



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

HDI



HL 400W 1

A7

Purkha, C. F.

Kurs rimsk. grahd. prava.



HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 1 1929

6

6. —

КУРСЪ
РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

6787 3 AON

V^c

КУРСЪ Римскаго Гражданскаго Права

ПРОФЕССОРА Г. Ф. ПУХТЫ.

ПЕРЕВОДЪ СЪ ПОСЛѢДНЯГО НѢМЕЦКАГО ИЗДАНІЯ ПРОФ. РУДОРФА.

ТОМЪ I.

Изданіе Э. Н. Плевако.

МОСКВА.

Типографія „Соврем. Изв“, Знаменка, Ваганьковскій пер., д. Игнатъевой.

1874.

Настоящее изданіе вызвано недостаткомъ въ русской юридической литературѣ хорошаго и полнаго курса „Римскаго Гражданскаго права“. Оно представляетъ собою переводъ подробныхъ лекцій покойнаго профессора Пухты (Vorlesungen ueber das heutige Roemische Recht), дополненный извлеченіями изъ краткаго, конспективнаго учебника того же автора (Pandekten). Хотя предметомъ этихъ лекцій служитъ Римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно получило примѣненіе въ Германіи, тѣмъ не менѣе нельзя не признать за ними громадное значеніе для изученія Римскаго права вообще, такъ какъ въ нихъ сжатость изложенія соединяется съ основательною и подробною разработкою всѣхъ вопросовъ этого права.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе.

§ 1—9.

	стр.
Римское право настоящаго времени	1
Отношеніе римскаго права къ прочимъ правамъ, дѣйствующимъ въ Германіи	12
Система и литература нынѣшняго римскаго права	21

КНИГА I.

О юридическихъ нормахъ

§§ 10—21.

Глава I. Источники права.

Возникновеніе права	29
Обычное право	33
Познаваніе обычнаго права	36
Недостатки способовъ познаванія обычнаго права	39
Положительное право	41
Источники познаванія положительнаго права	44
Разумъ закона, изъясненіе (Auslegung) и интерпретація его	46
Научное право. (§ 10—16).	50

Глава II. Отношеніе юридическихъ нормъ другъ къ другу.

Отмѣна правоположеній	55
Модификація правоположеній	56

II

Противорѣчія (§ 17—19)	стр. 58
----------------------------------	---------

ГЛАВА III. ОТНОШЕНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ КЪ НЕЮРИДИЧЕСКИМЪ ПРИНЦИПАМЪ.

Нравственность и религія.	62
Благо (§ 20—21)	63

КНИГА II.

О ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ.

§§ 22—107.

ГЛАВА I. Лица.

Понятіе о лицѣ	67
Вліяніе индивидуальныхъ свойствъ.	68
Юридическія лица	72
О возникновеніи и прекращеніи юридическихъ лицъ (§ 22—28).	81

ГЛАВА II. СОДЕРЖАНІЕ ПРАВЪ.

Юридическія отношенія и права	85
Основаніе правъ.	86
Различное содержаніе правъ.	90
Различіе правъ по положенію ихъ субъектовъ.	91
Имущественное право.	92
О вещахъ и ихъ свойствахъ	93
Цѣна.	108
Семейственное право	114
Вліяніе общественнаго и церковнаго положенія лицъ на гражданское право.	121
Различіе правъ по ихъ объектамъ (§ 29—46).	124

ГЛАВА III. ВОЗНИКНОВЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ПРАВЪ. (§ 47—77).

Общія понятія.	127
Дѣйствія, какъ способы возникновенія и прекращенія правъ (§ 49—72)	131

