование вещью связано с серьезной опасностью (D. 19. 2. 27. pr.). В ряде случаев имеет право прекратить договор наймодатель.

Diaetae, quam teconductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es (C. 4. 65. 3).

(Если ты снимаешь квартиру и платишь домовладельцу наемную плату, то тебя нельзя выселить помимо твоего желания, кроме тех случаев, когда домовладелец докажет, что квартира ему необходима для собственных надобностей, или если он желает отремонтировать дом или если ты плохо обращался с нанятым помещением.)

По поводу этой конституции нужно заметить, что в ней проглядывает забота не только о наймодателе, но и о нанимателе. Причиной этой сложности мотивов, проникающих конституцию, является то обстоятельство, что в императорском Риме к найму прибегали уже не одни только бедняки, но и представители господствующего класса.

Из приведенной конституции видно, что наймодатель мог прекратить договор, если наниматель не платит наемную плату.

Из Дигест (19. 2. 54. 1) мы узнаем, что прекращение договора допускается, если наниматель не внес наемной платы *biennii continui*, т.е. за два года подряд. Договор можно расторгнуть, если покупатель злоупотребляет своим правом, пользуется вещью так, что портит ее, и т.д.; если нанятая вещь требует ремонта, а выполнение его невозможно без прекращения пользования нанимателем; наконец, если вещь оказалась необходимой для личных надобностей наймодателя (последнее основание для прекращения договора еще раз выявляет социально-экономическую зависимость нанимателя, вынужденного оставить нанятый дом или землю только ввиду того, что собственник нанятой вещи имеет личную надобность в ней).

Что касается других оснований прекращения договора найма вещей, то (в дополнение к общим положениям о прекращении обязательств - см. п. 345) нужно заметить, что смерть той или другой стороны не прекращает этого договора (I. 3. 24. 6); но если вещь снята на неопределенное время *quoad is qui eam* (т.е. вещь) *locasset dedissetve, vellet*, т.е. пока того желает наймодатель, то смерть наймодателя прекращает договор.

Прекращается договор, в частности, истечением срока. Но если фактически пользование вещью со стороны нанимателя продолжается и по окончании срока, договор считается возобновленным по молчаливому согласию сторон (*qui impleto*

tempore conductionis remansit in conductione... reconduxisse videtur - кто продолжает пользоваться нанятой вещью по истечении срока найма, считается вновь нанявшим вещь) (D. 19. 2. 13. 11); intellegitur... dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare - собственник, оставляющий арендатора на участке (по истечении срока аренды), считается сдавшим участок снова (D. 19. 2. 14).

§ 140. Наем услуг (locatio-conductio operarum)

509. Определение. Договором найма услуг (locatio-conductio operarum) называется такой договор, по которому одна сторона - нанявшийся (locator) принимает на себя обязательство исполнять в пользу другой стороны - нанимателя (conductor) определенные услуги, а наниматель принимает на себя обязательство платить за эти услуги условленное вознаграждение.

Договор locatio-conductio operarum в отличие от locatio-conductio operis, имеющего целью предоставление подрядчиком готового результата работы, имеет содержанием выполнение именно отдельных услуг по указанию нанявшего. Это обстоятельство приводило неизбежно к известной зависимости нанявшегося от нанимателя. Нанявшийся, выполняя известные работы за плату, фактически ставил себя в положение раба и вызывал к себе презрение со стороны рабовладельцев. Поэтому в тех случаях, когда по характеру отношения такая зависимость нанявшегося представлялась унижительной или вообще не подходящей, прибегали к договору поручения (mandatum) (см. пп. 527 и сл.). Необходимо, впрочем, заметить, что в условиях рабовладельческого общества договор найма личных услуг вообще не мог иметь большого распространения и сколько-нибудь существенного значения: для выполнения всякого рода услуг в распоряжении рабовладельца были, прежде всего, рабы. Далее, было в обычае, что вольноотпущенники по специальному соглашению (iurata operarum promissio, см. п. 447) принимали на себя обязательство предоставлять патрону известное число рабочих дней в году для выполнения различных работ, услуг. Таким образом, обращаться к услугам свободных граждан путем заключения locatio-conductio operarum приходилось нечасто. Содержание договора составляли главным образом повседневные домашние работы, не предполагающие никаких особых способностей или специальных знаний.

Договор найма услуг мог быть заключен или на точно определенный срок, или без указания такого срока, т.е. на неопределенный срок. В этом последнем случае каждая сторона могла в любое время заявить об отказе от договора.

510. Правоотношения сторон. Нанявшийся обязан исполнять в течение срока договора те именно услуги, которые предусмотрены в договоре, притом исполнять лично, без замены себя другим лицом. Наниматель обязан услуги оплачивать в условленном размере. Как и при locatio-conductio rei, уплата наемной платы по договору locatio-conductio operarum производится post numerando, т.е. при сдельной оплате - по выполнению услуг, при повременной оплате - по истечении той единицы времени, за которую производится расчет.

Если нанявшийся не может вследствие болезни или иной причины выполнять условленные услуги, он не имеет права и на вознаграждение. Если же нанявшийся готов оказывать условленные услуги, но его услугами наниматель не пользуется по не зависящим от нанявшегося причинам, последний сохраняет право на вознаграждение. "Qui operas suas locavit, - говорит Павел, - totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet", т.е. "нанявшийся должен получить наемную плату за все время найма, если от него не зависело то обстоятельство, что ему не пришлось предоставлять условленные услуги" (D. 19. 2. 38. pr.). Впрочем, эта норма не была обязательна и не соблюдалась на практике; так, среди договоров, найденных в так называемых Трансильванских триптихах ("Трансильванских восковых таблицах") [19], имеется договор locatio-conductio operarum на горные работы, причем в этом договоре содержится условие, что если производство работ в течение некоторого времени будет невозможно вследствие того, что копи будут залиты водой, то наемная плата пропорционально сокращается.

Если услугами нанявшегося не воспользовались вследствие смерти нанимателя, право нанявшегося на оплату согласно договору сохраняется, разве только содержание договора составляет выполнение таких работ, какие связаны с особыми надобностями нанимателя, и предполагалось, что эти услуги выговорены персонально для нанимателя.

Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: "Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est" (D. 19. 2. 19. 9).

(Некий переписчик заключил договор locatio-conductio operarum, а затем его наниматель умер. На заявление, поданное этим переписчиком (очевидно, по поводу отказа наследников уплатить ему по договору) Антоний и Север дали такой ответ: "Так как, по твоим словам, от тебя не зависело, что ты не мог выполнить обещанных услуг Антонию Аквилу (т.е. нанимателю), то справедливость требует, чтобы заключенный с тобой договор был исполнен, если только ты не получил в том же году наемную плату от другого".)

В заключительных словах рескрипта выражено то положение, что неиспользование нанимателем услуг нанявшегося не должно служить для последнего источником обогащения путем получения платы за один и тот же период времени от двух нанимателей: заработанное нанявшимся за то время, пока наниматель не пользовался его услугами, засчитывается в счет вознаграждения, причитающегося нанявшемуся по данному договору.

§ 141. Подряд (locatio-conductio operis)

511. Определение. Договором найма работы, подряда - locatio-conductio operis - называется договор, по которому одна сторона - подрядчик, conductor, принимает на себя обязательство исполнить в пользу другой стороны - заказчика, locator, известную работу, а заказчик принимает на себя обязательство уплатить за эту работу определенное денежное вознаграждение.

Отличие этого договора от предыдущего договора, locatio-conductio operarum, заключается в том, что по договору locatio-conductio operarum нанявшийся обязан к предоставлению отдельных услуг, договор же подряда направлен на то, чтобы подрядчик дал определенный opus, законченный результат:

"Opere locato-conducto": his verbis Labio significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum (D. 50. 16. 5. 1).

(Выражение "locatio-conductio operis", по словам Лабеоны, означает такую работу, которую греки обозначают термином "законченный труд" (результат труда), в противоположность "работе" (как трудовому процессу), т.е. некоторый окончательный результат выполненной работы.)

Речь идет именно о найме работы: заказчик, сдающий работу, именуется locator, а лицо, исполняющее работу, называется conductor.

На характеристику договора не влияет, договариваются ли стороны так, чтобы вся сумма вознаграждения за работу была уплачена полностью по сдаче работы, или оплата работы должна производиться по частям, по мере выполнения ее:

Non... quiquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit (D. 19. 2. 51. 1).

(Нисколько не важно, сдана ли работа за единую цену или с оплатой по отдельным частям работы, если только на подрядчика возложено представить законченный результат.)

Как уже упоминалось выше (п. 500), договор подряда в тех случаях, когда подрядчик работает со своим материалом (полностью или в части), близко подходит к договору купли-продажи. Разграничительная линия между обоими этими

договорами проводится римскими юристами в зависимости от того, кто дает самый существенный материал для выполнения работы.

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fieret: aliter atque si aream, darem, ubi insulam aedificaret, quoniam tunc a me substantia proficiscitur (D. 18. 1. 20).

(На обращенный к Сабину вопрос этот юрист ответил, что если мы хотим заказать для себя какую-нибудь вещь, например статую, сосуд или платье, так, что мы не даем мастеру ничего, кроме денег, то это - договор купли: не может быть договора найма в тех случаях, когда тот, для кого выполняется работа, не предоставляет самого материала. Иное дело, если я даю участок, чтобы другое лицо построило на нем дом: здесь самое существенное идет от меня.)

Земля является самым основным элементом, обеспечивающим постройку, и поскольку постройка производится на земле заказчика, договор рассматривается как *locatio-conductio*.

В Дигестах тот же пример приводится с дополнительным указанием, что хотя подрядчик, строящий дом *sua impensa*, передает заказчику право собственности на затраченные материалы, все же договор признается за *locatio*: *locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem* - специалист сдает свой труд, являющийся необходимым условием возведения здания (D. 19. 2. 22. 2).

В Институциях Юстиниана (3. 24. 4) повторяется пример, приводимый Гаем, относительно заказа колец; вопрос решается также в зависимости от того, кому принадлежит золото, из которого изготавливаются кольца: если из золота мастера, договор характеризуется как купля-продажа, если из золота заказчика - как подряд. Яволен дает даже обобщение по этому вопросу: *quotiens (materia) et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet*, т.е. в тех случаях, когда имеет место и переработка материала, и отчуждение его, договор является скорее куплей, чем наймом (D. 18. 1. 65).

512. Обязанности подрядчика. Подрядчик обязан исполнить и сдать работу, как законченный результат, в соответствии с договором, исполненным надлежащим образом в смысле и срока, и качества работы. Если подрядчик отступает от договора с согласия нанимателя, то, хотя исполнение и не соответствует условиям договора, подрядчик ответственности не несет (D. 19. 2. 60. 3). При отсутствии в договоре точного срока исполнения работы подрядчик должен исполнить и сдать работу в нормально необходимое для этого время (*quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset*, т.е. в течение такого промежутка времени, какой признал бы необходимым добропорядочный человек) (D. 19. 2. 58. 1).

Если договором предусмотрено за заказчиком право, в случае нарушения подрядчиком срока, расторгнуть договор и сдать работу другому подрядчику, то заказчик не имеет права сменить подрядчика раньше наступления срока исполнения работы (*non ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeterisset*, т.е. не может сдать работу другому подрядчику раньше, чем наступил срок ее исполнения) (D. 19. 2. 13. 10).

Подрядчик отвечает за всякую вину, не исключая легкой (*culpa levis*). Как говорит Гай, вины подрядчика нет тогда, когда сделано все, что предусмотрел бы самый заботливый человек, *diligentissimus* (D. 19. 2. 25. 7). Так, напр., если сукновал возьмется отделать (выбелить) платье, а это платье прогрызут мыши, он отвечает по *actio locati*, потому что должен был принять предохранительные меры против этого; точно так же он отвечает и в том случае, если спутает взятое от разных лиц в отделку платье и выдаст платье данного заказчика другому, хотя бы и по незнанию ("*ignarus*") (D. 19. 2. 13. 6).

Подрядчик обязан представить заказчику результат работы; ему разрешается пользоваться услугами других лиц, но с тем, что за их вину подрядчик отвечает как за свою собственную. В источниках (D. 19. 2. 25. 7) приводится такой казус. Лицо

взялось перенести колонну с одного места на другое. При поднятии, переноске или постановке на новое место колонна повреждена. Юрист признает взявшегося исполнить эту работу ответственным, если была при этом какая-нибудь вина лично его и тех лиц, помощью которых он пользовался при исполнении этой работы (союз "и" в данном случае нет основания понимать в смысле необходимости одновременной вины и подрядчика, и его помощников: не может вызывать сомнений, что за свою личную вину подрядчик отвечает, хотя бы его помощники никакой вины не допустили, следовательно, соединения обоих слагаемых - и вины подрядчика, и вины помощников не требуется).

513. Риск случайной гибели или порчи работы. По вопросу о том, кто несет риск случайной гибели или порчи работы, указания источников несколько разноречивы. Основной принцип, по которому решаются в источниках отдельные казусы, сводится к тому, что случайная гибель или порча работы, происшедшие до сдачи исполнения работы, ложатся на подрядчика, после сдачи работы - на заказчика. Так, например, Лабейон решает вопрос применительно к такому случаю, когда подрядчик вырыл согласно договору канаву, а происшедший обвал всю эту работу испортил (D. 19. 2. 62). Однако в том же отрывке источников приводится мнение Павла, который проводит различие: если этот обвал произошел *solū vitio* (вследствие порока или ненормальности в самом земельном участке), то последствия обвала ложатся на заказчика, а если *operis vitio* (вследствие дефекта работы) - то на подрядчика; получается, что даже до сдачи работы *periculum est locatoris*, риск несет наниматель (D. 19. 2. 62).

Преобладающей, однако, надо признать ту точку зрения, что до сдачи исполнения работы риск несет подрядчик (D. 19. 2. 36). По-видимому, Павел имеет здесь в виду не простую случайность, а действие стихии, последствия которой и другие римские юристы были склонны относить на счет нанимателя. Яволен в Дигестах (19. 2. 59) относит на *locator's* риск в том случае, если *vi naturali veluti terrae motu*, силой природы; например, землетрясением частично уничтожается построенное подрядчиком здание; еще определеннее говорит Флорентин: "*si vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est*", т.е. если работа погибнет до одобрения заказчиком вследствие неодолимой силы, то это ложится на риск нанимателя (D. 19. 2. 36).

Риск обычных случайностей до сдачи работы несет подрядчик, после сдачи - наниматель. Наниматель несет неблагоприятные последствия случайной порчи работы и в том случае, если эта случайность наступила, хотя и до одобрения работы, но работа должна была получить одобрение (*si tale opus fuit, ut probari deberet*) (D. 19. 2. 3).

514. Обязанности нанимателя. На обязанности нанимателя, *locator*, лежит уплатить условленное вознаграждение.

Если в процессе исполнения работы выясняется невозможность исполнить работу за условленную цену, в основание которой положена смета, составленная подрядчиком, от нанимателя зависит или согласиться на увеличение вознаграждения подрядчика, или приостановить работу и отказаться от договора. Если подрядчик, вопреки указанию заказчика о прекращении работы, будет ее продолжать, заказчику дается *actio locati*, с помощью которой он может требовать от подрядчика возвращения неизрасходованной части аванса, уплаченного заказчиком (D. 19. 2. 60. 4), и, следовательно, - расторжения договора.

Если наниматель произвольно отказывается принять от подрядчика исполненную им работу, то следует признать, что он не освобождается от обязанности уплатить подрядчику предусмотренное договором вознаграждение (подобно тому, как в источниках решается этот вопрос в отношении *locatio-conductio operarum*). Если наниматель прервал выполнение заказанной работы раньше срока и подрядчику удалось использовать освободившееся время на другой работе, его заработок по этой второй работе засчитывается в счет вознаграждения, причитающегося ему от первого нанимателя.

515. *Lex Rhodia de iactu*. Одним из практически важных случаев применения *locatio-conductio operis* была перевозка, в частности перевозка морская. В связи с тем что в Греции значительно раньше Рима развилось мореплавание, там раньше стали складываться морские обычаи, позднее рецепированные Римом. Так, в связи с морской перевозкой сложилась в греческом праве и потом перешла в римское право специальная норма, известная под именем *lex Rhodia de iactu* (родосский закон о выбрасывании).

Если во время морского плавания возникает общая опасность и для корабля, и для перевозимого груза, и для предотвращения этой опасности капитан корабля оказался вынужденным часть груза выбросить в море, то проистекающие отсюда убытки распределяются между теми, кому угрожала опасность. "*Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*", т.е. родосским законом предусматривается, что если для спасения корабля выбрасывается груз в море, то ущерб, получаемый от этого и вызываемый интересами всех, должен возмещаться путем распределения между всеми (D. 14. 2. 1). Это распределение осуществлялось следующим образом. Собственники выброшенного груза, являющиеся *locator*'ами по отношению к хозяину корабля, взявшемуся их перевезти, предъявляют к этому последнему *actio locati*, а хозяин корабля получал *actio conducti* тем грузохозяевам, грузы которых были спасены, *ut detrimentum pro portione communicetur* (чтобы ущерб распределился пропорционально).

§ 142. Договор товарищества (*societas*)

516. Понятие о договоре товарищества. Цель договора товарищества, а вместе с тем и основное его содержание так описываются в Институциях Гая:

Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum (Гай. 3. 148).

(Мы имеем обыкновение вступать в товарищество или в отношении всего имущества, или для какого-нибудь одного дела, например для покупки или продажи рабов.)

Как договор консенсуальный, т.е. заключаемый *pudo consensu* (простым соглашением), *societas* относится к так называемому *ius gentium*, т.е. доступен не одним только римским гражданам, но и всем вообще, *naturali ratione* - по естественному разуму (Гай. 3. 154).

517. Основные элементы договора. Из приведенных выше слов Гая вытекают следующие основные элементы договора *societas*: а) объединение лиц, б) для достижения какой-то общей хозяйственной цели. Само собой понятно, что недопустимо товарищество для осуществления недозволенной или безнравственной цели: *rerum inhonestarum nullam esse societatem*, т.е. не может быть товарищества для достижения нечестных целей (D. 17. 2. 57).

518. Происхождение договора. Достаточного материала в источниках для ответа на вопрос об историческом происхождении товарищеского договора до последнего времени не было. В специальной литературе пользовался большим распространением тот взгляд, что *societas* возникла на почве семейной общности имущества, главным образом среди сонаследников, объединявшихся для совместной охраны своего имущества и управления им. Быть может, ввиду такого происхождения товарищества Ульпиан говорит, что *societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat* (товарищество содержит в себе как бы право братства) (D. 17. 2. 63). Историческим происхождением договора товарищества из семейных отношений объясняют и ту особенность *societas omnium bonorum* (т.е. как раз того вида товарищества, который напоминает семейные отношения), что товарищ, которому приходится отвечать перед другими товарищами (по *actio pro socio*), пользуется так называемым *beneficium competentiae*, т.е. может требовать, чтобы при взыскании ему оставили необходимые средства для существования.

За последнее время эта точка зрения получила опору в найденных в 1933 году новых фрагментах Институций Гая. К договору товарищества относится следующий

новый фрагмент (приведен у Girard, *Textes de droit romain*, 1937 г., стр. 312-а; Гай. 3. 154-а - 154-б):

154-а. Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patrefamilias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur *ercto* non cito, id est dominio non diviso: *erctum* enim dominium est, unde *erus* dominus dicitur: *ciere* autem dividere est: unde *caedere* et *secare* (et dividere) dicimus.

154-а. Есть другой род товарищества, в котором могли состоять только римские граждане. Некогда, в случае смерти отца семейства, между его наследниками устанавливалось некое товарищество, одновременно и законное, и естественное, которое называлось товариществом неразделенных наследников, т.е. неразделенных собственников: ибо наследство означает собственность, почему наследника называют собственником: а "*ciere*" означает "делить", откуда мы производим слова "рубить", "рассекать" и "делить".

154-б. Alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem certa legis actione, in hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium (*ierat*) (*uunus*) quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus (*rem*) communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat...

154-б. Если другие лица желали состоять в таком товариществе, они могли осуществить это, получив у претора определенную *legis actio*. Этому товариществу братьев (т.е. в случае семейной общности), а также и товариществу других лиц, вступивших в товарищество по примеру семейной общности, было свойственно то, что, если один из товарищей отпускал на волю общего раба, он этим делал его свободным и вольноотпущенником в отношении всех товарищей: точно так же, когда один передавал по манципации общую вещь, он делал ее собственностью приобретателя.

519. Виды товарищества. Договором товарищества создается, в той или иной мере, имущественная общность.

Общность имущества может быть установлена по договору в самых разнообразных размерах и формах. Пределы общности в смысле ее размеров определены Гаем как *societas totorum bonorum*, общность всего имущества, настоящего и будущего, включая и случайные (*ex fortuna*) приобретения (D. 17. 2. 73), с одной стороны, и *societas unius negotii* (или *unius rei*), объединение для отдельного, единичного дела, с другой стороны.

Между этими двумя крайними пределами возможны самые разнообразные комбинации. Особенным распространением пользовалась *societas quaestus* - договор, по которому члены товарищества объединяют свое имущество, предназначенное для определенной промышленной деятельности, и все (как положительные, так и отрицательные) результаты этой деятельности (но не случайные поступления, *lucrum ex fortuna*).

Эта форма товарищеского соединения была настолько распространенной, что Ульпиан (D. 17. 2. 7) говорит, что если договор товарищества заключен *simpliciter*, просто, без подробных указаний, *si non fuerit distinctum* (т.е. стороны не определили, на что именно распространяется общность), то "(*societas*) videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt, hoc est id quod *lucrum ex emptione venditione locatione conductione descendit*", т.е. считается, что *societas* установлена для объединения всего получаемого от *quaestus*, промышленной деятельности, т.е. выгоды, какая может получиться от купли-продажи либо найма.

Различны и возможные формы товарищеских объединений с точки зрения характера прав на объединяемое имущество: общность имущества товарищей может выразиться в наиболее сильной форме - в образовании права общей собственности; это всегда бывает при *societas omnium bonorum*. При *societas omnium bonorum* все

имущество, принадлежащее лицам, вступающим в этот договор, немедленно становится общим всех их имуществом, так как, хотя бы и не было специальной традиции, но предполагается молчаливая традиция (D. 17. 2. 1. 1; 2); но нет препятствий и к тому, что товарищи ограничиваются установлением обязательственных взаимоотношений, обращают свои имущественные ценности на некоторую общую цель, сохраняя каждый за собой свое индивидуальное право собственности.

520. Вклады. Договор товарищества предполагает вклады со стороны каждого из товарищей и участие товарищей в прибылях и убытках.

Вклады товарищей могут состоять в имущественных взносах: деньгами, другими имущественными ценностями, услугами ("нередко, - говорит Гай, 3. 149, - *opera alicuius pro rescipia valet*" - услуга лица имеет такое же значение, как и деньги), сочетанием отдельных из названных форм. Как уже отмечено выше, вклады могут, по намерению сторон, быть соединены в качестве обмена собственности всех товарищей, а могут остаться в собственности каждого товарища и поступить лишь в общее всех пользование для целей товарищества. Деньги и другие заменимые вещи, если они соединены в одну массу и утратили индивидуальность, неизбежно становятся общей собственностью всех товарищей.

Равенство вкладов и долей участия товарищей в общем деле не является необходимым (D. 17. 2. 7), но при отсутствии в договоре указаний доли участия товарищей предполагаются равными (D. 17. 2. 29. pr.).

521. Участие в прибылях и убытках. Гай отмечает (3. 149) спорность вопроса о том, допустимо ли заключение договора товарищества на таких условиях, когда отдельный товарищ в прибылях участвует в большей доле, а в убытках - в меньшей доле. Были в Риме юристы (Муций), которые считали это *contra naturam societatis*, противоречащим природе товарищества. Но возобладало, по словам Гая, другое мнение (Сервия Сульпиция), а именно что можно заключить договор товарищества даже на таких условиях, что отдельный товарищ *nilhil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videtur, ut aequum sit eum cum hac ratione in societatem admitti*, т.е. что возможно такое участие в договоре товарищества, когда отдельный товарищ, участвуя в прибылях, вообще не участвует в убытках. Однако такое неравенство Гай обуславливает исключительной ценностью участия в товариществе данного лица, оправдывающей такое его преимущество.

Из этой оговорки видно, что все-таки, как правило, должна быть равномерность в распределении между всеми участниками товарищества и положительных, и отрицательных результатов деятельности товарищества. Это положение подтверждается косвенно и указанием Гая (3. 150), что если товарищи не предусмотрели в своем договоре долей, в которых распределяются *lucrum* (выгоды) и *damnum* (убытки), то предполагается, что *aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse*, т.е. что выгоды и невыгоды, прибыли и убытки, распределяются между всеми поровну. Точно так же, если в отношении распределения, допустим, *lucrum*, положительных результатов деятельности товарищей в договоре прямо указаны доли отдельных товарищей (неравные), а в отношении отрицательных последствий, убытков, *damnum* никакого указания не дано, убытки должны быть разложены между отдельными товарищами в такой же пропорции (*similes partes erunt*), как прибыль.

Во всяком случае, недопустимым признавался такой договор, по которому на одного из участников товарищества возлагается исключительно несение убытков, без какого-либо участия в прибылях от ведения общего дела, а другому - предоставляются одни только доходы. "*Aristo refert, - говорит Ульпиан, - Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse*" (D. 17. 2. 29. 2). Юрист здесь присоединяется к своему предшественнику Кассию, давшему отрицательный ответ на заданный ему вопрос о том, возможно ли заключение договора товарищества на таких условиях, что один

из товарищей будет получать только прибыль от общего дела, а другой, не участвуя в прибылях, будет только нести убытки: такой договор товарищества является недействительным (юрист говорит, что такое товарищество принято называть *societas leonina*, львиное товарищество, намекая на известную басню Эзопа, в которой лев, проведя совместно с ослом охоту, при дележе добычи все доли забрал себе). "*Sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet*", - говорит тот же Ульпиан (D. 17. 2. 52. 4), т.е. как прибыль, так и убыток должны быть общими.

Вообще, товарищество, заключенное со злым умыслом или для обмана, недействительно, так как "*fides bona contraria est fraudi et dolo*" (добрая совесть несовместима, противна обману и умыслу) (D. 17. 2. 3. 3), а договор *societas* есть именно сделка *bonae fidei*.

522. Определение договора. Таким образом, договор товарищества, *societas*, можно определить следующим образом: под *societas*, или товариществом, разумеется договор, по которому двое или несколько лиц объединяются для осуществления общей дозволенной хозяйственной цели, участвуя в общем деле имущественным вкладом или личной деятельностью или сочетанием имущественного взноса с личным и услугами, с тем что прибыли и убытки от ведения общего дела распределяются между всеми товарищами в предусмотренных договором долях, а при отсутствии в договоре указаний по этому вопросу - поровну.

Срок не является при договоре товарищества существенно необходимым условием (*essentiale negotii*): оно может быть установлено на определенный срок, может быть заключено *in perpetuum, id est dum vivunt* (т.е. навсегда, на все время жизни - D. 17. 2. 1. pr.), просто - без всякого срока, или на неопределенный срок. В двух последних случаях все-таки не устанавливается пожизненной связанности сторон, ввиду того, что за товарищем признавалось, с соблюдением известных условий, право одностороннего отказа от договора (см. п. 526).

523. Юридические отношения на почве договора товарищества. *Societas* в римском праве не признавалась самостоятельным носителем прав и обязанностей (юридическим лицом). Если иногда римские юристы и говорят об имуществе товарищества, то все-таки этим не имеется в виду сказать что-либо большее, чем имущество всех товарищей: субъектами прав и обязанностей являются только сами *socii*.

На почве договора товарищества складываются юридические отношения по двум линиям: а) между товарищами (внутренние отношения) и б) между товарищами и третьими лицами (внешние отношения).

524. Внутренние отношения (между товарищами). Права и обязанности товарищей в отношении друг друга состоят в следующем.

(1) Каждый товарищ должен представить вклад, какой обязался внести для общего дела. Если вклад состоит в оказании услуг, товарищ должен эти услуги выполнять.

Среди римских юристов, а за ними и среди истолкователей источников, возбуждал неясности и споры вопрос о том, на ком лежит риск случайной гибели и порчи вещей, которые отдельные товарищи обязались внести в виде вклада. По словам Ульпиана (D. 17. 2. 58. pr.), Цельз дал однажды по поставленному перед ним вопросу на эту тему следующую консультацию. Фактический состав казуса, переданного на разрешение Цельза, сводился к следующему. Два лица, из которых одно имело трех лошадей, а другое одну, договорились образовать товарищество *unius rei*, соединив всех этих лошадей в четверку. Лошадь второго участника товарищества затем погибает по случайной причине. Перед юристом был поставлен вопрос: ложится ли этот случайный ущерб полностью на собственника лошади, или, поскольку эта лошадь по договору входит в имущество образовавшегося товарищества, ущерб должен считаться общим и ложиться на обоих товарищей?

Цельз в своей консультации разрешает этот вопрос неодинаково, в зависимости от того, для какой цели имелось в виду образовать четверку лошадей. Если эти два товарища, соединяя четырех лошадей, имели в виду совместную эксплуатацию

составленной четверки, например, занятие извозным промыслом, то погибшая лошадь являлась подлинным вкладом в товарищество, в котором у одного товарища - три доли, у другого - одна; с момента заключения договора эти четыре лошади составляют общий товарищеский фонд, и риск случайной гибели лошади несут товарищи совместно. Если же соглашением товарищей имелась в виду только совместная продажа четырех лошадей, а не эксплуатация их, если договор не был *societas habendae quadrigae*, т.е. о том, чтобы иметь и эксплуатировать четверку лошадей, а только *societas vendendae quadrigae*, для продажи четверки, то в этом случае лошадь не является вкладом в собственном смысле слова, и последствия случайной гибели лошади должен нести ее собственник.

Тот же Цельз (по дальнейшему изложению фрагмента из Ульпиана - D. 17. 2. 58. 1) проводит различие между вещами индивидуальными, риск гибели которых ложится на всех товарищей, даже если фактически вещь еще не передана на общее дело, и вещами, определяемыми родовыми признаками, риск случайной гибели которых несут все товарищи только с момента передачи их в качестве вклада.

На основании изложенного места источников делается общий вывод, что риск случайной гибели вещей, вносимых в качестве вкладов по договору товарищества, ложится на всех товарищей, притом в отношении индивидуальных вещей с момента заключения договора, а в отношении вещей, определяемых родовыми признаками, с момента их передачи.

Равным образом и риск случайных потерь и убытков при самом ведении товарищеского дела также несут все товарищи совместно.

Ульпиан рассказывает такой казус. Несколько лиц заключили договор товарищества для ведения торгового предприятия. Одному из них нужно было поехать за товарами. В пути он попал в руки разбойников, лишился своих денег и различных вещей; рабы его были при этом нападении ранены. Ульпиан ссылается на мнение Юлиана, который считал, что этот ущерб должен быть общим; с помощью *actio pro socio* потерпевший товарищ может отнести на других соответствующую долю ущерба: ведь если бы первый товарищ не поехал за товарами для общего дела, он не понес бы этого вреда. Ульпиан мотивирует решение так: *sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit* - как доходы, так и ущерб должен быть общим, если он наступил не по вине товарища (D. 17. 2. 52. 4).

(2) Каждый из товарищей должен относиться к общему делу, а следовательно, и к интересам других товарищей заботливо и внимательно. Относительно степени заботливости, требуемой от каждого товарища, Гай дает нам следующее указание, выделяющее договор *societas* из ряда других договоров:

Socius socio etiam culpaе nomine tenetur, id est desidiaе atque negligentiaе. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: quia qui parum diligentem sibi socium adquirat, de se queri debet (D. 17. 1. 72).

Один товарищ отвечает перед другим также не только за *dolus*, но и за *culpa* (т.е. за беззаботность и небрежность, с которой товарищ относится к общему делу). Но в этом случае *culpa* нельзя сводить к несоблюдению *exactissima diligentia*, особо тщательной заботливости; достаточно, чтобы со стороны данного товарища была приложена к общим делам такая заботливость, какую он обычно применяет к своим делам, так как кто берет себе в товарищи недостаточно заботливого человека, должен пенять на себя.

Этим текстом устанавливается своеобразное требование относительно необходимой заботливости и осмотрительности, которую должен проявлять каждый участник товарищества. При других договорах от контрагента требуют или соблюдения поведения хорошего хозяина, или, по крайней мере, заботливости обыкновенного, среднего человека, то и другое в отвлеченной мерке, т.е. подходя с точки зрения некоторого, наблюдаемого вообще, поведения людей той или иной категории.

В противоположность этому в договоре товарищества поведение товарища меряют конкретной меркой - тем уровнем заботливости, на котором фактически находится данное конкретное лицо. Товарищ не должен относиться к общему делу хуже, чем к своим делам: проявлять *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, заботливость, какую он имеет обыкновение проявлять к своим делам; это и значит - отвечать за *culpa in concreto*. При таком масштабе товарищ, ведущий свои дела беззаботно и небрежно, не будет отвечать перед товарищами, если к общему делу он отнесется с обычной для него беззаботностью. Гай оправдывает такой масштаб ответственности тем, что, объединяясь для общей хозяйственной цели, товарищи должны знать, с кем они объединяются; если они принимают в свой состав лицо, нерадиво ведущее свои собственные дела, они сами виноваты в неосмотрительности, и нет оснований приходить им на помощь.

Само собой разумеется, что за *dolus* товарищ отвечает безусловно, как и всякий другой (D. 17. 2. 45).

(3) Каждый из товарищей, ведя общее дело, обязан получаемые им в связи с этим денежные суммы, вещи и т.д. не присваивать себе, а вносить, в соответствии с договором, на общий счет, для распределения между всеми товарищами. Сообразно с этим каждый товарищ имеет право требовать от других товарищей, чтобы и издержки, понесенные им, и обязательства, в которые ему пришлось вступить при ведении общего дела, не оставались на нем одном, но также были распределены между всеми, в соответствии со смыслом договора.

Павел говорит, что если товарищ купит что-либо, то по самой сделке (очевидно, после фактической передачи ему вещи) непосредственно собственником купленной вещи становится этот товарищ, но *societatis iudicio cogitur rem communicare*, т.е. по иску товарищей его можно заставить отнести вещь на общий счет (D. 17. 2. 74). Та же мысль выражена Павлом применительно к доходам и расходам: если я состою с тобою в товариществе и ввиду этого у нас имеются общие вещи, на которые, с одной стороны, мне приходится делать затраты, а с другой стороны - ты получаешь от этих вещей плоды, доходы, - то по этому поводу мне дается *actio pro socio* (иск из договора товарищества) или же *actio communi dividundo* (иск о разделе общего имущества); с предъявлением одного иска нельзя уже предъявить другой (D. 17. 2. 38. 1).

(4) *Actio pro socio*, даваемая каждому из товарищей в отношении других товарищей, не только принадлежит к числу *actiones bonae fidei* (см. п. 62), но и сопровождается *infamia*, бесчестьем для того, кто присуждается по этому иску. Такой характер иска объясняется особым характером договорных отношений между товарищами, проникнутых исключительным взаимным доверием; нарушение этого доверия бесчестит товарища.

525. Внешние отношения между товарищами и третьими лицами. Товарищество, как уже указано выше (п. 523), не представляло собой в римском праве юридического лица. Поэтому, выступая вовне по делам всех товарищей, отдельный товарищ действовал лично от себя, и все права и обязанности, вытекавшие из его действий, возникали в его лице: он становился и управомоченным, и обязанным. Только после того, как товарищ сдавал полученные им деньги и ценности *in communem arcam*, в общую кассу, контрагенты этого товарища могли предъявить иск и к другим товарищам, как обогатившимся от данной сделки; такой иск назывался *actio de in rem verso utilis*, иск, аналогичный тому, который давался к домовладыке, обогатившемуся из сделки подвластного (D. 17. 2. 82).

526. Прекращение товарищества. В качестве договора строго личного и основанного на особом взаимном доверии товарищество прекращается, как только отпадает доверие или вообще согласие всех товарищей на продолжение общего дела. По словам Гая (3. 151), товарищество остается лишь до тех пор, пока товарищи продолжают оставаться в согласии. Даже если товарищи примут на себя взаимное обязательство не прекращать объединения, такое обязательство не имеет силы (D. 10. 3. 14. 2). *Nulla societatis in aeternum coitio est* (D. 17. 2. 70), т.е. не может быть

товарищества навеки. Как только кто-либо из товарищей заявляет о своем отказе оставаться в товариществе, товарищество прекращается.

Таким образом, из специфически личного характера товарищества вытекает, что оно прекращается односторонним отказом товарища от договора. Однако если товарищество заключено на срок, а отказ товарища заявлен без достаточного основания, то такой товарищ (по словам Павла) *socium a se, pop se a socio liberat*, т.е. другого товарища освобождает от обязанностей по отношению к себе, но себя не освобождает от обязанностей по отношению к товарищу. Павел поясняет затем: если после заявления об отказе от договора будет получена прибыль (*compendium*), отказавшийся товарищ в ней не участвует; но если будет *dispendium* (затраты, убыток), соответствующая доля ляжет и на отказавшего (D. 17. 2. 65. 6). Это место источников следует понимать в том смысле, что юрист не имеет в виду такое положение вообще на весь срок договора; речь идет лишь о тех мероприятиях, которые уже начаты и которые отказавшийся бросил на середине. Отказ от договора вообще не должен быть заявлен *intempestive*, несвоевременно (D. 17. 2. 14; 17. 2), т.е. товарищ, не желающий продолжать договорные отношения с товарищами, должен приурочить свой отказ к такому моменту, когда это связано с наименьшими невыгодами для дела.

Если не допускается несвоевременный отказ от договора, то тем более недопустим отказ от договора с прямым намерением использовать одному предстоящее *lucrum*.

Так, Гай (3. 151) сообщает нам такой случай. Одному из участников *societas totorum bonorum* (т.е. товарищеского объединения во всем имуществе) предстоит получение наследства; не желая, чтобы оно поступило в общее имущество товарищей, это лицо с этой именно целью заявляет об отказе от договора товарищества. Гай говорит нам, что, несмотря на это, другой товарищ может требовать, чтобы наследство стало общим (*lucrum communicare*). Если после заявления отказа от договора товарищ получает какое-то *lucrum*, которое он не имел в виду при заявлении отказа, это *lucrum* достанется ему одному.

Другой пример из области *societas unius negotii* (для совершения одной сделки) дает Павел (D. 17. 2. 65. 4). Два лица заключили *societas* для покупки определенной вещи. Одно из этих лиц предпочло купить эту вещь исключительно для себя и поэтому заявило отказ от договора: другому товарищу дается *actio pro socio* в размере полного его интереса в сделке (*quantum interest mea*); другое дело, если товарищ отказывается от договора только потому, что раздумал: в этом случае нет *fraus*, коварства, нет и ответственности.

Доходы, которые могут быть получены вышедшим из товарищества уже по заявлении об отказе от договора, поступают к нему полностью.

Из личного характера товарищества вытекает также, что этот договор прекращается смертью одного из товарищей. Гай (3. 152) поясняет это так: кто вступает в договор товарищества, тот избирает *certam personam*, определенное лицо, и следовательно, со смертью этого лица договор не может остаться в силе.

По римским воззрениям наряду со смертью лица стоит *capitis deminutio* (п. 102); поэтому *capitis deminutio* товарища также прекращает договор. Если участники товарищества тем не менее сохраняют намерение, с которым они вступили в договор (*si adhuc consentiant in societatem*), то считается, что они образовали новое товарищество (Гай. 3. 153).

Равным образом товарищество прекращается в случае несостоятельности кого-либо из товарищей (*si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint*, если имущество одного из товарищей идет с публичных торгов или продается частным образом) (Гай. 3. 154); сюда относится выражение Модестина, что *societas* прекращается, между прочим, *egestate*, в случае "бедности" товарища (D. 17. 2. 4. 1).

Различные случаи прекращения договора товарищества следующим образом резюмированы Ульпианом:

Societas solvitur ex personis, ex rebus ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines

sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquantur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicata sit. Voluntate distrahitur societas renuntiatione (D. 17. 2. 63. 10).

(Товарищество прекращается вместе с лицами, имуществом, по воле товарищей, действиями. Таким образом, если кончаются люди, или имущество, или воля (состоять в товариществе), или действия (в которых выражаются отношения товарищества), прекращается, по-видимому, и товарищество. Люди прекращают свое существование с наступлением capitis deminutio maxima или media либо со смертью. Имущество кончается, если его вообще не остается или изменяется его юридическое положение: никто не может быть товарищем в отношении несуществующей вещи или вещи, ставшей внеоборотной вследствие того, что она стала res sacra, священной вещью, или res publica (вещь государственная). По воле товарищество прекращается при заявлении отказа.)