	стр.
A. Субъектъ дѣйствія (§ 50—53)	
1. Дѣеспособность	132
2. Право распоряженія	137
3. Дѣйствія чрезъ представителей	143
4. О представительныхъ отношеніяхъ въ особен- ности	148
B. Акты дѣйствій. (§ 54—66).	151
1. Воля: Вліяніе мотивовъ	152
Страхъ	153
Заблужденіе и невѣдѣніе	156
Содержаніе юридическихъ сдѣлокъ	161
Уловія	162
Исполненіе условія	163
Дѣйствіе условія	169
Сроки	172
Modus	174
2. Выраженіе воли	176
3. Соответствіе воли ея выраженію	179
Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ	183
C. Недѣйствительность юридич. сдѣлокъ (§ 67)..	184
D. О дареніяхъ. (§ 68—72).	
1. Понятіе	189
2. Donatio inter vivos.	
а. Уловія дѣйствительности даренія	192
в. Послѣдствія даренія	195
с. Отдѣльные виды дареній	196
3. Mortis causa donatio	199
Время какъ условіе возникновенія и прекращенія юридическихъ сдѣлокъ (§ 73—77).	
A. Дѣйствіе времени	200
B. Періоды времени	203
C. Исчисленіе времени.	
1. Гражданское исчисленіе	205
1. Utile tempus	210
D. Незапамятное время	212

ГЛАВА II. ОХРАНЕНІЕ ПРАВЪ. (§ 78—107).

I. Овщія понятія § (78—80).	
A. Правонарушеніе	216
B. Обезпеченіе	217
C. Охраненіе	219

	стр.
II. Иски и возраженія: (§ 81—95).	
A. Понятіе и возникновеніе исковъ.	222
B. Виды исковъ.	
1. Въ историческомъ отношеніи.	227
2. По основанію иска	—
3. По предмету иска.	231
4. По судопроизводству	234
C. Прекращеніе исковъ.	236
1. Concursus actionum	237
2. Смерть	240
3. Исковая давность (условія, сроки и дѣйствія псковой давности)	245
D. Объ экцепціяхъ.	
1. Понятіе	258
2. Виды	260
3. Уничтоженіе экцепцій.	263
III. Вліяніе процесса на права (§ 96—99).	
A. Litis contestatio	264
B. Доказательства	266
C. Судебное рѣшеніе.	272
IV. In integrum restitutio. (§ 100—107).	
A. Понятіе	277
B. Поводъ.	280
C. Основаніе	281
D. Просьба о реституціи	285
E. Дѣйствіе реституціи	287
F. Ограниченіе реституціи	289

К Н И Г А III.

О примѣненіи законовъ въ юридическимъ отношеніямъ.

§ 108—114.

Введеніе.	291
I Судейское знаніе закона	291
II. Примѣненіе права (§ 110—113).	
A. Исключеніе примѣненія частною волею.	293
B. Примѣненіе новаго закона	294

С. Лица, къ которымъ примѣняется право . . .	стр. 299
Д. Примѣненіе правъ различныхъ территорій . . .	300

К Н И Г А IV.

Права на собственную личность.

Глава I. Право личности (§ 114—121).

Возникновеніе	305
Прекращеніе	307
Уменьшеніе.	
А Status и capitis deminutio	310
В. Степени личности по нынѣ дѣйствующему праву.	311
С. Умаленіе чести	314
Д. Охраненіе права личности	317

Глава II. Право владѣнія (§ 122—139).

Понятіе и юридическая природа владѣнія	319
Виды владѣнія.	
А. По его первоначальной природѣ	323
В. Вслѣдствіе юридическихъ видоизмѣненій.	
Вліяніе <i>causae possessionis</i>	325
Производное владѣніе	329
Приобрѣтеніе и прекращеніе владѣнія.	
А. Возможность его	331
По отношенію къ лицамъ	—
По отношенію къ предметамъ	334
Исключительность владѣнія	338
В. Приобрѣтеніе владѣнія	339
С. Прекращеніе владѣнія	343
Послѣдствія и охраненіе владѣнія.	
А. Общія понятія	346
В. <i>Interdicta retinendae possessionis</i>	348
С. <i>Interdicta recuperandae possessionis</i>	352
<i>Interdictum de vi</i>	354
<i>Interdictum de precario</i>	356
<i>Juris quasi possessio</i> .	
А. Понятіе и объемъ	357
В. Приобрѣтеніе и потеря <i>quasi possessio</i>	360

	стр.
С. Охранение <i>quasi possessio</i>	363
<i>Interdicta retinendae possessionis</i>	—
<i>Interdicta recuperandae possessionis</i>	368

К Н И Г А V.

Вещныя права.

Глава I. Овщія понятія (§ 140—143).

Вещныя права	370
Классификація вещныхъ правъ	371
Отчуждаемость вещныхъ правъ	372
Приобрѣтеніе и потеря вещныхъ правъ	379

Глава II. Право собственности (§ 144—173).

Содержаніе права собственности	383
Ограниченіе содержанія права собственности	386
Формы права собственности	390
Способы приобрѣтенія права собственности	392
А. Производное приобрѣтеніе права собственности	
Посредствомъ приобрѣтенія владѣнія — <i>Traditio</i>	393
<i>Justa causa traditionis</i>	396
В. Приобрѣтеніе плодовъ, производное отъ собственностика	403
Приобрѣтеніе права собственности безъ приобрѣтенія владѣнія.	
А. <i>Adjudicatio</i>	404
В. Приобрѣтеніе права вслѣдствіе утраты его прежнимъ собственникомъ	—
С. Другіе случаи приобрѣтенія права собственности.	405
D. Первообразное приобрѣтеніе права собственности:	
Посредствомъ приобрѣтенія владѣнія	405
Приобрѣтеніе посредствомъ давности	411
Условія обмененной земской давности.	
Время	415
Приобрѣтеніе владѣнія съ <i>justus titulus</i> и <i>bona fides</i>	419

Способность вещи быть объектом давности (<i>Usucapionsfaehigkeit</i>)	423
Условія чрезвычайной давности	425
Перерывъ давности	426
Доказательства земской давности.	427
Приобрѣтеніе права собственности посредствомъ соединенія.	
A. Соединеніе вещей безъ акцессіи.	428
B. <i>Accessio</i>	430
Приобрѣтеніе плодовъ (<i>Erzeugnisse</i>) вещи	434
Охраненіе права собственности:	
A. Иски о правѣ собственности	
<i>Rei vindicatio</i>	438
Предметъ иска	443
Цѣль иска	444
<i>Negatoria in rem actio</i>	448
B. <i>Publiciana in rem actio</i>	451
ГЛАВА III. <i>Superficies</i> и <i>Emphyteusis</i> (§ 174—177)	456
ГЛАВА IV. СЕРВИТУТЫ (§ 178—192).	
ОСНОВНЫЯ НАЧАЛА	461
Личныя сервитуты.	
A. Общій обзоръ	466
B. <i>Usus</i>	469
C. <i>Ususfructus</i>	472
D. <i>Quasiususfructus</i>	475
Вещныя сервитуты.	
A. Основныя правила.	477
B. <i>Servitutes praediorum urbanorum</i>	482
C. <i>Servitutes praediorum rusticorum</i>	483
Возникновеніе сервитутовъ	485
Приобрѣтеніе сервитутовъ посредствомъ давности.	489
Прекращеніе сервитутовъ	492
Охраненіе сервитутовъ	499
ГЛАВА V. ЗАКЛАДНОЕ ПРАВО (§ 193—217).	
Понятіе и виды залога	502
Условія закладнаго права:	
A. Обязательство.	506
B. Объектъ закладнаго права	507
Возникновеніе закладнаго права	509
A. Установленіе закладнаго права по волѣ част- ныхъ лицъ	512

	стр.
В. Установленіе закладнаго права судомъ . . .	515
С. Возникновеніе закладнаго права въ силу положительнаго закона	—
IV. Прекращеніе закладнаго права.	518
У. Содержаніе закладнаго права.	
А. Экстенсивное содержаніе или объемъ:	
1. Относительно объѣкта	522
2. Относительно обязательства	524
В. Интенсивное содержаніе	—
1. Право продажи	526
2. <i>Impetratio dominii</i>	528
3. Вліяніе произвольныхъ опредѣленій на содержаніе закладнаго права	529
4. Содержаніе закладнаго права на заложенные права	530
<i>Pignus nominis</i>	—
<i>Subpignus</i>	531
VI. Первенство (<i>Prioritæet</i>)	533
А. Старшинство закладнаго права	534
В. Сингулярное преимущество извѣстныхъ закладныхъ правъ	538
С. Преимущество <i>pignus publici</i>	539
Д. О переносѣ первенства	541
VII. Охраненіе закладнаго права	543
А. <i>Actio hypothecaria</i>	—
1. При залогѣ вещей	544
2. При залогѣ правъ	547
В. <i>Interdictum Salvianum</i>	545

КУРСЪ ДѢЙСТВУЮЩАГО РИМСКАГО ПРАВА.