Ульпиан не пояснил в этом отрывке, как прекращается товарищество actione; на этот вопрос отвечает следующий затем отрывок Дигест, в котором Каллистрат говорит, что, если товарищи начинают действовать разрозненно, каждый за себя (separatim), договор товарищества прекращается (D. 17. 2. 64).

С прекращением товарищества не прекращаются уже возникшие взаимные претензии товарищей; на этой почве возможны даже иски к наследникам умершего товарища (D. 17. 2. 65. 9).

§ 143. Договор поручения (mandatum)

527. Определение. Mandatum (поручение) представляет собою договор, по которому одно лицо (mandans, доверитель) поручает, а другое лицо (мандатарий, поверенный, по римской терминологии - procurator) принимает на себя исполнение безвозмездно каких-либо действий.

Содержание поручения могут составлять как юридические действия (совершение сделок, выполнение процессуальных действий), так и услуги фактического характера (в источниках, в качестве примеров поручения, приводятся отделка, починка платья и т.п., лишь бы эти работы выполнялись nulla mercede constituta neque promissa, т.е. так, что за эти действия не установлено и не обещано никакой платы - I. 3. 26. 13). Не может быть предметом поручения действие "противное добрым нравам" (contra bonos mores), например, поручение совершить кражу, нанести кому-либо обиду (Гай. 3. 157). В классическую эпоху, когда господствовала та точка зрения, что обязательство не может возникать ab heredis persona, в лице наследника (п. 438), не имело силы поручение совершить нечто "после смерти манданта" (Гай. 3. 158).

528. Безвозмездность поручения. Признак безвозмездности является для договора mandatum существенным. "Mandatum, nisi gratuitum, nullum est" - договор поручения, если он не безвозмездный, ничтожен (D. 17. 1. 1. 4).

Безвозмездность mandatum, упомянутая в Дигестах, объясняется особым характером этого договора: свое происхождение договор mandatum ведет "ex officio atque amicitia", из общественного долга и дружбы; а выполнение долга и вознаграждение, по понятиям римлян, исключают одно другое (contrarium est officio merces). В одной из защитительных речей (Pro Roscio, 38. 3) Цицерон говорит, что довести доверителя до предъявления иска из поручения и быть присужденным по такому иску не менее позорно (turpe), чем быть осужденным за кражу: в тех делах, в которых мы сами не можем иметь интереса, operae postrae vicaria fides amicorum supponitur (предполагается, что наша деятельность основана на верности дружбы).

Такие воззрения на договор поручения как на дружескую услугу отражают неразвитость хозяйственной жизни древнего Рима: хозяин лично вел все дела относительно несложного хозяйства, и лишь в отдельных случаях (например, в связи с отъездом) возникала необходимость попросить близкое лицо заместить его. Малая

распространенность договора поручения объясняется и рабовладельческим строем Рима. Управление крупными хозяйствами происходило через посредство рабов, с которыми, конечно, никакого договора не заключалось.

Если в числе элементов договора, вообще подходящего под категорию *mandatum*, имеется вознаграждение, то римский юрист уже относит этот договор к категории найма (Гай. 3. 162). Класс эксплуататоров-рабовладельцев, не имевший надобности и привычки работать за плату, "наниматься", относился с презрением к такой платной работе, и чтобы "не принижать" общественного значения услуг мандатария, действующего или по дружбе, или цenia оказанную ему честь и доверие, резко разграничивает эти два вида договора - *mandatum*, поручение, и *locatio-conductio*, наем.

Однако было бы неточно утверждать, что мандатарий ни при каких обстоятельствах ничего не получал от манданта за исполнение его поручения. *Merces*, плата в смысле эквивалента оказанной услуги, действительно, не свойственна этому договору; но когда мандатарий получает за оказанную услугу какой-то подарок, "благодарность", выраженную материально, это признавалось допустимым, не принижаям мандатария и социального значения отношения. В отличие от *merces*, такого рода "благодарность" получила наименование *honor*, откуда в свое время образовался термин "гонорар" лиц так называемых либеральных, или свободных, профессий [20]. "*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*" (D. 17. 1. 6. pr.).

Вводя понятие гонорара, создавали, по существу, искусственную оболочку, которая должна была прикрывать действительные отношения.

529. Виды поручения. Нормально поручение дается и принимается в интересах самого манданта. Поручение в интересах мандатария, по словам Гая (3. 156), излишне (*supervacuum est*); "что нужно сделать тебе в собственном интересе, ты должен делать *de tua sententia*, по *ex meo mandatu*" (т.е. по собственному решению, а не по моему поручению).

В другом месте (D. 17. 1. 2. 6) Гай говорит, что поручение в интересах исключительно мандатария *magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur*, т.е. такое поручение представляет собой скорее совет, чем поручение, и потому не имеет обязательной силы, потому что совет никого не обязывает (разумеется, слова Гая не относятся к случаю проявления советчиком *dolus malus*, т.е. дачи заведомо неправильного совета с целью причинить ущерб другому лицу).

Однако для договора *mandatum* не характерно, чтобы поручение было непременно и исключительно в интересах манданта: *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus, sive aliena* (мандат имеет место, признается одинаково, поручаем ли мы что-либо в нашем интересе или в интересе другого лица) (Гай. 3. 155). Возможно также комбинирование интересов манданта, мандатария и третьего лица. *Mandatum* может быть заключен, говорит Гай (D. 17. 1. 2), или *mea tantum gratia* (только в интересах манданта), например, поручаю вести мои дела, купить для меня участок земли и т.д.; или *aliena tantum gratia* (исключительно в интересах третьего лица), например, поручаю тебе вести дела Тиция; или *mea et aliena gratia* (в общем интересе манданта и третьего лица), например, поручаю тебе вести дело, касающееся меня и Тиция; или *mea et tua gratia* (в общем интересе манданта и мандатария), например, поручаю тебе дать займы под проценты лицу, которое должно дать мне займы; или *tua et aliena gratia* (в общем интересе мандатария и третьего лица), например, поручаю тебе дать займы под проценты Тицию.

530. Обязанности мандатария. Несмотря на безвозмездность поручения, римское право предъявляет мандатария строгие требования относительно точности, тщательности и заботливости выполнения поручения. "*Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare*", - говорит Павел (D. 13. 6. 17. 3), т.е. принять на себя поручение зависит от воли (мандатария), но исполнить принятое поручение есть уже необходимость.

(1) Мандатарий должен довести принятое на себя дело до конца, не должен (если исполнение поручения не стало невозможным) *deserere promissum officium*, т.е. отказываться от исполнения обещанной услуги. Если же мандатарий видит, что он не может исполнить порученного дела, он должен немедленно сообщить об этом манданту, чтобы тот мог заменить его другим лицом: если мандатарий не поставит манданта в известность о невозможности исполнить поручение, он будет отвечать перед ним за причиненный ущерб (D. 17. 1. 27. 2) (см. также п. 532).

(2) Поручение должно быть исполнено в полном соответствии с его содержанием (притом как с его буквальным содержанием, так и с его внутренним смыслом).

Видоизменять поручение, хотя бы для того, чтобы дать доверителю известные выгоды, мандатарий не имеет права; например, мандант дал мандатария конкретное поручение купить дом Сея за 100, а мандатарий купил дом Тиция: хотя бы ему удалось купить этот дом и дешевле 100, поручение считается неисполненным (D. 17. 1. 5. 2). Может оказаться, что исполнение поручения в точности невозможно ввиду изменения обстоятельств. Мандатарий должен тогда испросить дополнительные указания от манданта; если же это фактически невозможно, то поступить так, чтобы решение соответствовало общему смыслу поручения.

(3) *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur est, si susceptum non impleverit, tenetur*" (D. 17. 1. 5. 1).

(Мандатарий должен тщательно соблюдать границы поручения: нарушающий эти границы считается делающим что-то другое и отвечает за невыполнение принятого на себя поручения.)

В случае превышения мандатарием пределов поручения мандант не обязан признавать это превышение.

Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit (D. 17. 1. 41).

(Из договора *mandatum* иногда иск дается лишь одной стороне: так, если принявший на себя поручение превысит пределы поручения, то ему самому иск не дается, а мандант к нему иск имеет.)

Спрашивается: обязан ли мандант в этом случае, по крайней мере, признать действия мандатария в рамках данного ему поручения? Например, мандант поручил купить земельный участок за 100, а мандатарий купил его за 150; обязан ли мандант принять этот участок за 100, если мандатарий согласится взять переплату на себя? Юристы сабиньянской школы подходили к этому вопросу формально и считали, что в данном случае поручение не исполнено, и следовательно, мандант может не принять купленный участок (эта точка зрения выражена, в частности, сабиньянцем Гаем, Инст. 3. 161). Юристы прокульянской школы взглянули на дело менее формально и признали, что в пределах поручения мандант обязан принять исполнение. Эта последняя точка зрения и получила преобладание (I. 3. 26. 8). Разумеется, если поручение исполнено в точности, и притом на условиях более выгодных для манданта, он не может не принять такое исполнение.

(4). Личное исполнение поручения не всегда обязательно. Если содержание поручения не предполагает непременно личную деятельность мандатария и в самом договоре не предусмотрено непременно личное исполнение поручения, мандатарий вправе привлечь к исполнению поручения других лиц (заместителей или субститутов).

(1) *Susceptum (mandatum) consummandum... est, ut aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur* (I. 3. 26. 11).

(1) Принятое на себя поручение нужно выполнять... так, чтобы лично или через другого исполнить порученное дело.

(2) *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem quia agere potest)* (D. 17. 1. 8. 3).

(2) Если кто-либо поручит другому вести дела того, кто поручил данному лицу, то он имеет *actio mandati* к своему заместителю, так как и сам отвечает перед своим мандантом (а отвечает он потому, что может выступать сам).

Эти места источников нет основания понимать так, что мандатарий всегда и безусловно имел право пользоваться при исполнении поручения услугами третьих лиц. Договором может быть прямо оговорено или что исполнение должно быть непременно личное, или, наоборот, что мандатарию разрешается передавать выполнение порученных действий другим лицам.

Иногда по характеру поручения надо предположить обязательное личное исполнение его; тем не менее и в этих случаях может оказаться неизбежным участие третьих лиц в исполнении поручения; для мандатария может оказаться невозможным личное совершение порученного действия, а интересы манданта не позволяют, быть может, отложить это действие.

В зависимости от того, имеет или нет мандатарий право пользоваться услугами третьих лиц (субститутов), находится и ответственность мандатария за действия этих его помощников и заместителей. Юлиан говорит, что "*qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum*" (кто взялся управлять делами другого, должен одинаково отвечать за себя и за других, при содействии которых он исполнял поручение) (D. 17. 1. 31).

Но в данном случае Юлиан говорит специально о таком мандате, когда мандатарию не дается права при исполнении поручения пользоваться услугами третьих лиц. Естественно, что при этом мандатарий отвечает за действия субститута как за свои собственные и обязан возместить манданту весь вред, причиненный действиями субститута. Но если мандатарию в конкретном случае предоставлено право прибегать к услугам помощников и субститутов, то следует признать, что он отвечает тогда перед мандантом только за осторожный, тщательный выбор субститута (*culpa in eligendo*), но не за его действия.

(5) Как уже указано выше, особый социальный и бытовой смысл мандата в рабовладельческом обществе сказывался на ответственности мандатария. Вопреки общему принципу, что сторона, сама не извлекающая никаких выгод из данного договора, не заинтересованная в нем, несет более ограниченную ответственность (лишь за *dolus* и *culpa lata*), мандатарий отвечает за всякую вообще вину.

A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse iuris auctoritate manifeste declaratur (C. 4. 35. 13).

(Авторитетом права прямо признается, что доверенное лицо отвечает за *dolus* и за всякую *culpa*, но не за *casus*, которого нельзя было предусмотреть.)

Как говорит Цицерон (в названном выше месте из его речи в защиту Росция), исполнил ли мандатарий поручение *malitiosius* (слишком недобросовестно, злонамеренно) или хотя бы *neglegentius* (недостаточно заботливо), одинаково считалось, что он покрыл себя позором (*admisisse dedecus*). Таким образом, мандатарий отвечает за *dolus*, за *culpa lata*, за *culpa levis* - и обязан возместить манданту все убытки, причиненные при исполнении поручения или ввиду неисполнения поручения, хотя бы убытки были причинены вследствие легкой вины мандатария.

(6) Мандатарий обязан передать манданту результаты исполнения поручения. Как говорит Павел (D. 17. 1. 20. pr.), у мандатария не должно остаться ничего *ex mandato*, т.е. из поступившего к нему в связи с исполнением поручения: мандатарий передает манданту не только все взысканное с должников манданта, но и случайно поступившее к нему для манданта (например, ошибочный платеж несуществующего долга). Вещи, полученные для манданта, должны быть ему переданы с плодами от них (D. 17. 1. 10. 2), однако за вычетом издержек, понесенных для получения этих плодов (D. 17. 1. 10. 9); денежные суммы - с процентами (D. 17. 1. 10. 3) и т.д. Но зато, говорит в приведенном выше месте Павел, мандатарий не должен и терпеть ущерба, если, например, он не мог взыскать суммы, отданные под проценты, и т.п.

(D. 17. 1. 20).

(7) По исполнении поручения мандатарий должен отчитаться перед мандантом, передать ему документы, относящиеся к поручению.

Для осуществления прав манданта, соответствующих изложенным обязанностям мандатария, манданту дается *actio mandati directa* (*mandatum* - единственный из консенсуальных договоров, при котором иск той и другой стороны имеет одинаковое название, с добавлением *directa* для манданта и *contraria* для мандатария).

Присуждение по *actio mandati directa* сопровождалось *infamia*.

531. Обязанности манданта. Мандатарий, выполняя *officium*, заключающееся в поручении, не должен терпеть от этого какого-либо материального ущерба. Если такой ущерб наступает, мандатарий имеет право требовать от манданта возмещения.

(1) Мандант обязан возместить мандатария издержки, понесенные при исполнении поручения. Например, мандатарий купил по поручению манданта землю и покупную цену уплатил из своих денег; уплаченную сумму он может требовать с манданта с помощью *actio mandati contraria* (D. 17. 1. 45. pr.). Издержки возмещаются мандатария даже независимо от результата, достигнутого путем произведенных расходов, лишь бы мандатарий действовал добросовестно и разумно.

Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus im pendere (D. 17. 1. 27. 4.)

(Издержки, произведенные для исполнения поручения, если они произведены добросовестно, должны быть возмещены мандатария во всяком случае, причем не имеет значения, что, если бы мандант сам вел дело, он мог бы израсходовать меньше.)

Возмещение издержек имеет место только по выполнении поручения; если дело, которое ведет мандатарий, еще не закончено, предъявление *actio mandati contraria* для взыскания с манданта понесенных затрат было бы преждевременным.

(2) Мандант обязан возместить мандатария убытки, понесенные последним по вине манданта. Павел (D. 17. 1. 26. 6) разграничивает ущерб, который нужно поставить в связь с исполнением поручения, и такой ущерб, какой скорее можно приписать случайностям (*magis casibus quam mandato imputari oportet*), например, мандатарий подвергся нападению разбойников, лишился имущества вследствие кораблекрушения, понес расходы в связи с болезнью лично своей или своих людей (*suorum*) и т.п. Павел эти примеры обобщает формулой: "*поп omnia, quae imprepsurus поп fuit mandator, imputabit*" (не все то, что мандатарий не израсходовал бы, не будь мандата, он может отнести на манданта). Нельзя исходить из одного того, что, если бы не было поручения, не было бы и данного ущерба; случайный ущерб, наступивший лишь попутно при исполнении мандата, не подлежит возмещению мандантом.

532. Прекращение договора *mandatum*. Кроме общих случаев прекращения договорных обязательств (п. 327 и сл.), *mandatum* прекращается также односторонним отказом от договора той или иной стороны, а равно смертью манданта или мандатария. Эти особые случаи прекращения договора поручения объясняются своеобразием этого договора как отношения, предполагающего особое доверие и тесно связанного с личными качествами мандатария.

(1) Договор поручения может быть в любое время отменен мандантом (Гай. 3. 159). Отмена производится путем простого сообщения об этом мандатария. Если мандатарий уже исполнил поручение раньше, чем узнал об отмене мандата, мандант обязан принять исполнение и рассчитаться с мандатарием (D. 17. 1. 15). Равным образом и мандатарий имеет право отказаться от договора. Но его право отказа ограничивается требованием пользоваться этим правом без ущерба для доверителя, т.е. заявлять отказ своевременно, так чтобы доверитель мог принять необходимые меры для предупреждения возможных убытков вследствие отказа мандатария:

Renuntiari... ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi (D. 17. 1. 22. 11).

(Мандатарий может отказаться от договора так, чтобы за мандантом осталось ненарушенным право с удобством устроить то же дело лично или через другого мандатария.)

Если мандатарий отказывается от договора с нарушением этого требования, он обязан возместить манданту проистекающие отсюда убытки.

(2) Договор поручения прекращается смертью той или другой стороны (Гай. 3. 160).

Однако мандатарий не имеет права, по получении сведений о смерти манданта, немедленно бросить порученное дело; начатые действия мандатарий должен довести до конца, чтобы не причинить убытков наследникам доверителя. С другой стороны, если мандатарий, не зная о смерти манданта, исполнит поручение до конца, он имеет иск к наследникам манданта (D. 17. 1. 26. pr.).

В случае смерти мандатария его наследники обязаны известить об этом манданта. Если наследники мандатария, не получив соответствующих указаний от манданта, исполняют поручение, им не дается *actio mandati contraria* (D. 17. 1. 27. 3).

Специальным соглашением можно было действие договора поручения распространить и на наследников манданта (D. 17. 1. 12. 17; 13).

533. *Mandatum qualificatum*. Специальной разновидностью договора *mandatum* является поручение оказать кредит, в частности - дать займы третьему лицу, *mandatum pecuniae credendae*, или *mandatum qualificatum*. С таким поручением связывали тот смысл, что мандант принимает на себя ответственность за уплату этим третьим лицом долга, который возникнет по исполнению поручения (т.е. с исполнением поручения установится особого рода поручительство, однако весьма несовременное и непрочное, ввиду применения общих правил о прекращении мандата односторонним отказом от договора, а также смертью стороны). Если поручение выполнено, третьему лицу оказан кредит, а затем это третье лицо долга мандатария не уплатило, мандатарий получает *actio mandati contraria* к манданту как поручителю (D. 17. 1. 6. 4).

Глава 36

БЕЗЫМЕННЫЕ КОНТРАКТЫ (CONTRACTUS INNOMINATI)

§ 144. Понятие и развитие безыменных контрактов

534. Происхождение безыменных контрактов. Изложенные в главах 32 - 35 виды римских контрактов, представлявших замкнутую систему точно определенных договоров, имевших каждый определенное хозяйственное значение и правовые очертания и определенный иск, даваемый претором, не могли удовлетворить всех потребностей рабовладельческого общества начала империи. К этому времени хозяйственная жизнь стала уже достаточно развитой и сложной. В торговле и в деловой жизни других слоев населения изо дня в день складывались самые разнообразные отношения, из которых многие никак не укладывались в точные, тесные рамки установившихся контрактов, не только формальных контрактов более старого права, но и новейших реальных и консенсуальных контрактов.

В поисках выхода из создавшегося положения постепенно пришли к тому, что если два лица договорились о каких-то имущественных предоставлениях друг другу, причем это их соглашение не подходило ни под один реальный или консенсуальный контракт, то как только с одной стороны обязательство исполнено, этой исполнившей стороне должна быть дана судебная защита. Первоначально этой стороне стали давать кондикционный иск (*condictio*) для истребования обратно ценностей, переданных другой стороне. Дальнейшее развитие права привело к тому, что исполнившая сторона получила иск и для понуждения другой стороны к исполнению ее обязательства (т.е. договорный иск).

Quae (подразумевается *conventiones*) pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed

transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas; manumisisi: evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio (D. 2. 14. 7. 1 - 2).

(Те соглашения, которые получили исковую защиту, не остаются под прежним названием (pacta), но переходят в специальную рубрику контрактов, как-то: купля-продажа, наем, товарищество, ссуда, договор хранения и другие подобные контракты. Но и в тех случаях, когда дело не подходит ни под один контракт, однако имеется основание, возникает обязательство, как элегантно ответил Аристон на вопрос Цельза. Например, я дал тебе вещь с тем, чтобы ты мне дал другую; или: я дал тебе вещь, чтобы ты нечто сделал. В этом имеется синаллагма (обоюдное соглашение), и из нее возникает гражданское обязательство. Поэтому я полагаю, что Маврициан правильно критиковал Юлиана по следующему поводу: я дал тебе Стиха, чтобы ты отпустил на волю Памфила; ты его отпустил, а между тем Стих был эвинцирован. Юлиан считает, что должен быть дан преторский иск *in factum*, а Маврициан говорит, что достаточно гражданского иска *incerti*, т.е. такого, в котором будет начальная часть (*praescriptio*), содержащая описание фактических обстоятельств: в данном случае имеется контракт, называемый Аристом синаллагма; из него и возникает этот иск.)

535. Процесс развития. Новейшие работы над источниками, относящимися к вопросу о постепенном признании исковой силы за договорами, не вошедшими в принятые циклы реальных и консенсуальных договоров, но требовавшими себе признания, делают правдоподобным следующий процесс развития.

Лабен (I в. н.э.) еще держался того взгляда, что если состоялось соглашение двух лиц о каких-то взаимных предоставлениях, причем одна сторона уже исполнила свое обязательство, то это лицо должно получать от претора *actio in factum* (см. п. 59) для того, чтобы понудить и другую сторону к исполнению обязательства, принятого ею на себя. Но уже Аристон (конец I в. - начало II в.) стал пропагандировать такую точку зрения, что если лицо передает другому в собственность какую-нибудь вещь с тем, чтобы другое лицо предоставило какую-нибудь другую вещь или совершило какое-нибудь действие, то в этом по существу имеется синаллагма и должен даваться гражданский иск для защиты лица, совершившего передачу вещи.

Сравнение с синаллагмой нельзя признать удачным, ибо для синаллагматического договора именно не характерно, чтобы одна сторона уже исполнила свое обязательство, если она желает предъявить иск о понуждении другой стороны к исполнению, тогда как для рассматриваемой категории договоров это обстоятельство, наоборот, является необходимым условием иска. Но брошенная Аристом мысль, что такого рода договоры должны порождать гражданское обязательство, должны защищаться гражданским иском, получила распространение.

Из приведенного под п. 534 фрагмента видно, что Маврициан (юрист середины II в.) полемизировал с Юлианом, который еще придерживался старого взгляда, что договоры данной категории могут защищаться только преторским иском *in factum*, имевшим своим предметом возмещение того вреда, который терпит сторона, исполнившая свое обязательство; по-видимому, тот же Маврициан впервые признал конкретно гражданский иск об исполнении другой стороной своего обязательства; такой иск иногда назывался *actio civilis incerti* или описательно *praescriptis verbis agere* (так как в формулу иска включалась *praescriptio* с изложением фактических обстоятельств дела). Контроверза по этому вопросу была в течение всего классического периода. Составители сборников Юстиниана отождествили названные преторский и гражданский иски: *actio civilis incerti* соединена словами *id est*, "то есть",

с *actio praescriptis verbis* (термин, созданный составителями кодификации Юстиниана из выражения *praescriptis verbis agere*).

Так появилась новая категория договоров, при которых обязательство возникало не с момента соглашения сторон, а лишь после исполнения одной из сторон обещанного предоставления. Этот признак в известной мере сближает эти договоры с реальными контрактами - сходство, однако, неполное: все четыре реальные контракта возникают только с момента передачи вещи одной стороной другой стороне; в этой же новой категории договоров иногда предоставление, с которым связывается установление договорного обязательства, состоит не в передаче вещи, а в совершении какого-либо другого действия.

Эти новые контракты в науке римского права (в средние века, а не в самом римском праве) получили название *contractus innominati*, безыменные, непоименованные договоры; между прочим, название "безыменных" придается и тем из них, которые название получили, как мена (*permutatio*), оценочный договор (*contractus aestimatorius*); дело в том, что сама категория не имела такого обозначения, как основные гражданские контракты - вербальные, литтеральные, реальные, консенсуальные. У самих римских юристов мы встречаем лишь противопоставление этой группы договоров таким договорам, которые *pomen suum babent* - имеют свое название (D. 19. 4. 1. 2).

536. Виды безыменных контрактов. Разнообразные случаи безыменных контрактов в кодификации Юстиниана (D. 19. 5. 5. pr.) сводятся к четырем основным типам:

(1) *Do ut des*: я передаю тебе право собственности на вещь, имея в виду, что ты также передашь мне право собственности на другую вещь.

(2) *Do ut facias*: я передаю тебе право собственности на вещь с тем, чтобы ты совершил известное действие (оказал какие-то услуги и т.п.).

(3) *Facio ut des*: я совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы ты передал мне право собственности на известную вещь.

(4) *Facio ut facias*: я совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы и ты совершил для меня какое-то действие.

537. *Actio praescriptis verbis*. Даже тогда, когда безыменные контракты окончательно сложились в виде одного из звеньев римской системы контрактов, за стороной, исполнившей свое обязательство и не получившей удовлетворения от другой стороны, оставалось право выбора между *actio praescriptis verbis* - об исполнении договора и кондикционным иском о возврате переданной ценности, как неосновательного обогащения в имуществе получившего (п. 561). Более того, в отдельных местах кодификации Юстиниана кондикционный иск дается не только в случае неисполнения другой стороной встречного обязательства, но и независимо от этого, в силу произвольного отступления от договора данной стороны (так называемая *condictio propter poenitentiam*, т.е. кондикция ввиду изменения решения, например - D. 12. 4. 3. 2; 5. 1. 2). Такой иск, открывавший возможность произвольно отказываться от заключенного договора, представляет большие трудности для объяснения, которые до настоящего времени наукой римского права не преодолены.

§ 145. Мена (*permutatio*)

538. Мена и купля-продажа. Одним из наиболее употребительных из числа безыменных контрактов был договор мены (*permutatio*).

Emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione mandato (D. 19. 4. 1. 2).

(Договор купли-продажи заключается простым выражением согласия договаривающихся сторон, а мена порождает обязательство с передачей вещи: если вещь еще не передана, мы говорим, что обязательство возникает в силу простого соглашения, но это принято лишь в договорах, имеющих определенное название,

как-то: при купле-продаже, найме, поручении.)

В этом отрывке договор мены противопоставляется купле-продаже исключительно с точки зрения *causa obligandi*: *emptio-venditio* устанавливается одним соглашением, *permutatio* - передачей вещи одним из контрагентов.

Различие по содержанию сформулировано в начале того же отрывка источников:

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito, venditori sufficit obevictionem seobligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio-venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis (D. 19. 4. 1. pr.).

(Как одно дело - продать, другое дело - купить, один покупатель, другой - продавец, так одно дело - цена, другое - товар; а при мене нельзя различить, кто - покупатель, кто - продавец, и предоставления сильно различаются. Покупатель, если продавец не получил денег, отвечает по *actio venditi*, а продавцу достаточно по поводу эвикции обязаться передать владение и оправдаться в злом умысле, и таким образом если вещь не эвинцирована, он ничего не должен. А при мене, если каждую передаваемую вещь рассматривать как цену, то нужно, чтобы вещь поступила в собственность каждого из них, а если рассматривать как товар, то ни тому ни другому. Но, так как при купле-продаже должна быть и цена, и вещь, то мена не может быть куплей-продажей, так как нельзя разобрать, какая из двух вещей - товар, какая цена, а здравый смысл не позволяет, чтобы одна и та же вещь и продавалась, и была покупной ценой.)

Таким образом, различие в содержании договоров купли-продажи и мены заключается в том, что при купле-продаже обязательству одной стороны предоставить в прочное обладание покупателя продаваемую вещь соответствует обязательство другой стороны уплатить покупную цену, тогда как при мене происходит обмен вещи на вещь; при этом вещи передаются при мене на праве собственности. Поскольку обязательная сила безыменного контракта возникает только после исполнения одной из сторон обязанности по данному договору, то в случае передачи вещи, не принадлежащей лицу, вступающему в договор, и в дальнейшем эвинцируемой, договор не считается заключенным (D. 19. 4. 1. 3).

Как форма непосредственного товарообмена мена является более первичной сделкой по сравнению с куплей-продажей, хотя юридическую регламентацию договор мены получил сравнительно поздно. Во всяком случае, в классическую эпоху, в связи с развитием денежного оборота, договор мены, по своему удельному весу, далеко уступает купле-продаже и может быть отнесен к числу второстепенных договоров.

539. Права и обязанности сторон. Поскольку при договоре мены каждая сторона является и продавцом, и покупателем, в отношении каждой стороны могут возникнуть вопросы об эвикции вещи и о недоброкачественности переданной вещи (пп. 493 - 494).

В кодификации Юстиниана имеются следы разных периодов в истории безыменных договоров, в частности наиболее распространенного из них - договора мены [21]. Так, Цельз еще не утвердился в понимании подобного рода отношений как договорных, и поэтому подходит к случаю эвикции переданной вещи как к неосновательному обогащению на стороне передавшего вещь (получившего за нее эквивалент, который и является неосновательным обогащением в его имуществе). С этой точки зрения Цельз в данном случае говорит лишь о кондикционном иске для возврата этого неосновательного обогащения (D. 12. 4. 16. i.f.).

Но другие классические юристы (Ульпиан, Павел) держатся уже более развитой

точки зрения: рассматривая отношение как договорное, они допускают в подобного рода случаях иски по аналогии с теми, какими защищается покупатель, когда купленная им вещь страдает недостатками или подвергается эвикции со стороны третьего лица - собственника вещи.

(1) ...Sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto (т.е. ex edicto aedilium curulium) experiri (D. 21. 1. 19. 5. Ulpianus).

(1) ...Если кто совершает мену, то следует признать, что обе стороны оказываются в положении покупателя и продавца, и потому каждая сторона может предъявлять иски на основании эдильского эдикта.

(2) (in permutatone)... si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur (D. 19. 4. 1. 1. Paulus).

(2) (при договоре мены)... если та вещь, которую я получил или дал, затем эвинцируется, дается заключение, что следует дать actio in factum.

§ 146. Оценочный договор (contractus aestimatorius)

540. Определение. Оценочным контрактом признается договор, по которому определенная вещь передается одной стороной другой для продажи по известной оценке, с тем, чтобы эта другая сторона или представила первой сумму, в которую оценена переданная вещь, или возвратила самую вещь.

Юридическая сила такого договора возникает с момента передачи вещи, вследствие чего он и причисляется к безыменным контрактам.

Получивший вещь для продажи по определенной оценке не является, конечно, собственником вещи; тем не менее, продав и передав вещь, он делает приобретателя собственником вещи. По смыслу договора нет препятствий к тому, чтобы этот посредник оставил вещь за собой, уплатив контрагенту сумму оценки. Если ему удастся продать вещь дороже оценки, излишек, очевидно, идет в его пользу.

Для того чтобы понудить принявшего вещь для продажи или вернуть вещь, или уплатить сумму оценки, давалась actio de aestimato.

Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas, conduxissem, an mandati, melius itaque visum est hanc actionem proponi...

(Actio de aestimato введена для устранения сомнений. В случаях передачи вещи по оценке для продажи возникали большие сомнения: давать ли иск из договора продажи (ввиду оценки), или actio locati, как будто отдавший вещь для продажи сдал ее внаймы, или actio conducti, как будто он нанял другого для оказания услуг, или иск из поручения. Было признано более целесообразным установить этот особый иск.)

Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit (D. 19. 3. 1. Ulpianus).

(Оценка создает для принявшего вещь риск: он должен вернуть или в полной сохранности самую вещь, или условленную сумму оценки.)

541. Несение риска. В конце приведенного места источников Ульпиан возлагает на сторону, принявшую вещь для продажи по оценке, periculum. Однако вопрос о несении этой стороной риска случайной гибели вещи в других местах источников (в том числе - в принадлежащих тому же Ульпиану) решается иначе: "Если я дам тебе для продажи по оценке жемчуг, - говорит Ульпиан (D. 19. 5. 17. 1), - с тем, чтобы ты или вернул мне этот жемчуг либо дал его цену, а затем жемчуг до продажи погиб, то на кого ложится periculum (риск)"? Лабеон и Помпоний отвечали на вопрос так: если я, продавец, обратился к тебе с просьбой продать мой жемчуг, риск ложится на меня; если ты сам предложил мне такое посредничество, риск несешь ты; если такой

инициативы не проявляли отчетливо ни я, ни ты, а просто мы пришли к подобного рода соглашению, то ты отвечаешь только за *dolus* и *culpa* (следовательно, риск случайной гибели вещи остается на ее собственнике). Таким образом вопрос о несении риска приходится признать не разрешенным окончательно.

Глава 37

РАСТА VESTITA ("ОДЕТЫЕ" РАСТА). НЕФОРМАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ С ИСКОВОЙ СИЛОЙ

§ 147. Виды *pacta vestita*

542. Понятие "одетого" пакта. Неформальное соглашение (*pactio, pactum*), не подходившее ни под один из типов, изложенных в предыдущих главах системы контрактов, было лишено исковой силы и потому называлось голым, *nuda pactio, nudum pactum*. "*Nuda pactio obligationem non parit*", простое, неформальное соглашение не порождает обязательства - таков был исконный принцип римского права. По мере развития торговли и вообще деловых отношений в рабовладельческом обществе неформальные *pactiones*, выходявшие за рамки установленных типов контрактов, стали заключаться все чаще и чаще. Оставление их без защиты не соответствовало требованиям развившегося оборота и подрывало устойчивость деловых связей. Несмотря на это, названный принцип, что *nuda pactio* не пользуется исковой защитой, остался в римском праве до конца его развития.

Правда, в преторский эдикт было включено такое указание:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatusconsulta decreta edicta principum, neque quo frans cui eorum fiat, facta erunt, servabo (D. 2. 14. 7. 7).

(Неформальные соглашения, в которых не будет *dolus malus*, которые не будут противоречить законам, постановлениям народного собрания, решениям сената, декретам и эдиктам императоров и не будут направлены в обход какой-либо из этих норм, я буду защищать.)

Однако такое общее признание *pacta* выражалось не в исковой их защите, а только в возможности сослаться на *pactum* в порядке возражения (*exceptio pacti*). Исковая сила была придана лишь некоторым категориям *pacta* в виде исключения, когда отмеченные выше неудобства особенно сказывались.

543. Виды "одетых" *pacta*. Эти исключительные случаи, когда простор, неформальный *pactum* получал исковую защиту, носят общее наименование *pacta vestita* (пакты "одетые", снабженные иском). Они делятся на три группы: *pacta adiecta* (присоединенные к договору); *pacta praetoria* (преторские); *pacta legitima* (признанные императорскими законами).

§ 148. *Pacta adiecta*

544. Понятие. Под именем *pacta adiecta* разумеются дополнительные к главному договору соглашения, имеющие целью внести какие-либо видоизменения в юридические последствия главного договора, в частности, возложить на ту или другую сторону в договоре какие-либо дополнительные обязанности.

545. Виды. Такие дополнительные соглашения могли быть присоединены к основному договору при самом заключении договора, *in continenti*, или же в дальнейшем, по прошествии некоторого промежутка времени, *ex intervallo*.

...*Solemus... dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis, sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur* (D. 2. 14. 7. 5).

(...Мы привыкли говорить, что дополнительные соглашения входят в содержание *bonae fidei iudicia*. Однако это нужно понимать так, что если такие добавочные соглашения последуют немедленно (по заключении главного договора), хотя бы они были присоединены со стороны истца. Но если дополнительное соглашение

присоединено через некоторый промежуток времени, оно не входит в основной договор и не получает силы: из простого *pactum* не должен возникать иск.)

Таким образом, как правило, в качестве *pactum adiectum*, снабженного иском из главного договора, служили только добавочные соглашения, присоединенные непосредственно за заключением главного договора. Например, продающий земельный участок тут же обуславливается *ad complendum id quod perigerunt* (в дополнение к тому, что содержит в себе договор), что продавец оставляет проданный участок в своем арендном пользовании или что если покупатель будет, в свою очередь, продавать этот участок, чтобы он прежде всего предложил продавцу, а не постороннему (D. 18. 1. 75). Здесь получило отражение, с одной стороны, выдвинутое претором положение "*pacta conventa servabo*", в том смысле, что неформальные соглашения все-таки служат основанием для *exceptio* против иска кредитора; а с другой стороны, признание гражданским правом *leges*, условий, вставлявшихся сторонами в заключаемые ими договоры в качестве их составной части.

Pacta, присоединенные к договору лишь по истечении некоторого времени, имели юридическое значение только в том случае, если по своему содержанию они были направлены на то, чтобы сделать положение должника более льготным (*ad minuendam obligationem*), а не более тяжелым (*ad augendam obligationem*). Так, например, соглашение о приближении срока исполнения, об увеличении размера процентов и т.п., заключенное *ex intervallo*, не получало юридической силы (D. 2. 14. 7. 5).

Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse (D. 18. 1. 72. pr.).

(Дополнительные соглашения, заключенные позднее основного договора и в чем-нибудь сокращающие обязательство из купли, считаются содержащимися в основном договоре (и следовательно, имеют силу); наоборот, *pacta*, увеличивающие обязанность, не считаются включенными в договор (т.е. силы не имеют).)

Таким образом, если *pactum* направлено на уменьшение обязанности должника (в смысле размера, условий исполнения и т.д.), оно получает юридическое значение как в том случае, когда заключено непосредственно вслед за главным договором, так и в том случае, если оно заключено через некоторый промежуток времени. Так как на эту оговорку приходится ссылаться должнику, то претор давал ему в этих случаях *exceptio pacti conventi*. При этом, если дело шло о контракте строгого права (*stricti iuris*), как, например, *stipulatio*, нужно было испросить у претора включение в формулу иска соответствующей *exceptio*; если же иск предъявлялся из контракта *bonae fidei*, например, из купли-продажи, такая *exceptio* предполагалась включенной в формулу сама собой.

Если *pactum* направлено на усиление обязательства должника (*ad augendam obligationem*), то различие *pacta*, заключенных *in continenti* и *ex intervallo*, получало непосредственное практическое значение: в первом случае по общему правилу эти *pacta* получали исковую силу (в отдельных случаях, даже и при этом условии, *pactum* не порождало иска, например, даже присоединенное *in continenti* к договору займа соглашение о процентах не получало исковой защиты); если же эти *pacta* присоединялись *ex intervallo*, они силы не имели (D. 2. 14. 17. 5).

§ 149. Преторские соглашения (*pacta praetoria*)

546. *Constitutum debiti*. К числу: *pacta*, "одетых" претором и потому называемых *praetoria*, принадлежало *constitutum debiti*, *receptum*, *pactum iurisiurandi*.

Constitutum debiti называется неформальное соглашение, по которому одно лицо обязуется уплатить другому уже существующий долг (и этим подтверждает долг, откуда название *constitutum*).

С помощью *constitutum debiti* можно было обязаться уплатить свой (существующий) долг, *constitutum debiti proprii*, или же долг другого лица, *constitutum debiti alieni*.

Подтверждение собственного долга первоначально имело тот смысл, что этим

соглашением определялся точный срок платежа, причем, как правило, в этой форме должник получал отсрочку исполнения. В связи с этим *actio de pecunia constituta*, которую претор давал на случай, если должник, получив по *constitutum* более отдаленный срок для платежа, чем было предусмотрено первоначальным договором, все-таки не платил и в этот льготный срок, сопровождалась *sponsio dimidiaie partis*, обещанием уплатить в виде штрафа половину суммы долга (тогда как *condictio certae creditae pecuniae*, дававшаяся для требования первоначального долга, сопровождалась *sponsio tertiae partis*) (Гай. 4. 171).

С течением времени сфера применения *constitutum* расширилась: так, первоначально этот вид пактов применялся только к денежным долгам (это видно, между прочим, из названия иска - *actio de pecunia constituta*); в праве Юстиниана он был распространен уже на обязательства предоставить всякие другие вещи (С. 4. 18. 2); вначале можно было подтверждать только безусловный долг, позднее - не было препятствий подтвердить в этой форме и условный долг (D. 13. 5. 19. pr.).

Constitutum debiti alieni, по которому лицо принимало обязательство уплатить чужой долг, было зачаточной формой поручительства (см. п. 445).

Заключая *constitutum*, можно было при этом и изменить предмет долга; Ульпиан рассуждает так: при платеже допускается (разумеется, по соглашению сторон) предоставление одной вещи вместо другой; поэтому *nihil prohibet et aliud pro debito constitui* (нет препятствий обещать по *constitutum* вместо предмета долга и нечто иное). Равным образом допускалось изменение места исполнения (D. 13. 5. 5. pr.) и других пунктов договора.

547. *Receptum*. Под именем *receptum* в преторском эдикте были объединены три категории, по существу не имевшие между собой ничего общего: а) *receptum arbitrii* - соглашение об исполнении роли третейского судьи; б) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* - соглашение с хозяином корабля, гостиницы, постоялого двора об ограждении безопасности вещей проезжих; в) *receptum argentariorum* - соглашение с банкиром об уплате за счет клиента какой-либо ценности.

(1) *Receptum arbitrii*. Ait praetor: "Qui arbitrium pecunia compromissa receperit" (D. 4. 8. 3. 2), т.е. кто взял на себя рассмотреть дело, на основании состоявшегося между спорящими сторонами соглашения (против того, подразумевается, будет дан иск). Следовательно, этот *receptum* состоит в том, что два лица, пришедшие между собою к соглашению о передаче своего спора на разрешение третейского судьи, *arbiter*, заключают затем соглашение с намеченным арбитром; это последнее соглашение и называется *receptum arbitrii*.

Из этого соглашения для арбитра вытекает обязательство рассмотреть принятое им дело. По этому поводу в Дигестах (4. 8. 3. 1) говорится, что претор никого не может заставить принять на себя роль третейского судьи (*arbitrium recipere*), так как это - свободное дело каждого, и нет надобности принудительно возлагать такие обязанности на кого-либо, но если кто-нибудь уже принял на себя рассмотрение дела в качестве третейского судьи, то это дело претор считает относящимся *ad curam et sollicitudinem suam*, к предметам его забот и защиты: нужно, чтобы переданное арбитру дело было закончено и чтобы не нарушалось доверие лиц, избравших посредника *quasi virum bonum*, как добропорядочного человека. За уклонение от исполнения *receptum arbitrii* третейский судья подвергался штрафу (D. 4. 8. 32. 12). Только при наличии особо уважительных причин третейскому судье разрешалось не исполнить принятого на себя обязательства; в качестве таких уважительных причин могут служить, например, враждебные отношения, установившиеся между спорящими сторонами и арбитром после заключения *receptum*; болезнь арбитра, возложение на него публичных обязанностей, не позволяющих исполнить задачу арбитра, и т.п. (D. 4. 8. 15. 16. 1).

(2) *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*

Ait praetor: "Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo" (D. 4. 9. 1. pr.).

В преторском эдикте сказано: "Если хозяева кораблей, содержатели трактиров и постоянных дворов не вернут принятых от кого-либо на хранение вещей, я дам против них иск".

Это распоряжение преторского эдикта признается его комментатором Ульпианом (D. 4. 9. 1. 1) весьма полезным ввиду того, что в большинстве случаев лица, пользующиеся услугами названных предприятий и лиц, вынуждены доверять им и оставлять у них на хранение свои вещи (например, лошадь в стойле). Ответственность хозяина корабля, содержателя трактира и постоянного двора перед путешественниками и другими посетителями имела место *"etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit"* (D. 4. 9. 3. 1), т.е. даже если вещь пропадет или будет причинен вред без вины принявшего вещи; он освобождается от ответственности только в том случае, если ущерб наступит в силу случайного бедствия. С другой стороны, надо принять во внимание, что передача багажа путешественника на хранение содержателю предприятия, в котором путешественник оказался, происходит автоматически, *omnium eum recipere custodiam, quae in pavem illatae sunt*: лишь бы вещи поступили при эксплуатации данного предприятия (D. 4. 9. 3. 2), и отказаться от принятия вещей на хранение содержатели названных предприятий не имеют права.

Все это позволяет признать, что ответственность содержателей гостиниц, постоянных дворов и т.д. была нормирована довольно строго. Это объясняется наблюдавшимися на практике нередкими случаями, когда подобного рода трактирщики, корчмари и т.п. оказывались соучастниками воров, так что путешествия были далеко не безопасными; возложением на трактирщиков, содержателей постоянных дворов и т.д. ответственности за целостность вещей путешественников независимо от личной вины трактирщика и т.п., имелось в виду хотя бы несколько сократить наблюдавшиеся случаи обворовывания путешественников и способствовать большей безопасности путешествий, тем более что останавливаться в гостиницах и т.п. были вынуждены и высшие слои населения (D. 4. 9. 1. 1).

Для защиты путешественников, потерпевших от кражи, порчи и т.п. вещей, с которыми они пришли на корабль, на постоянный двор или в трактир, претором давалась *actio in factum* о возмещении ущерба, понесенного собственником вещи (иск реиперсекutoryный, см. п. 56).

(3) *Receptum argentarii*. Этим именем называется неформальное соглашение, по которому банкир или меняла принимают обязательство перед своим клиентом уплатить его долг какому-либо третьему лицу. Таким образом, *receptum argentarii*, подобно *constitutum debiti alieni* (п. 546), служило целям поручительства. В большинстве случаев банкир, выступая по этому *receptum* в роли поручителя, имел гарантию в тех суммах, какие клиент держал у банкира; но необходимым условием действительности *receptum argentarii* это обстоятельство не являлось. При Юстиниане *receptum argentarii* было поглощено *constitutum debiti alieni* (C. 4. 18. 2. pr.).

Значение *receptum*, в общем, заключалось в том, что, во-первых, это было для банкира средством укрепить кредит своего клиента, а во-вторых, *receptum* могло служить для клиента, имеющего у банкира достаточный вклад, средством произвести оплату долга в другом городе через посредство банкира.

В отличие от *constitutum receptum argentarii* не предполагало в качестве необходимого условия для его действительности существование какого-то ранее установленного долга; кроме того, оно и в классическом праве могло относиться не только к денежным долгам, но и к обязательствам предоставить всякого рода иные вещи.

В связи с общими правилами о представительстве из *receptum argentarii* возникали следующие последствия. Банкир не становился должником третьего лица; третье лицо оставалось кредитором только клиента банкира; к этому клиенту третье лицо и направляло свою претензию; но если у клиента банкира не оказывалось средств для оплаты, он предлагал своему кредитору получить с банкира, гарантировавшего

платеж со стороны клиента; если банкир отказывался платить, клиент получал против него *actio recepticia*. В кодификации Юстиниана это название иска заменено (в связи с исчезновением из практики *receptum argentarii*) - посредством *actio de reconvitia constituta*; в западной части Римской империи *receptum argentarii*, по-видимому, некоторое применение находило до падения Рима.

548. *Pactum iurisiurandi*. *Pactum iurisiurandi* представляет собой добровольное внесудебное соглашение, посредством которого истец обещает не взыскивать с должника по обязательству, если должник присягнет, что он ничего не должен, или, наоборот, должник обещает исполнить требование кредитора, если тот присягнет, что его требование обоснованно и сохраняет силу. Если сторона в дальнейшем своем поведении не посчитается с данной присягой, претор, в зависимости от обстоятельств, дает или *exceptio iurisiurandi*, или *actio de iureiurando*.

Exceptio iurisiurandi дается должнику, присягнувшему в том, что он ничего не должен, для того, чтобы отбить иск, предъявленный к нему кредитором вопреки *pactum iurisiurandi*. Наоборот, истец, присягнувший в том, что он - кредитор, может взамен иска из договора предъявить к должнику *actio de iureiurando*: это для него выгодно в том отношении, что ему достаточно доказать факт присяги, но не нужно доказывать существование самого права требования.

§ 150. Императорские pacta (pacta legitima)

549. Понятие и виды. Pacta, получившие юридическое признание в законодательстве позднейшей империи, называются *pacta legitima*. Защита прав кредиторов по соглашениям, принадлежавшим к этой категории, производилась посредством *condictio ex lege*, кондикционного иска, вытекавшего непосредственно из закона. "*Si obligatio lege nova introducta ist, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est*" (D. 13. 2. 1), т.е. если обязательство установлено новым законом и в этом законе не предусмотрено, какого рода иском пользоваться для защиты обязательства, то нужно предъявить иск *ex lege*, прямо из закона.

К числу *pacta legitima* относятся: *compromissum*, *pactum dotis*, *pactum donationis*.

550. *Compromissum*. Под именем *compromissum* разумеется соглашение двух сторон о передаче их спора на разрешение третейского суда. В классическую эпоху выполнение такого соглашения обеспечивалось или тем, что спорная вещь либо сумма денег заранее передавалась третейскому судье с тем, чтобы он ее передал тому, в чью пользу будет разрешен спор, или же посредством заключения стипуляции.

Si res apud arbitrum depositae sunt ex pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendum sit sententiam dicere? et puto cogendum. Tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur, proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromisum est et cogetur sententiam dicere (D. 4. 8. 11. 2).

(Если вещи переданы на хранение третейскому судье с тем, чтобы он отдал их выигравшему спор или чтобы он передал вещь, если другая сторона не подчинится решению, то можно ли понуждать третейского судью вынести решение? Полагаю, что нужно понудить. Равным образом если у него будет оставлено определенное количество (заменимых вещей). Если один обещал по стипуляции вещь, другой - деньги, соглашение о третейском суде закончено и арбитр будет обязан вынести решение.)

За неисполнение решения арбитра виновная сторона подвергалась штрафу (D. 4. 8. 27. 6).

Императорское законодательство дало непосредственную исковую защиту *pactum compromissi*, соглашению о передаче спора на разрешение третейского суда: сначала при условии, если *compromissum* сопровождалось присягой о подчинении решению арбитра (C. 2. 55. 4. pr.), а затем, когда употребление присяги было запрещено, то за соглашением о третейском суде была признана обязательная сила,

если стороны своею подписью скрепили решение арбитра или не оспорили его в десятидневный срок (С. 2. 55. 5).

551. *Pactum dotis*. *Pactum dotis* есть неформальное соглашение, которым дается обещание установить приданое: из этого неформального соглашения муж получал *condictio ex lege*, посредством которой мог требовать предоставления обещанного приданого (С. 5. 11. 6).

552. *Pactum donationis*. *Pactum donationis* - неформальное соглашение о дарении. Дарением называется договор, которым одна сторона, даритель, предоставляет другой стороне, одаряемому, какие-то ценности за счет своего имущества, с целью проявить щедрость по отношению к одаряемому (*animus donandi*). Дарение может быть совершено в различных правовых формах: посредством передачи права собственности на вещь, в частности платежа денежной суммы, в форме предоставления сервитутного права и т.д. Частным случаем дарения было обещание что-то предоставить, совершить известные действия и т.д. - дарственное обещание.

В классическом праве дарственное обещание имело обязательную силу только в том случае, если оно было облечено в форму стипуляции; неформальное дарственное обещание не порождало обязательства. Помимо этого формального требования, классическое право, стремясь сохранить имущества в руках аристократических семейств, установило еще ограничение размера дарения (закон Цинция, 204 г. до н.э.), за исключением дарений, совершаемых в пользу ближайших родственников, и пр.; максимальный размер дарения, допущенный законом Цинция, до нас не дошел. Закон Цинция принадлежит к числу так называемых *leges imperfectae*, т.е. в этом законе не предусматривались последствия его нарушения. Для проведения закона в жизнь претор стал давать *exceptio legis Cinciae* (возражение против иска об исполнении дарственного обещания) и *replicatio legis Cinciae* (чтобы отпарировать возражение, которое может выставить одаренный, если даритель, исполнивший дарение, станет требовать подаренное обратно).

В императорскую эпоху *lex Cincia* утратила значение (в начале IV в. н.э.). С другой стороны, императорским законодательством была установлена необходимость совершения так называемой судебной инсинуации дарственных актов, т.е. требовалось заявлять их перед судом с занесением в реестр. Первоначально требование этой публичности дарения относилось к дарению на всякую сумму (С. Th. 3. 5; 1), но Юстиниан ограничил применение *insinuatio* лишь дарениями на сумму свыше 500 золотых и установил, что дарения на меньшие суммы получают силу, независимо от каких-либо формальностей (С. 8. 53. 36. 3). Тем самым *pactum donationis* получил исковую силу:

"*Sin vero et hoc (подразумевается - stipulatio), praetermissum sit... nihilo minus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit* (С. 8. 53. 35. 5).

(Если стипуляция не заключена, тем не менее даритель принуждается к передаче подаренного на основании нашего закона.)

Ввиду того что даритель не только не получает от договора дарения никакой *utilitas*, но даже и теряет нечто (ибо дарение предполагает обогащение одаряемого за счет имущества дарителя, который непременно должен претерпеть некоторое уменьшение имущества), ответственность дарителя (за возможную эвикцию подаренной вещи, за обнаруженные в ней недостатки и пр.), ограничивается только случаями *dolus* и *culpa lata*:

Si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem si dolo fecit (D. 39. 5. 18. 3).

(Если мне кто-нибудь подарит чужую вещь, и после того, как я понесу на нее большие затраты, она будет у меня эвинцирована, я не получу иска к дарителю; конечно, *actio doli* мне будет дана против него, если он подарил чужую вещь с намерением причинить мне ущерб.)

В некоторых случаях допускается отмена дарения: патрон может отменить дарение, совершенное в пользу вольноотпущенника, в случае неблагодарности одаренного (С. 8. 55. 1. pr.). Эта норма является частным отражением зависимости, в которой находились в Риме вольноотпущенники по отношению к патронам и которая нередко переходила в эксплуатацию вольноотпущенников.

Юстинианом установлено уже в качестве общего правила для всех случаев дарения, что неблагодарность одаренного служит основанием отмены дарения:

Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur (С. 8. 44. 10. pr.).

(Мы вообще постановляем, что все законно совершенные дарения остаются в силе и не могут быть отменены, кроме того случая, когда будет установлена неблагодарность одаренного в отношении дарителя.)

В той же 1. 10. даются и примеры неблагодарности: нанесение грубой обиды (*iniuriae atroces*), создание опасности для жизни дарителя, причинение ему значительного имущественного вреда. Патрон, не имевший детей в момент, когда совершалось дарение в пользу вольноотпущенника, имел право потребовать дар обратно в случае последующего рождения детей (С. 8. 55. 8).

Глава 38

OBLIGATIONES QUASI EX CONTRACTU (ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК БЫ ИЗ ДОГОВОРА)

§ 151. Понятие и виды обязательств quasi ex contractu

553. Понятие обязательства как бы из договора. Как уже указано выше (п. 432), термином "обязательства как бы из договора" обозначаются те случаи, когда между двумя сторонами, не состоящими между собою в договоре, устанавливаются обязательственные отношения, по своему характеру и содержанию сходные с договорными обязательствами. В данном случае обязательства возникают или из односторонних сделок, или некоторых иных фактов, не являющихся ни договором, ни недозволенным действием. Давая этим обязательствам такое наименование, римские юристы делают отсюда и практические выводы, состоящие в том, что возникающие в такого рода случаях спорные вопросы об условиях и пределах ответственности сторон разрешаются аналогично тому, как они решаются применительно к соответствующим договорам.

554. Виды. Основные случаи обязательств - quasi ex contractu следующие:

(1) *Negotiorum gestio* - ведение чужих дел (или вообще забота о чужом деле) без поручения. Как видно из установившегося в позднейшей литературе дополнения к римскому термину *negotiorum gestio*, т.е. ведение дел, еще слов "без поручения", данный вид обязательства является аналогичным тому, которое возникает из договора *mandatum*.

(2) Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения одного лица за счет другого. Этой рубрикой охватывается несколько специальных случаев, как-то: требование возврата недолжного, уплаченного по ошибке; требование возврата того, что получено другим лицом, вследствие неосуществления того основания, которое имелось в виду, когда совершалось предоставление; требование возврата, недобросовестно приобретенного, и пр. Вся эта группа обязательств как бы из договоров имеет по своей сущности сходство с реальными контрактами, где также обязательство возникает на основе передачи вещей от одной стороны другой. Разумеется, между обеими категориями отношений имеется и коренное различие: при реальных контрактах вещь переходит из имущества одного в имущество другого на основании соглашения сторон, вследствие чего обогащение получателя вещи не может считаться *sine causa*, в данном же случае обязательство возникает именно из факта нахождения ценности в имуществе одного лица за счет другого без законного для этого основания.

§ 152. Ведение дел без поручения (*negotiorum gestio*)

555. Понятие *negotiorum gestio*.

Ait praetor: "Si quis negotia alterius sive quis negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo" (D. 3. 5. 3. pr.).

(В преторском эдикте сказано: "Если кто-либо будет вести дела другого лица или дела какого-нибудь умершего лица, я дам на этом основании иск".)

Ведение дел, *negotiorum gestio*, в специальном смысле (как источник обязательства), означает такое отношение, когда одно лицо (*negotiorum gestor*) ведет дела другого лица (*dominus*), управляет его имуществом и т.п., не имея на то поручения от этого другого лица.

В тех случаях, когда ведущий дело (гестор) имеет соответствующее поручение от хозяина дела, имеет место договор *mandatum*, на основе которого и определяются отношения между сторонами. Если же поручения нет, нельзя говорить об обязательстве *ex contractu*; но так как в этом случае отношение имеет такой же облик, как и в первом случае, то обязательство, возникающее из такой добровольной, не вытекающей ни из закона, ни из договора заботы о чужом имуществе, называется *obligatio quasi ex contractu*.

556. Значение *negotiorum gestio*. Ульпиан в своем комментарии, написанном на преторский эдикт, называет это распоряжение эдикта (и следовательно, этот вид обязательства) необходимым, "так как для отсутствующих очень важно и выгодно, чтобы не оставаться беззащитными и не терпеть в отношении владения и продажи вещей, отчуждения залога, или не лишиться иска о взыскании штрафа или не потерять несправедливо свою вещь" (D. 3. 5. 1).

Действительно, инициатива и забота со стороны гестора предупреждает для отсутствующих, вообще не имеющих возможности, в силу каких-то причин, позаботиться о своих делах, а также в отношении *hereditas iacens* (наследства, еще не принятого наследниками), возможность ущерба, угрожающего интересам хозяина.

557. Иски. В случаях *negotiorum gestio* преторский эдикт давал иски (*bonae fidei*), подобные искам манданта и мандатария: *actio negotiorum gestorum directa* - хозяину дела, и *actio negotiorum gestorum contraria* - гестору.

Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem; itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum (D. 3. 5. 2).

(Если кто-нибудь вел дела отсутствующего лица, хотя бы и без его ведома, но что-то израсходовал на его дело хозяйственно целесообразно, или даже сам обязался по делу отсутствующего, то имеет иск на этом основании: в данном случае и на той и на другой стороне возникает иск, называемый иском из ведения дел.)

558. Необходимые элементы. Необходимые предпосылки для возникновения этого вида обязательств:

(1) Ведение чужих дел, "*Negotia sic accipe, sive unum sive plura*", - говорит Ульпиан, т.е. ведение дел может выразиться в совершении или проведении какого-нибудь одного дела, нескольких дел или в управлении всем имуществом известного лица (D. 3. 5. 3. 2). По содержанию "дело" может непосредственно касаться имущества данного лица, например ремонт дома, принадлежащего этому лицу. Но может быть и иное положение: когда *gestor* исполнял известное дело, оно не было делом данного лица, но в дальнейшем благодаря *ratihabito*, одобрению, последовавшему от данного лица, оно стало его *negotium* (*ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum* - одобрение сделает твоим дело, которое с самого начала не было твоим, но совершено, имея в виду тебя) (C. 3. 5. 5. 11).

Не является существенным совершение гестором каких-либо юридических действий,

равно как и значительность дела, взятого на себя гестором: всякая забота, приложенная одним лицом к имуществу другого (например, лицо кормит раба или животное другого лица, исправляет его мебель и т.д.), уже позволяет при наличии других предпосылок говорить о *negotiorum gestio*. Чаще всего заботятся об имуществе лиц, отсутствующих из места нахождения имущества (*utilitas absentium*, выгода отсутствующих); но отсутствие хозяина имущества также не является необходимым признаком этого института; например, лицо может взяться за чужое дело потому, что непосредственно заинтересованный не может позаботиться о себе в силу тех или иных препятствий.

Забота о чужом имуществе должна пониматься как факт совершения лицом известных действий, направленных на обслуживание чужого имущества; по каким соображениям это делается (общественный долг или личные соображения толкают гестора на совершение таких действий), несущественно.

Hac actione (т.е. negotiorum gestorum) tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, venim et is, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit (D. 3. 5. 3. 10).

(По этому иску отвечает не только тот, кто взялся за чужие дела и вел их добровольно и не под давлением необходимости, но также и тот, кто вел дела в силу какой-либо необходимости или предположения о наличии необходимости.)

(2) Важно при этом только одно, чтобы лично перед хозяином дела на гесторе никакой обязанности совершать данные действия ни по договору, ни по закону не было. Следовательно, не может быть *negotiorum gestor*'ом ни лицо, имеющее поручение от хозяина дела, ни опекун хозяина дела, так как он обязан в силу закона заботиться о своем подопечном. Наоборот, когда действие совершается во исполнение морального долга или общего предписания закона (но в отношении данного лица), ведение дела обязывает *dominus*.

(3) Для того чтобы возник иск, ведение дела должно происходить за счет хозяина дела - *contemplatione domini*. Ведение дела "за счет другого лица" нужно понимать в том смысле, что ведущий дело имеет намерение отвести расходы, связанные с ведением дела, на это другое лицо, что у ведущего дело нет *animus donandi*, намерения своею деятельностью проявить щедрость по отношению к хозяину дела. Как говорится по другому поводу в источниках (D. 10. 3. 14. 1), нельзя мне требовать возмещения понесенных расходов, когда, производя эти расходы, *pepinem mihi obligari volui* - я не хотел никого обязать по отношению к себе. Если хозяином дела является не тот, кого считал хозяином гестор, это не служит препятствием для признания юридических последствий *negotiorum gestio*, но только в отношении подлинного хозяина дела (D. 3. 5. 5. 1).

(4) Ведение дел должно быть безвозмездным.

559. Обязательства сторон.

Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia (I. 3. 27. 1).

(Как лицо, проведшее чужое дело с пользой для хозяина, обязывает последнего своими действиями, так и обратно, это лицо обязано представить отчет в ведении дела. В этом случае гестор обязан с величайшей тщательностью отчитаться перед хозяином дела. При этом недостаточно прилагать к чужому делу такую заботливость, с какой гестор обычно относится к своим делам, раз только другой, более заботливый человек провел бы данное дело более выгодно для хозяина.)

Из этого отрывка источников можно сделать следующие выводы. Гестор должен относиться к чужому делу с полной тщательностью, вниманием и заботливостью, т.е. он отвечает за всякую вину.

Бывают, впрочем, исключительные случаи, когда ответственность гестора

ограничивается: "Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem" (D. 3. 5. 8. 9), т.е. иногда, по мнению Лабееона, по actio negotiorum gestorum ответственность имеет место только за *dolus* (и, конечно, за приравниваемую к нему *culpa lata*). Так, если ты взялся за мои дела под влиянием чувства особого ко мне расположения в связи с возникшей опасностью для моего имущества, то справедливо возложить на тебя ответственность только за *dolus* (и, подразумевается, за *culpa lata*). Ульпиан, передающий этот взгляд Лабееона, считает его весьма справедливым.

Выполнив дело, за которое он взялся, гестор обязан представить в этом деле отчет и сдать ценности, причитающиеся хозяину дела (D. 3. 5. 2).

Своими действиями он обязывает хозяина дела в том случае, если дело проведено *utiliter*, т.е. если можно признать действия гестора отвечающими интересам хозяина дела. Обязанность хозяина дела одобрить действия гестора и возместить ему понесенные при ведении дела затраты определяется исключительно этим признаком хозяйственной целесообразности действий, независимо от достигнутого эффекта или результата.

Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione, ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum (D. 3. 5. 9. 1).

(Лицо, предъявляющее actio negotiorum gestorum (*contraria*), может воспользоваться этим иском не только в тех случаях, когда дело, которое вело это лицо, дало благоприятный результат, но достаточно и того, что ведение дела было хозяйственно целесообразно, хотя бы результата и не получилось. Так, если лицо устроило подпорки к дому или лечило больного раба, оно получит actio negotiorum gestorum, хотя бы дом сгорел или раб умер.)

Среди римских юристов вызывал споры вопрос о том, имеет ли существенное значение субъективное отношение к данному имуществу со стороны хозяина дела: в дальнейшем изложении приведенного отрывка Дигест Ульпиан берет такой вариант казуса, что собственник оставил дом без ремонта, потому что считал, что он не стоит того, чтобы затрачивать на него сколько-нибудь значительные средства, или не считал этот дом для себя необходимым. Лабееон полагал, что собственник дома обязан возместить гестору расход даже и в этом случае; но Цельз "*eleganter deridet*" ("*элегантно смеется*") над таким мнением: по его мнению, нельзя считать ведение дела *utiliter*, когда гестор выполняет дело, не являющееся для хозяина необходимым или которое только обременит его. Такое решение дает и Ульпиан, даже притом в том случае, когда гестор думал, что его действия хозяйственно целесообразны.

Казуистику римских юристов можно обобщить такой формулой: действия гестора считаются совершенными *utiliter* и потому обязывают *dominus*, для которого эти действия выполнялись, если по конкретным обстоятельствам дела, учитывая и объективный, и субъективный моменты, гестор мог предполагать, что и сам *dominus* исполнил бы данные действия, если бы имел к тому возможность.

По религиозно-бытовым условиям одна категория расхода возмещалась гестору даже тогда, когда он действовал вопреки прямому запрету: это - расход на погребение умершего (давался даже специальный иск - *actio funeraria*) (D. 11. 7. 14. 13).

В тех случаях, когда *dominus* положительно одобряет деятельность гестора, вопрос о целесообразности действий гестора отпадает; своим одобрением хозяин дела уже разрешил его в положительном смысле и признал себя обязанным возместить понесенные гестором издержки. К этому случаю применимо правило *ratihabitio mandato comparatur* - одобрение приравнивается к поручению (D. 46. 3. 12. 4).

Вообще, как в только что названном случае прямо выраженного хозяином дела одобрения действий гестора, так и в тех случаях, когда, на основе изложенных выше принципов, хозяин обязан признать действия гестора для себя обязательными, отношения между ними определяются по тем же правилам, как и отношения между мандантом и мандатарием (см. пп. 530 - 531).

Если действия гестора нельзя признать произведенными *utiliter* и хозяин дела отказывает в одобрении их, гестор не только не получает возмещения произведенных им затрат, но еще обязан восстановить то положение, в каком находилось имущество хозяина дела до *negotiorum gestio*. В этом смысле источники (D. 3. 5. 10) говорят, что иногда гестор отвечает не только за *culpa*, но и за *casus* (случай); например, гестор начинает какое-то новое дело, которое является необычным для отсутствующего лица:

Si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem; quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet (D. 3. 5. 10).

(Если из такого дела получится ущерб, он ляжет на тебя (т.е. гестора), а если прибыль, то она поступит отсутствующему; но если в одном отношении дело даст прибыль, в другом - убыток, отсутствующее лицо должно зачесть одно за другое.)

По общему же правилу, т.е. если *negotiorum gestio* протекает в соответствии с изложенными выше положениями, так что хозяин дела не может отказать в одобрении действий гестора, последний за *casus* не отвечает. В Дигестах дается пример: гестор приобрел хлеб для челяди *dominus*; по случайной причине хлеб погиб; гестор все-таки получит *actio negotiorum gestorum contraria* для возмещения понесенного расхода (D. 3. 5. 21).

Если гестор не имеет права на возмещение понесенных издержек, он во всяком случае может требовать от хозяина дела возврата тех ценностей, на которые тот обогатился от действий гестора (возврат неосновательного обогащения, см. п. 561 и сл.).

560. Ведение чужих дел в своем интересе. Своеобразный случай *negotiorum gestio* представляет ведение чужих дел в своем собственном интересе.

Si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse... sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem (D. 3. 5. 5. 5).

(Если кто-нибудь вел мои дела, имея в виду не мои интересы, а свою выгоду, то он, по мнению Лабео, вел скорее свое дело, чем мое... тем не менее даже он будет отвечать по *actio negotiorum gestorum*. Однако если он сам понес какие-нибудь расходы в связи с моими делами, то он получит иск не в размере своих затрат, так как он взялся нечестно за мои дела, но лишь в размере моего обогащения.)

Таким образом, если лицо сознательно ведет чужое дело не для того, чтобы оградить интересы хозяина дела, а получить какие-то выгоды для себя, то из такого поведения лица, ведущего дело, хозяин получает *actio negotiorum gestorum directa* на общих основаниях, как и при обычной *negotiorum gestio*. Что же касается гестора, то ему дается иск только при условии, если его действия дали хозяину дел какое-то обогащение; размерами этого обогащения (а не произведенными фактически затратами) определяется и размер ответственности перед таким гестором хозяина дела.

Наконец, может быть и такое положение, что лицо ведет известное дело, считая его своим, а оно в действительности является делом другого лица. Если действия такого мнимого гестора привели к его обогащению за счет хозяина дела (например, добросовестно считая вещь своей, гестор продал чужую вещь и оставил в своем имуществе покупную цену), он отвечает перед собственником вещи в размере своего обогащения. Для этой цели можно было предъявить *actio negotiorum*

gestorum directa, но давалась и *condictio*, иск о возврате неосновательного обогащения. Общих последствий ведения дел в подобного рода случаях (в особенности, ответственности за убытки) не возникает.

§ 153. Обязательства из неосновательного обогащения (понятие и виды)

561. Понятие обязательств из неосновательного обогащения. Не может считаться окончательно установленным, получил ли признание в классическом римском праве общий принцип, что факт нахождения в имуществе одного лица обогащения за счет имущества другого лица без достаточного для того юридического основания порождает всегда обязательство первого о возврате неосновательного обогащения второму. Вместе с тем совершенно бесспорно, что в некоторых определенных категориях случаев такое обязательство возникало. Так как в этих случаях обязательство возникает из дозволенного действия, но договора между сторонами нет, а между тем последствия наступают сходные с возникающими из договоров, то эта разновидность обязательств также принадлежит к числу *obligationes quasi ex contractu*.

562. Виды. Обязательства из неосновательного обогащения получили защиту посредством кондикционного иска (*condictio*). Было бы, однако, неправильно отождествлять *condictiones* и иски из неосновательного обогащения: с помощью *condictio* защищалось и стипуляционное обязательство, и обязательство из займа и др. Обязательства из неосновательного обогащения являются лишь одним из случаев применения кондикционного иска.

Основное деление кондикций делалось римскими юристами по предмету иска: в зависимости от того, составлял ли предмет иска *certa pecunia*, *certa res* или *incertum*, различались *condictio certae pecuniae*, *condictio certae rei*, *condictio incerti*.

Основными категориями обязательств из неосновательного обогащения были: а) *condictio indebiti* (иск о возврате недолжно уплаченного); б) *condictio ob rem dati* (иск о возврате предоставления, цель которого не осуществилась); в) *condictio ex causa furtiva* (иск о возврате полученного вследствие кражи), *condictio ex iniusta causa* (по несправедливому или неправильному основанию).

В отдельных случаях давался также общий иск о возврате неосновательного обогащения (*condictio sine causa*).

§ 154. Condictio indebiti

563. Понятие. Ошибочный платеж долга, в действительности не существующего, порождает обязательство получившего предмет долга вернуть полученное уплатившему; для осуществления требования о возврате ошибочно уплаченного служила *condictio indebiti*.

Поскольку нет долга, нет основания для платежа, нет основания для оставления в имуществе получившего платеж - предмета платежа.

Is quoque non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset... sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendo animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere (Гай. 3. 91).

(Принявший платеж по несуществующему долгу от лица, уплатившего по ошибке, обязывается *re*. От него можно истребовать полученное по формуле "если окажется, что он должен дать", как если бы он получил займы... Но этот вид обязательства, как кажется, возникает не из договора, так как тот, кто передает ценности с намерением платежа, скорее желает прекратить сделку, чем вступить в договор.)

В этом отрывке Институций Гая дана характеристика *condictio indebiti* как обязательства "как бы из договора": отсутствие договора (лицо платит с намерением ликвидировать юридические связи с другим лицом, а не с тем, чтобы установить такие связи) и признание юридических последствий, сходных с теми, какие влечет за собой заключение договора (в данном случае - займа).

564. Необходимые предпосылки. Необходимые предпосылки для предъявления *condictio indebiti* сводятся к следующим:

(1) Факт платежа, совершенного платящим с намерением погасить определенный долг. Платеж может выразиться в любом имущественном предоставлении, будет ли то передача определенных ценностей (денег, других вещей, обязательственных прав и т.д.) в имущество получателя или освобождение получателя от какого-либо обязательства и вообще уменьшение пассива имущества получателя (например, прекращение его долга по отношению к платящему): получающий платеж, другими словами, может обогатиться или путем поступления в его имущество новой ценности, или путем предупреждения выхода из его имущества ценности, уже имеющейся в составе этого имущества.

(2) Несуществование долга, погашение которого имелось в виду лицом, совершающим платеж. Непризнание за долгом исковой силы (так называемое натуральное обязательство, см. п. 282) не приравнивается к несуществованию долга (*naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest*, D. 12. 6. 19. pr., - остается натуральное обязательство, и потому нельзя требовать возврата уплаченного). Само собой разумеется, что, если долг хотя и существует, но кредитором является не тот, кому совершается платеж, или должником - не тот, кто платит, платеж признается совершенным по несуществующему долгу.

Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur, aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat solvat (D. 12. 6. 65. 9. Paulus).

("Недолжное" - это не только то, что вообще не есть предмет долга, но и то, что следует одному, а платится другому, или - должен один, а платит другой, как будто он сам является должником.)

Правда, в другом месте (D. 12. 6. 44) тот же Павел говорит: "*Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est*" (т.е. нельзя требовать уплаченное обратно от того, кто получил свое, хотя бы платеж был произведен не должником, а другим лицом). Но здесь берется другой фактический состав: не сказано, что это другое лицо платит *quasi ipse debeat*. Во втором фрагменте, без всякого противоречия с первым, выражено лишь общеизвестное положение, что по обязательствам, содержание которых не рассчитано на личные свойства именно данного должника (обязательство художника написать картину и т.п.), допускается исполнение как самим должником, так и другим лицом за него. Уплаченное раньше срока не считается уплаченным недолжно и не подлежит возврату: *in diem debitor* все-таки *debitor* (D. 12. 6. 10); наоборот, платеж условного долга в этом случае приравнивается к платежу несуществующего долга (D. 12. 6. 16).

(3) Платеж несуществующего долга должен быть произведен ошибочно вследствие извинительного заблуждения. *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* - если кто-нибудь по незнанию платит недолжное, он может с помощью этого иска потребовать обратно; если же он платит, зная, что не должен, возврат не допускается (D. 12. 6. 1. 1). "*Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio*", т.е. если что-нибудь платится по ошибке, то имеет место истребование обратно, если же это платится намеренно, сознательно, то это рассматривается как дарение (D. 50. 17. 53. Paulus). Не допускался возврат уплаченного *ex causa iudicati*, на основании судебного решения, хотя бы такое решение оказалось не имеющим силы (D. 5. 1. 74. 2).

565. Предмет кондикции. Предметом *condictio indebiti* является обогащение получившего платеж, т.е. поступившие в состав имущества (или сохранившиеся в имуществе благодаря платежу) ценности или их эквиваленты. *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur* - если по ошибке платят недолжное, то можно истребовать обратно или уплаченное, или такое же количество (D. 12. 6. 7).

Если ценность, поступившая по платежу, погибает по случайной причине, *condictio indebiti* не дается, т.е. риск случайной гибели передаваемых предметов несет лицо, совершающее платеж.

Вместе с полученным платежом возвращаются и всякого рода приращения - *quod rei solutae accessit, venit in conductionem* (D. 12. 6. 15. pr.), например приплод от рабыни, намыв участка, плоды от вещи и т.д.

§ 155. *Condictio ob rem dati* (иск о возврате предоставления, цель которого не осуществилась)

566. *Datio ob causam* и *ob rem*. Противопоставление *causa* и *res*, которое делает в ниже приводимом отрывке римский юрист, приурочивается к пониманию *causa* как *causa praeterita*, т.е. имевшей место в прошлом, и *res* как будущей цели:

Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam veluti; cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquod sequatur, quo non sequente repetitio competit (D. 12. 6. 52. Pomponius).

(Мы даем или *ob causam*, или *ob rem*: *ob causam* - это значит ввиду прошлого основания, например, я даю потому, что получил нечто от тебя, или потому, что тобою нечто сделано; в этих случаях, если даже основание оказалось мнимым, требовать возврата денег нельзя; *ob rem*, ввиду определенного дела, дается с тем, чтобы нечто последовало за этим; если этого не последует, имеет место возврат данного.)

В тех случаях, когда *causa* также относится к будущему, и затем не осуществляется, требование о возврате предоставления признается; в праве Юстиниана в этих случаях иск называют *condictio causa data causa non secuta* (т.е. кондикция, даваемая в тех случаях, когда предоставление сделано ввиду определенной *causa*, а она не осуществилась).

Si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conductionem locum habere (D. 12. 7. 1. 1. Ulpianus).

(Если лицо приняло обязательство, имея в виду определенное основание, а это основание не осуществилось, то следует признать, что имеет место *condictio*.)

Таким образом, *condictio ob rem dati* дается в тех случаях, когда одно лицо получает за счет другого какую-нибудь имущественную ценность ввиду определенной цели, определенного основания, а это основание не осуществилось.

567. Необходимые условия этой кондикции. Для возникновения этой разновидности квазиконтрактных обязательств требуется наличие следующих условий:

(1) Предоставление имущественной выгоды одним лицом другому: передача права собственности, принятие первым лицом обязательства в пользу второго, погашение обязательства второго лица в отношении первого и пр.

(2) Предоставление имущественной выгоды должно быть сделано, имея в виду определенную цель, определенное основание, предполагающее наступление какого-то будущего события, с которым связывается предоставление; например, вещи передаются в качестве приданого в связи с ожидаемым браком; уплачивается определенная сумма для организации поездки лица по определенному делу в другой город и т.д.

(3) Цель или основание, ввиду которых сделано предоставление, не осуществляется. *Fundus dotis nomine traditus si nuptiae insecutae non fuerint, conductione repeti potest* - если участок передан в качестве приданого, а брак не состоялся, можно требовать кондикционным иском возврата предоставленного (D. 12. 4. 7. 1).

568. Предмет иска. При наличии названных условий лицо, за счет которого обогатилось другое лицо, имеет к последнему кондикционный иск о возврате

сделанного предоставления (с плодами, приращениями и т.п.) (D. 12. 4. 7. 1).

§ 156. *Condictio ex causa furtiva* и *condictio ex iniusta causa* (возврат полученного от кражи и по незаконному основанию)

569. Понятие кондикций из противозаконного основания. По этому вопросу в Дигестах имеется следующее указание:

Sabinus probavit veterum opinione existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est (D. 12. 5. 6).

(Сабин одобрял мнение древних юристов, полагавших, что то, что находится у кого-нибудь по незаконному основанию, может быть истребовано с помощью *condictio*; такого мнения держится и Цельз.)

Это место источников понималось некоторыми учеными в том смысле, что в конце республики (когда жил Сабин) сложилось путем обычая общее правило, что факт нахождения в имуществе одного лица ценностей другого по неправомерному основанию дает возможность истребовать от него это незаконное обогащение. Однако новейшие исследования этого вопроса заставляют признать, что приведенный отрывок Дигест нельзя понимать так широко. Именно для классического права можно считать бесспорным, во-первых, существование *condictio ex causa furtiva*: вещи, полученные посредством кражи, естественно, не становятся собственностью вора и могут быть виндицированы собственником: но *odio furum* (по выражению Гая, 4. 4) буквально - "из ненависти к вора", т.е. для предоставления собственнику больших удобств для истребования своих вещей - допустили также и кондикционный иск для возврата полученного посредством кражи (иск, предполагающий деликт - кражу, но основанный все-таки на *res*, на получении вором известных ценностей из имущества другого). Далее, известны были другие отдельные случаи безнравственного или противозаконного получения: *condictio ob turpem causam*, т.е. возврат того, что получено лицом бесчестно, по такому основанию, которое позорит его (сюда можно отнести также и кражу).

Наконец, было допущено применение кондикции в отдельных случаях неправомерного получения лицом известных ценностей за счет другого (*condictio ex iniusta causa*), например, признавалась (хотя не единодушно - Лабеон возражал) кондикция за лицом, насильственно лишенным владения земельным участком (*si quis de fundo vi deiectus sit*) (D. 47. 2. 25. 1); *condictio ex iniusta causa* допускалась для истребования вещей, взятых одним из супругов у другого - *res amotae* (применять к взаимным отношениям между супругами понятие *furtum* находили неудобным) (D. 25. 2. 1; 6. 5; 25); для истребования заложенной вещи по уплате долга, обеспеченного залогом, и доходов, полученных от заложенной вещи после уплаты долга (D. 12. 1. 4. 1).

Случаи *condictio ex causa furtiva*, *ob turpem causam*, *ex iniusta causa* имеют ту особенность, что, наряду с объективным моментом - обогащения одного лица за счет другого (вследствие чего обязательство характеризуется как возникающее *re*, т.е. так же, как реальные контракты, откуда причисление к *obligationes quasi ex contractu*), здесь имеет место и субъективный момент - недобросовестность обогатившегося (должника).

570. *Condictio ex causa furtiva*. *Condictio ex causa furtiva* (или просто *condictio furtiva*) дается только тому, за чей счет обогатился вор, т.е. собственнику вещи (а не всякому вообще заинтересованному), как было бы, если бы это был деликтный иск: *in furtiva re soli domino condictio competit* - из кражи кондикция дается одному только собственнику (D. 13. 1. 1). Ответчиком по иску является только вор (и его наследники - D. 13. 1. 9); всякого рода соучастники и пособники вора отвечают по деликтному иску - *actio furti*, но не по *condictio furtiva*: *proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictio non tenebitur, etsi furti tenetur* - если кража совершена с помощью или по совету какого-нибудь лица, то, хотя оно и отвечает по *actio furti*, по *condictio furtiva* оно отвечать не будет (D. 13. 1. 6).

Предметом *condictio furtiva* является, прежде всего, возврат похищенного; но ввиду

преступного способа получения чужого имущества вор, кроме того, отвечает за случайную гибель вещи (*durat condictio aestimationis eius* - кондикция сохраняется на стоимость вещи) (D. 13. 1. 8. pr.), причем вор обязан в этом случае уплатить наивысшую цену, какую вещь имела за время между похищением и присуждением (D. 13. 1. 8. 1); наконец, по *condictio furtiva* должны быть не только возвращены все фактически полученные плоды, но и все те, какие мог бы получить потерпевший от кражи (D. 13. 1. 20).

571. *Condictio ob turpem* и *ob iniustam causam*. В общем, на тех же положениях строится и присуждение по *condictio ob turpem causam* и по *condictio ob iniustam causam*, предполагая, что безнравственность основания обогащения имеется только на стороне обогатившегося.

Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur (D. 12. 5. 3).

(В тех случаях, когда имеет место порочное поведение и со стороны дающего, и со стороны получающего, мы считаем, что нельзя требовать возврата предоставления, например, если уплатили денежную сумму за неправосудное решение.)

§ 157. Общий иск о возврате неосновательного обогащения (*condictiones sine causa*)

572. Общая *condictio sine causa*. Помимо специальных видов *condictiones*, изложенных в предыдущих параграфах, в источниках встречаются отдельные случаи, когда *condictio* дается в силу одного факта неосновательного обогащения за чужой счет: *condictio sine causa*, без ближайшего определения.

573. Примеры применения общей кондикции. Примеры, относящиеся к классическому праву, можно обобщить так: кондикция дается в тех случаях, когда вещи одного лица фактически потреблены другим или стали принадлежать ему на праве собственности (чужие деньги смешаны с собственными деньгами данного лица), так что собственник вещей утрачивает виндикационный иск для истребования их. В этих случаях, на место утраченной виндикации дается *condictio: consumpta pecunia condictionem habet* - раз деньги израсходованы, дается *condictio* (D. 12. 1. 19. 1). Отдельные случаи такой *condictio sine causa* находим в источниках следующие.

Беглый раб дал займы другому лицу деньги своего *dominus*; так как раб мог передать право собственности на вещи *dominus* только с согласия последнего, то в данном случае *mutuum* не возникал, и *dominus* мог свои *punni* (монеты) виндигировать, при условии, конечно, если они сохранялись у получившего и можно было установить, какие именно монеты принадлежат истцу. "Если же ты (получивший), - говорит юрист, - *sine dolo malo consumpsisti* - без злого умысла израсходовал эти деньги (или, добавим, просто смешал их со своими), можно предъявить *condictio* для истребования соответствующей суммы" (D. 12. 1. 11. 2). Такие же последствия наступают при получении займы от сумасшедшего (D. 44. 7. 24).

Другой пример. Совершенно дарение одним супругом другому, не разрешавшееся в Риме: *si quidem exstet res* (подаренная), *vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior, quis eorum factus est* (D. 24. 1. 5. 18), т.е. если подаренная вещь остается у одаренного, она подлежит виндикации; если она потреблена, дается *condictio* в размере обогащения одаренного супруга. Этот пример стоит как бы на грани между такой общей *condictio sine causa* и *condictio ex iniusta causa*, как говорит Гай в D. 24. 1. 6: *quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasei solet* (т.е. то, что кто-нибудь удерживает в своем имуществе из недозволенного дарения, считается удерживаемым без основания или по неправомерному основанию: из этих оснований обычно вытекает *condictio*).

Встречаются указания на применение *condictio sine causa* даже в таких случаях, когда обогащение одного за счет другого происходит помимо человека, действием

природы; например, *ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt*, т.е. то, что принесено силой течения, может быть истребовано посредством *condictio* (D. 12. 4. 2).

Разновидность *condictio sine causa* представляет случай, когда известная ценность поступает в имущество данного лица на законном основании, но затем это основание отпало (*causa finita*); например, в обеспечение обязательства был дан задаток: обязательство исполнено, а задаток остался у кредитора; его можно истребовать посредством *condictio sine causa* (D. 19. 1. 11. 6); другой пример: *condictio sine causa* давалась для истребования расписки должника, оставшейся у кредитора, несмотря на погашение долга (C. 4. 9. 2).

Раздел IX

ДЕЛИКТНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И КВАЗИДЕЛИКТЫ

Глава 39

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ИЗ ДЕЛИКТОВ

§ 158. Публичные и частные деликты

574. В ряду оснований возникновения обязательств видное место занимают деликты, *delicta, maleficia*. Деликт - это противоправное действие, правонарушение. В зависимости от последствий, связанных с деликтами, они разделялись в римском праве на публичные деликты, *delicta publica*, и частные, *delicta privata* [22]. Публичными деликтами были те, которые признавались нарушающими интересы государства в целом и влекли за собою телесное наказание, а иногда и смертную казнь - *crimina capitalia* - или имущественное взыскание, по общему правилу поступавшее в доход государства. Дела об этих деликтах были подведомственны особым уголовным судам и разрешались по специальным правилам судопроизводства. Наоборот, частные деликты рассматривались как посягательства только на интересы частных лиц; иски из таких деликтов предъявлялись потерпевшими частными лицами. Денежные штрафы, на взыскание которых были направлены эти иски, поступали потерпевшему и взыскивались в общем порядке, установленном для разрешения имущественных споров. В том же порядке рассматривались и дела о тех *delicta privata*, которые в древнейшее время влекли за собою телесное наказание.

Несмотря на то что со времени законов XII таблиц и до периода империи римская система частных деликтов претерпела значительные изменения, и выработанные претором и юристами положения постепенно смягчили казуистический характер древнейшего права в этой области, однако римское право никогда не вырабатывало общего принципа, в силу которого подлежал бы возмещению всякий имущественный вред, причиненный противоправным действием. Наоборот, деяние признавалось деликтом лишь при существовании соответствующей особой нормы о данном роде деяний - если оно было отнесено к числу деликтов законом или преторским правом. Существовал и последовательно пополнялся круг деликтов, но не было единого понятия деликта. В этом смысле ход развития обязательств из деликтов родствен процессу развития договорных обязательств, которые также навсегда остались в римском праве обязательствами из признанных правом контрактов и приравненных к ним соглашений, но не обязательствами из любого законного соглашения. Тем не менее в ходе исторического развития обязательств из деликтов сложились некоторые черты, общие для всех деликтных исков и определившие тем самым основное содержание обязательств из деликтов.

§ 159. Развитие частных деликтов

575. Период частной мести. Можно думать, что обязательства из деликтов исторически предшествовали обязательствам из контрактов. И вполне вероятно, как то думают многие историки римского права (Жирар, Покровский), что понятию обязательства из деликтов предшествовала мысль об ответственности правонарушителя, выражавшейся в том, что он обрекался мести потерпевшего. Лишь

недавно начавшее крепнуть государство еще не брало на себя воздействия на правонарушителя, оставляя право этого воздействия за потерпевшим. Это - первая стадия развития правовых норм, относящихся к деликтам.

576. Период добровольных соглашений о замене частной мести возмещением вреда. Совершенно понятно, однако, что скоро в интересах поддержания необходимого господствующим классам спокойствия и порядка государство оказалось вынужденным определить с известной степенью точности условия, при которых месть потерпевшего является правомерной и исключает новую месть со стороны того, на кого она была направлена. А в то же время и по тем же соображениям целесообразным оказалось и охранять соглашения правонарушителя с потерпевшим, в силу которых потерпевший отказывался от частной мести, получая от нарушителя определенное имущественное возмещение. Это вторая стадия развития обязательства из деликтов, отражаемая законами XII таблиц в постановлениях о посягательствах на личность *iniuria*. Законы XII таблиц допускают месть за членовредительство, *membrum ruptum*, если не состоялось добровольное соглашение между сторонами: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*.

577. Период композиций. Следующая, третья стадия развития обязательств из деликтов знаменуется установлением государством обязательных композиций, т.е. штрафов, которые правонарушитель уплачивает потерпевшему, но которыми последний обязан удовлетвориться, не прибегая уже к мести. Переход к этой стадии также находит себе выражение в законах XII таблиц: уплата денежного штрафа может быть, как указано выше, установлена соглашением сторон в случаях членовредительства, *membrum ruptum*, но она является единственным юридическим последствием менее тяжких ранений, *os fractum*. Точно так же мщение может быть устранено соглашением сторон о штрафе, если вор задержан с поличным, наоборот, только к уплате денежного возмещения присуждается вор, не задержанный с поличным.

578. Развитие понятие деликта. Наконец, в последней стадии развития обязательств из деликтов некоторые *delicta privata* становятся *delicta publica*. Обостряющаяся классовая борьба и растущие противоречия внутри класса рабовладельцев побуждают уже государство считать нарушающими не только частные, но и общегосударственные интересы отдельные деяния, с которыми первоначально связывалось только удовлетворение непосредственно потерпевшего лица или его семьи: убийство, а при определенных условиях и некоторые насильственные действия и т.п. начинают преследоваться государством независимо от воли потерпевшего и влекут за собою наказание, налагаемое государством в порядке осуществления уголовного правосудия.

§ 160. Характерные черты частных деликтов

579. Прекращение обязательства смертью правонарушителя. Описанный ход исторического развития, неразрывно связанный с обострением классовой борьбы в Риме, ростом пауперизации низших слоев населения и все большей неустойчивостью власти господствующих классов, сказался целым рядом черт на системе обязательств из частных деликтов в развитом римском праве. Так, только историческим происхождением этих обязательств объясняется правило о прекращении, по крайней мере некоторых из них, смертью потерпевшего и общее правило о прекращении этих обязательств смертью правонарушителя, но не его *capitis deminutio*: месть, по воззрению римлян, должна быть направлена на виновника правонарушения, но не на его наследников, в то же время *capitis deminutio*, изменявшая правовое положение человека, не отражалась на его физическом существовании, а только оно и было нужно для осуществления мести.

580. Ответственность нескольких правонарушителей. Только исконной идеей мести может быть объяснено то, что в случае совместного совершения деликта несколькими лицами штрафной иск мог быть предъявлен к каждому из них отдельно, что размер подлежавшего уплате штрафа в ряде случаев значительно превышал размер убытков потерпевшего, что иски погашались краткой годичной давностью: тот, кто не мстит тотчас же, предполагается простившим.

581. Особенности ноксальной ответственности. Историческим происхождением деликтных обязательств объясняются и особенности *actiones pothales*: эти иски о возмещении ущерба или о выдаче причинивших ущерб животных или рабов, предъявлялись не к собственнику животного или раба, а к тому, кто владел ими в момент предъявления иска, и имели целью дать потерпевшему возможность либо получить возмещение ущерба, если владелец животного или раба согласится возместить ущерб, либо проявить свое чувство мести в отношении животного или раба, если владелец животного или раба предпочтет выдать того или другого потерпевшему.

Как ни значительны были следы исторического происхождения обязательств из деликтов, однако со временем, наряду с исками, направленными на взыскание роепа, частного штрафа, заменившего древнейшую месть, появились и другие иски, направленные на возмещение причиненных деликтом убытков в собственном смысле слова. А Институции Юстиниана, вслед за Гаем, различают даже три вида исков из деликтов: а) *actiones pothales*, штрафные иски; б) *actiones rei persecutoriae*, иски, направленные на возмещение причиненного деликтом вреда, и в) *actiones mixtae*, иски, направленные одновременно как на взыскание штрафа, так и на возмещение убытков (Гай. 4. 6 - 9; I. 4. 6. 16 - 19) (см. п. 56). Однако значение этого деления исков из деликтов на три категории представляется не вполне ясным. Можно сказать с определенностью одно: юристы в отдельных случаях ссылаются на это деление для того, чтобы оправдать отступление от тех начал, которым обязательства из деликтов были подчинены в древнейшее время: так, переход иска к наследникам потерпевшего обосновывается в отдельных случаях тем, что *actio habet (continet) rei persecutionem* (D. 4. 2. 16, 2; D. 4. 7. 46). Тем же соображением обосновывается отпадение иска против лиц, причинивших вред совместно с нарушителем, уже возместившим потерпевшему убытки (D. 4. 2. 14. 15; D. 4. 3. 17), и т.п.

Несомненно и другое: весь ход развития римского права в области деликтов, постепенный переход от некогда твердо фиксированной роепа к возмещению причиненных деликтом убытков ясно свидетельствует о возрастании роли денег в римском хозяйстве, о развитии обмена, об усилении значения торговли. Однако от следов своего исторического происхождения римская система деликтов не освободилась никогда, как не освободилось от них и римское договорное право.

Глава 40

ОТДЕЛЬНЫЕ ДЕЛИКТЫ

§ 161. Iniuria

582. *Iniuria* по древнему цивильному праву. *Iniuria*, посягательство на личность, претерпевает, в качестве основания возникновения обязательств, значительные изменения начиная с законов XII таблиц и вплоть до периода империи.

В законах XII таблиц *iniuria* - это посягательство только на телесную неприкосновенность римского гражданина, и притом посягательство, выражающееся в определенных, предусмотренных законом действиях, из которых каждое влечет за собою отличные от других последствия. Законы XII таблиц знают три вида *iniuria*:

(1) Самую тяжкую степень составляет членовредительство, *membrum ruptum*, которое влечет за собою мщение потерпевшего по началу: око за око, зуб за зуб (*talio*), если не достигнуто соглашение между сторонами: *si membrum rupsit ni cum eo pacit talio esto*.

(2) Вторую степень составляют менее тяжкие повреждения, *os fractum*, которые влекут за собою уже только обязанность уплатить потерпевшему штраф в размере 300 ассов, если потерпевшим был свободный человек, и в размере 150 ассов, если ранение причинено рабу.

(3) Наконец, третьей, наиболее легкой степенью *iniuria* было нанесение побоев (без ранения), оскорбительных ударов и т.п. - *verberatio, pulsatio* - которые влекли за собою обязанность нанесшего их уплатить штраф в 25 ассов.

Таким образом, в законах XII таблиц *iniuria* охватывает только посягательства на телесную неприкосновенность, которые влекут за собою обязанность уплаты штрафа в раз навсегда для отдельных видов *iniuria* установленном размере.

583. *Iniuria* по преторскому праву. Обе эти черты деликта *iniuria* были глубоко изменены преторским правом. Из посягательства на физическую неприкосновенность *iniuria* была превращена в деликт против личности вообще, в посягательство как на телесную неприкосновенность, так и на личные нематериальные блага человека: честь, семейные отношения и т.п. Некоторые исследователи (как, например, Иеринг) отмечают двойственную функцию *iniuria* в той постановке, какую придало этому деликту преторское право: "реалистическую", при помощи которой охранялась физическая личность, и "идеальную", служившую делу защиты как нематериальных личных благ, так и главным образом стоявших за ними имущественных интересов господствующих групп, не находивших себе иного способа защиты в римской системе деликтных обязательств.

Но претор не только значительно расширил понятие *iniuria*. Он соответственно изменил и порядок ответственности за *iniuria*: вместо исков о взыскании твердо установленных сумм штрафа была введена *actio iniuriarum aestimatoria*, по которой сумма штрафа, при наличии *iniuria atrox*, в каждом отдельном случае устанавливалась претором, а в остальных случаях определялась судьей *in iudicio*.

584. Дальнейшее развитие *iniuria*. Дальнейшее развитие ответственности за *iniuria* заключалось в том, что изданный во время диктатуры Суллы закон *lex Cornelia de iniuriis* превратил в *delicta publica* отдельные виды физических посягательств на личность и насильственное вторжение в чужое жилище: *pulsare, verberare, vi domum introire*. Императорское законодательство распространило уголовную ответственность и на другие виды *iniuria*, и в конце концов предоставило потерпевшему во всех случаях *iniuria* право выбора между *actio iniuriarum aestimatoria* и уголовным преследованием. Это последнее и стало, по свидетельству Гермогениана, обычным последствием *iniuria*.

Таким образом, в исторической судьбе *iniuria* отражаются все основные черты истории римских деликтов вообще: исторический путь роепа от акта частной мести через добровольную, а отчасти и обязательную композицию, к наказанию, налагаемому уголовным судом, и постепенный переход от крайне казуистической характеристики состава деликта к более обобщенному его определению.

§ 162. Furtum

585. Содержание *furtum*. Своеобразен и интересен и второй известный уже законам XII таблиц деликт; воровство, *furtum*. Основной деликт против собственности *furtum* не совпадал, однако, с кражей в современном смысле. Его содержание было шире: это был деликт против имущественных прав вообще.

Павел говорил, что -

furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve (D. 47. 2. 1. 3).

(кража есть намеренное в целях создания для себя выгоды присвоение себе или самой вещи, или даже пользования ею, либо владения.)

Таким образом, для наличия *furtum* нужно было намерение создать для себя имущественную выгоду противоправным воздействием на чужую и, согласно возобладавшему взгляду юристов, движимую вещь, нужен был *animus furandi*. Нужно было, чтобы нарушитель действовал *invito domino*, т.е. против воли собственника. Но самая *contrectatio* могла заключаться не только в тайном похищении вещи, подобно современной краже, не только в присвоении найденной вещи и не только в деянии раба, который, совершая побег, сам похищал себя у господина (D. 47. 2. 61), но также и в действиях, которые в современном праве были бы признаны присвоением, растратой или мошенничеством.

Более того, с некоторого времени наряду с *furtum rei* появился *furtum usus*, деликт,

заклучавшийся в противоправном пользовании вещь, например со стороны депозитария, принявшего вещь на хранение без права пользования ею со стороны нанимателя или ссудополучателя, которые пользуются чужой вещь противно договору найма или ссуды, а также *furtum possessionis*, заклучавшийся в лишении владения вещь лица, управомоченного на такое владение, например залогодержателя по ручному залогоу, добросовестного владельца, у которых вещь должна быть отобрана не иначе как по суду, и т.п.

586. *Furtum manifestum* и *pec manifestum*. По законам XII таблиц *furtum* влек за собой штрафной иск, *actio furti*, направленный на уплату двойной стоимости похищенной вещи (*in duplum*), если это был *furtum pec manifestum*, т.е. когда вор не был пойман с поличным.

При наличии же *furtum manifestum*, т.е. в случае, когда вор пойман с поличным, он подвергался телесному наказанию. Этим наказанием могло быть даже немедленное убийство вора в случаях вооруженной или ночной кражи. В остальных случаях *furtum manifestum* магистрат отдает - *addicit* вора потерпевшему, и было спорно, становился ли вор немедленно рабом потерпевшего или пребывал в течение 60 дней в правовом положении *iudicatus*, т.е. должника, который в случае невыкупа его в течение указанного срока третьим лицом мог быть продан в рабство *trans Tiberim* (Гай. 3. 189).

С различиями в последствиях *furtum pec manifestum* и *furtum manifestum* связаны и постановления законов XII таблиц о порядке производства обыска. Первый - торжественный с соблюдением особых формальностей, обыск *lance licioque* влек за собою ответственность, как за *furtum manifestum* лица, у которого украденная вещь была обнаружена путем такого обыска. Второй вид обыска, производившегося без соблюдения особых формальностей, но в присутствии свидетелей, влек за собою ответственность по *actio furti concepti in triplum*, т.е. в размере тройной стоимости похищенной вещи, лица, у которого эта вещь была обнаружена и которое вправе было предъявить в порядке регресса *actio furti oblati* в том же размере к тому, у кого вещь была им добросовестно приобретена.

На почве преторских реформ система штрафных исков из *furtum* изменилась: наряду с *actio furti pec manifesti in duplum*, с *actio furti concepti* и *actio furti oblati in triplum* претор, упразднив телесное наказание за *furtum manifestum* и приравнивавшиеся к нему случаи, ввел для всех этих случаев три иска *in quadruplum*: *actio furti manifesti* против вора, задержанного с поличным, *actio furti non exhibiti* против того, у кого вещь была обнаружена путем обыска, и *actio furti prohibiti* против того, кто сопротивлялся такому обыску.

Но уже задолго до времени Юстиниана *actiones furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti* отпали, и в праве Юстиниана сохраняется единый штрафной инфамирующий иск *actio furti* против воров, пособников и укрывателей, направленный на взыскание двойной стоимости вещи в случаях *furtum pec manifestum* и четверной в случаях *furtum manifestum*. Этот иск может быть предъявлен не только собственником, но и владельцем вещи, и *detentor*'ом, и вообще любым лицом, интересы которого нарушены *furtum*'ом.

Существование наряду с штрафным иском *actio furti* также и *actiones rei persecutoriae* обуславливалось простым и очевидным положением: воровство не может служить основанием возникновения права собственности. Поэтому, независимо от ответственности по *actio furti*, вор обязан возвратить похищенную вещь. Ее возвращение обеспечивали на общих началах виндикации, *actio ad exhibendum*, *interdictum utrubi*, а также иски из договоров, на основании которых вещь обладало лицо, совершившее *furtum usus*: *actio depositi directa*, *actio commodati directa* и т.п.

Но в тех случаях, когда предъявление этих исков было невозможно, как, например, предъявление виндикации после гибели похищенной вещи, потерпевший вынужден был ограничиться предъявлением *actio furti*. В целях ее восполнения и была введена *condictio furtiva*, которую собственник похищенной вещи, но не другое

потерпевшее лицо, был вправе предъявить вместо виндикации. Явно противореча общим началам, согласно которым право собственности защищалось не обязательственным, а вещным иском, *condictio furtiva* была вместе с тем чистой *actio rei persecutoria*: в отличие от штрафной *actio furti*, этот иск прекращался не смертью, а *capitis deminutio* ответчика, а равно и возмещением вреда одним из лиц, совместно причинивших его, и не мог быть предъявлен в качестве *actio poxalis*.

§ 163. *Damnum iniuria datum*

587. Закон Аквилія. Есть основание думать, что наряду с *iniuria* и *furtum* как законы XII таблиц, так и дальнейшее законодательство знали и другие деликты: деяния, причинявшие другому лицу имущественный вред, но без наличия у делинквента *animus furandi*, без намерения *lucrum sibi faciendi*. Отдельные случаи такой ответственности были до известной степени обобщены плебисцитом, принятым по инициативе трибуна Аквилія (время издания неизвестно) и получившим название *lex Aquilia*. Ульпиан говорил:

Lex Aquilia omnibus legibus quae ante se de damno iniuriae loquae sunt, derogavit, sive XII Tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse (D. 9. 2. 1. pr.).

(Закон Аквилія отменил все предшествовавшие постановления о неправомерно причиненном вреде, как законов XII таблиц, так и другие, на которые ныне нет надобности ссылаться.)

Lex Aquilia состояла из трех глав.

- (1) Первая устанавливала ответственность за убийство раба или животного.
- (2) Вторая регулировала ответственность *adstipulator'a* за ущерб, причиненный основному кредитору, *stipulator'у*, освобождением должника от обязательства.
- (3) Третья определяла ответственность за ранение чужого раба или животного и за уничтожение или повреждение чужой вещи.

Для ответственности за убийство или ранение раба или животного, а также за уничтожение или повреждение чужой вещи нужно было наличие некоторых особых условий.

- (1) Вред должен был быть причинен *corpore*, непосредственно действием правонарушителя: для применения закона правонарушитель должен был убить животное, а не причинить ему смерть, вызвав, например, испуг, побудивший животное совершить смертельный прыжок в пропасть.
- (2) Вред должен был быть причинен *corpore*, непосредственным материальным воздействием на чужого раба, на чужое животное или вещь; таким вредом не считалось, например, снятие оков с раба, который тем самым получал возможность бежать от господина, или открытие клетки, из которой вылетела птица.
- (3) Наконец, вред должен был быть причинен собственнику раба, животного или вещи; других лиц, заинтересованных в неприкосновенности пострадавшего имущества, *lex Aquilia* не охраняла.

Кроме того, причинение вреда должно было быть виновным. При этом требовался не умысел, а небрежность, хотя бы и легкая. При наличии указанных условий вред подлежал возмещению в размере высшей стоимости, какую убитый раб или животное имели в последний до убийства год, и высшей стоимости, какую раненый раб, или животное, либо поврежденная вещь имели в последний месяц до учинения над ними деликта, а при деликте *adstipulator'a* - в размере суммы долга, от уплаты которого должник был освобожден *adstipulator'ом*. Сумма подлежавшего возмещению убытка удваивалась в случае отрицания виновником своей ответственности (*crescit in duplum contra infitiantem*).

588. *Actio legis Aquiliae*. Юстиниан, как и Гай, считал иск из *lex Aquilia* одновременно *actio poenalis* и *actio rei persecutoria*. Штрафной характер иска проявлялся во взыскании не действительно нанесенного ущерба, а высшей стоимости, раба, животного или вещи в последний год или месяц перед совершением деликта, а

также в том, что подлежащая возмещению сумма удваивалась в случае отрицания ответчиком своей ответственности. Подобно штрафным искам, иск из *lex Aquilia* мог предъявляться наряду с *actiones rei persecutoriae*. Этот иск мог предъявляться к каждому из нескольких лиц, совместно причинивших вред; он предъявлялся в качестве *actio poxalis*, если причинитель вреда был *persona alieni iuris*, прекращался со смертью делинквента, наследники которого несли, однако, в период империи ответственность в пределах своего обогащения.

589. Расширение сферы действия. Преторское право и практика применения *lex Aquilia* юристами значительно расширили сферу действия этого закона: была признана ответственность за вред, хотя бы он и не был *damnum corpore corpori datum*. И если не вполне ясно, предоставлял ли претор во всех таких случаях *actio utilis*, или для случаев, когда вред не был причинен *corpore*, был введен особый иск, то несомненно, что иск из *lex Aquilia* стал со временем предоставляться наряду с собственниками также и носителям ограниченных вещных прав на потерпевшего раба или вещь, а равно и владельцам и даже *detentor*'ам и, наконец, кредиторам собственника убитого или раненого раба или уничтоженной либо поврежденной вещи. Таким образом, не выдвинув соответствующего общего правила, римское право практически обеспечивало возмещение всякого вреда, виновно причиненного чужому имуществу.

От практики применения *lex Aquilia* и ведут свое происхождение основные начала деликтной ответственности в гражданских кодексах ряда капиталистических стран.

§ 164. Rapina

589-а. *Rapina*, грабеж, первоначально не выделялся из *furtum*, и грабитель должен был отвечать как *fur manifestus* или как *fur nec manifestus*, в зависимости от того, был ли он задержан при совершении деликта или нет. Практически это приводило к тому, что большей частью грабитель отвечал, как *fur nec manifestus* ибо обыкновенно ему удавалось скрыться. В целях усиления репрессии грабежа претор Лукулл в 76 г. до н.э. ввел особый иск *actio vi bonorum raptorum*, первоначально чисто штрафной, а в праве Юстиниана - смешанный. Во всяком случае, по истечении года со дня грабежа ответственность понижалась до простого возмещения убытков.

§ 165. Metus и dolus

590. *Metus*. *Metus*, угрозы, направленные на склонение другого лица к совершению юридической сделки или действий фактического характера, стали признаваться деликтом со времени введения претором Октавием, несколько ранее эдикта Лукулла о *rapina* особого иска *actio quod metus causa*. Этот иск, направленный на возмещение *in quadruplum* причиненного угрозами вреда, принадлежал, однако, к числу *actiones arbitrariae* (п. 63). Ответчик, добровольно выдав истцу по предложению судьи неправомерно полученное им, освобождался от ответственности.

Но в то же время *actio quod metus causa* могла быть предъявлена не только к лицу, побудившему угрозами истца совершить определенные действия, но, вместо него, и к другим лицам, получившим от этих действий какие-нибудь выгоды. К этим лицам иск предъявляется *in quadruplum* полученного ими обогащения.

590-а. *Dolus*, обман, мошенничество вошел в ряд деликтов со времени введения претором и известным юристом *Gallus Aquilius* 66 г. до н.э. инфамирующего иска *actio doli*, направленного на простое возмещение причиненного обманом вреда. В некоторых случаях для избежания инфамирующих последствий этого иска, *actio doli* заменялась простой *actio in factum*. Вследствие недостаточной определенности понятия *actio doli* под это понятие подводили весьма разнообразные отношения, и *actio doli* так же, как и *actio in factum*, нередко использовалась юристами в случаях, когда затруднительно было подыскать другой подходящий иск. Таким образом, иски из *dolus* стали играть субсидиарную роль, значительно расширив область деликтной ответственности.

§ 166. Fraus creditorum

591. Сделки *in fraudem creditorum*. *Fraus creditorum* - совершение должником

сделок, направленных на уменьшение его имущества с целью укрыть это имущество от обращения на него взыскания кредиторами. Понятно, что такие деяния *in fraudem creditorum* могли быть признаны деликтом только после того, как обычной формой принудительного исполнения судебных решений стало обращение взыскания на имущество должника: ввод кредитора во владение имуществом должника, *missio in possessionem* и затем продажа этого имущества с публичных торгов (*venditio bonorum*). Иск к должнику, умышленные действия которого привели к уменьшению имущества, служившего источником покрытия требований кредиторов, получивший название *actio Pauliana* по имени оставшегося неизвестным претора, применялся уже во времена Цицерона. Иск был направлен на поворот сделки, совершенной должником во вред кредиторам, и возвращение соответствующих вещей или прав в состав имущества должника. Предъявление *actio Pauliana* предполагало наличие некоторых определенных условий.

(1) Имущество должника должно было быть уменьшено соответствующим действием, хотя бы и отрицательным, например пропуском срока для предъявления определенного иска.

(2) Должник должен был действовать, зная о том, что он уменьшает свое имущество. Намерения причинить вред кредиторам не требовалось. Достаточно было, чтобы должник был *conscius fraudis*.

(3) Наконец, для предъявления иска не к должнику, а к третьему лицу - контрагенту должника по сделке, или лицу, которое получило известную выгоду от действия или бездействия должника, надо было, чтобы это лицо также сознавало вредные для кредитора последствия действий должника, также было *conscius fraudis*.

Преторский эдикт, которым была введена *actio Pauliana*, требовал наличия этого условия во всех случаях. Однако практика стала считать его необходимым только в случаях возмездного предоставления должником выгоды третьему лицу, когда это третье лицо в споре с кредиторами своего контрагента стремилось избежать ущерба, *certat de damno evitando*. Если же выгода была предоставлена должником третьему лицу безвозмездно и это лицо спорило с кредиторами в целях сохранения этой выгоды, *certat de lucro cessando*, это лицо рассматривалось всегда как *conscius fraudis*.

592. Истец и ответчик по *actio Pauliana*. При наличии этих условий иск предъявлялся от имени всех кредиторов особым *curator bonorum*, которого назначал претор. Ответчиком по иску был, по усмотрению истца, либо должник, либо третье лицо, к которому перешло имущество должника. Разумеется, предъявление иска к третьему лицу более соответствовало интересам кредитора. Предметом иска было возмещение всего ущерба, причиненного кредиторам действиями должника, или выдача обогащения, если ответчик - третье лицо не был *conscius fraudis*, а также по истечении года со дня совершения должником действия, причинившего вред кредиторам. Только в объеме обогащения мог быть предъявлен иск и к наследникам ответственных лиц.

По образцу *actio Pauliana* сложилось оспаривание сделок, совершенных во вред кредиторам, также и в современных капиталистических государствах.

Глава 41

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК БЫ ИЗ ДЕЛИКТОВ (КВАЗИДЕЛИКТЫ)

§ 167. Понятие обязательств *quasi ex delicto*

593. Основания возникновения обязательств были сведены в римском праве в конечном его развитии к четырем: контракт, деликт, квазиконтракт, квазиделикт (п. 432).

Эта классификация оснований возникновения обязательств вслед за Гаем была воспроизведена Институциями Юстиниана (I. 3. 13. 2; 3. 27. 4. 5).

Ее нельзя, однако, не признать мало удачной: если трудно уловить общие черты

фактических положений, отнесенных Гаем, и вслед за ним Юстинианом, к числу квазиконтрактов, а также найти признаки, сближающие их с контрактами (см. п. 432), то не менее трудно на основании четырех приведенных Гаем и воспроизведенных Юстинианом примеров квазиделиктов построить общее понятие квазиделикта. Поэтому современные исследователи римского права (Покровский, Жирар и др.) обыкновенно ограничиваются воспроизведением этих примеров и указанием на то, что перечень квазиделиктов можно было бы значительно удлинить, включив в него, в частности, ряд случаев, в которых в связи с определенными другими правоотношениями признавалась обязанность возмещения невиновно причиненного вреда, например, при предъявлении *actio quod metus causa* или *actio Pauliana* не к лицу, учинившему *metus*, или к должнику, действовавшему *in fraudem creditoris*, а к третьему лицу, которое, не будучи соучастником, извлекло, однако, выгоду из действий лица, виновного в совершении *metus*, или из сделки должника, совершенной во вред кредиторам (п. 591).

§ 168. Отдельные виды квазиделиктов

594. *Iudex litem suam fecit*. Институты Юстиниана так же, как Институты Гая, приводят следующие примеры обязательства из квазиделиктов.

Ответственность судьи за умышленно неправильное или небрежное разрешение судебного дела или за нарушение каких-либо судебных обязанностей, например за неявку в назначенный день для рассмотрения дела. В этих случаях судья "делает процесс своим", *litem suam fecit*, т.е. становится ответственным, по-видимому, за весь ущерб, понесенный потерпевшей от его действий стороной.

595. *Actio de effusis et deiectis*. Ответственность на основании преторского иска, *actio de effusis et deiectis*, лица, из дома которого, хотя бы и без вины хозяина, было что-нибудь вылито или выброшено на улицу или на площадь. Собственник потерпевшего от такого действия раба или животного так же, как и собственник поврежденной вещи, был вправе предъявить иск в двойной сумме понесенного ущерба. Свободному человеку, которому указанными действиями было нанесено ранение, давалась *actio in bonum et aequum concepta* о возмещении понесенного им убытка. Наконец, если была причинена смерть свободному человеку, любое лицо было вправе предъявить популярный иск (*actio popularis*) о взыскании с хозяина дома штрафа в сумме 50 тыс. сестерций.

596. *Actio de positis et suspensis*. Такая же *actio popularis*, носившая в этом случае название *actio de positis et suspensis*, давалась любому желающему против хозяина дома, если у этого дома что-нибудь было поставлено или повешено так, что могло причинить вред прохожим (небрежно повешенные вывески и т.п.). Предметом иска было взыскание штрафа в сумме 10 тысяч сестерций.

597. Ответственность *pautarum*, *cauponum*, *stabilariorum* за деликты их слуг. Преторские иски, которые давались против хозяина корабля, содержателей гостиниц и постоялых дворов, за *dolus* и *furtum* совершенные их слугами на корабле, в гостинице, или на постоялом дворе по отношению к проезжающим. Предметом иска было взыскание двойного размера ущерба, понесенного проезжающим. Таким образом проезжающие наделялись энергичными средствами защиты: им давался иск против хозяина корабля, гостиницы или постоялого двора из *receptum pautarum* (п. 547). Они могли предъявить соответствующий деликтный иск к непосредственному виновнику вреда - слуге и, наконец, вместо иска к непосредственному виновнику вреда - слуге, они могли предъявить иск о возмещении в двойном размере понесенного ими вреда к хозяину корабля или гостиницы, который по общему правилу был, разумеется, более платежеспособен, чем слуга.

[1] Мы не отрицаем, конечно, что видные римские юристы, насколько мы их знаем, были очень образованными людьми, превосходно знали труды своих предшественников и сложившуюся практику применения законов и эдиктов, великолепно сознавали потребности жизни, умели находить формулировки, в полной

мере отвечающие интересам господствующего класса, и были первоклассными стилистами. Они вообще являлись очень культурными, по тогдашним понятиям, людьми.

[2] Следует иметь в виду, что наш основной источник сведений о сочинениях юристов - Дигесты Юстиниана - представляет собой лишь небольшие отрывки из сочинений лишь очень небольшого числа юристов. Многих, даже очень видных юристов, мы знаем лишь по упоминаниям их имени позднейшими юристами и по отдельным цитатам из их сочинений. Несомненно, что о большинстве юристов мы просто ничего не знаем и никогда не узнаем. Ясно, что дошедшие до нас источники римского частного права являются лишь очень небольшой частью действительно существовавших источников.

[3] Однако во Франции работал величайший средневековый исследователь истории римского права Куяций (XVI в.), труды которого в ряде отношений и до сих пор не утратили своего значения.

[4] На русском языке см.: Фрезе. О греко-египетских папирусах (1908); Он же. Греко-египетские частно-правовые документы (1911).

[5] Об *exceptio doli* и *metus causa* см. 385 и 388.

[6] Относительно *metus*, *error*, *dolus malus* см. ниже пп. 383, 387, 390.

[7] Об *infamia* см. п. 126.

[8] Можно предполагать, что термином *Quirites* обозначалось одно из древнейших племен, вошедших в состав Рима.

[9] В памятниках позднейшего периода слово *familia* часто обозначает также совокупность рабов, принадлежащих определенному лицу.

[10] Впрочем, подлинность последних слов возбуждает сомнение: быть может, они интерполированы, см. Monier. Manuel elementaire de droit romain. I. 5 изд. 1945. Стр. 342. Прим. 1.

[11] В Дигестах говорится: противно природе, чтобы, если я держу какую-либо вещь, и ты рассматривался бы как держащий ее (D. 41. 2. 3. 5).

[12] Передача имущества посредством *mancipatio* подвластному сыну была невозможна, ибо сделка *paterfamilias* с подвластным не имела бы юридической силы.

[13] Т.е. не по весу металла.

[14] Иппоцентавр - мифическое животное с ногами лошади и туловищем и головой человека.

[15] См. схему на стр. 297.

[16] См. схему на стр. 297.

[17] Как было указано выше (п. 216), залог относится к числу прав на чужие вещи. Тем не менее мы излагаем залог в составе обязательственного права, так как залог служит прежде всего целям обеспечения обязательства.

[18] О ноксальной ответственности см. п. 581.

[19] Найденные в Трансильвании восковые таблицы (Трансильванские триптихи) представляют собой документы юридических сделок (купли-продажи, заемных стипуляций, договоров товарищества, а также *locatio-conductio operarum*). Эти документы относятся ко II в. н.э. (приблизительно 131 - 167 гг.).

[20] "Свободных профессий" в смысле профессий, которыми может заниматься свободное лицо.

[21] Ср.: Monier. Manuel elementaire de droit romain. II. 1944. Стр. 240 и сл.

[22] Термин *delicta publica* неизвестен источникам римского права. Источники употребляют выражения *iudicia publica*, *crimina*. Термин *delicta publica* - позднейшего происхождения и получил широкое распространение как термин, отчетливо

противопологающий соответствующую группу деликтов той группе, которую источники называют *delicta privata*. Изучение *delicta publica* не входит в задачи настоящего учебника.