ОБЪЯСНИТЕЛЬНЫЯ ЛЕКЦІИ БЪ «ПАНДЕКТАМЪ».

Римское право настоящаго времени.

§ 1—4.

Въ Германіи римское право изучается въ двоякомъ видѣ: какъ римское право, законченное при Юстиніанѣ, имѣющее значеніе историческое, и какъ право дѣйствующее.

Въ первыхъ четырехъ параграфахъ введенія рассматриваются причины, по которымъ право, повидимому, отжившее, имѣетъ силу и значеніе дѣйствующаго положительнаго законодательства.

Римскому праву была предназначена двоякая жизнь: одна—у того народа, именемъ котораго оно называется, другая—у новыхъ народовъ за предѣлами тѣхъ вѣковъ, въ теченіи которыхъ существовало древнеримское государство.

Первая жизнь римскаго права заканчивается половиною третьяго столѣтія христіанскаго лѣтосчисленія. Въ послѣдніе годы своего существованія это право (отъ Августа до Діоклетіана и Константина) отличается уже значительнымъ научнымъ развитіемъ, благодаря усердной и вполне успѣшной дѣятельности классическихъ юристовъ того времени, ставшихъ учителями и примѣромъ для всѣхъ послѣдующихъ юристовъ. Хотя содержаніе науки вообще, а юриспруденціи въ особенности имѣетъ національный характеръ, однако истинная наука въ сущности не національна: она распространяетъ свое національное содержаніе за границы отдѣльнаго народа и извѣстнаго пространства времени. Объ ней можно сказать тоже, что и объ истинномъ искусствѣ. Такъ, греческое искусство избирало для своихъ произведеній вполне національныя темы—исторію, рели-

гію народа; но прелесть этихъ произведеній сдѣлала ихъ предметомъ художественнаго наслажденія и воспитательнымъ средствомъ для всего новаго міра и для всѣхъ временъ. Подобное же явленіе встрѣчается и въ наукѣ: все то, что древность выработала чисто научнаго, не исчезло вмѣстѣ съ народами—творцами, но сдѣлалось чѣмъ-то непреходящимъ, вѣчнымъ, находящимъ себѣ новое отечество повсюду, гдѣ царствуетъ умъ. Благодаря тому необыкновенному искусству, съ которымъ римскіе юристы одухотворили свое національное право, они доставили ему то же безсмертіе, которое мы признаемъ за произведеніями искусства; они придали ему то значеніе, которое обусловило переходъ его въ другія времена и къ другимъ народамъ.

Первымъ шагомъ такого перехода слѣдуетъ уже считать начавшееся съ Диоклетіана, главнымъ же образомъ съ Константина, примѣненіе римскаго права въ новомъ государствѣ, которое можетъ считаться римскимъ только номинально: римскій народъ на самомъ дѣлѣ пересталъ уже существовать и на его мѣсто выступили разнообразныя народности всѣхъ частей свѣта, собранныя въ пестрое государство подъ властью императора, называвшагося римскимъ. Подобно тому, какъ Карлъ Великій и его пріемники въ Германіи не могли смотрѣть на свое государство, носившее названіе священной римской имперіи, какъ на продолженіе стараго Рима, точно также не имѣли права и эти, такъ-называемые, римскіе императоры связывать свое государство съ древнеримскимъ.

Съ Константина императорамъ предлежала двойная задача: во первыхъ, измѣнить многое въ древнемъ правѣ и приспособить его къ новымъ обстоятельствамъ; во вторыхъ, сохранить все право въ цѣлости, упростить его внѣшнюю форму и тѣмъ сдѣлать его доступнѣе и спасти отъ всесокрушающаго времени. Частичными измѣненіями древняго римскаго права открывается рядъ преобразованій, продолженный впоследствии каноническимъ правомъ, германскими законами и практикою.

Кодификація римскаго права, которую безуспѣшно старались совершить предшественники Юстиніана, особенно хорошо удалась этому послѣднему. Онъ въ своихъ сборникахъ, извѣстныхъ подъ именемъ *Corpus juris civilis*, далъ римскому праву тотъ внѣшній видъ, въ которомъ оно главнымъ образомъ дѣйствовало съ того времени. Изъ четырехъ составныхъ частей Юстиніановскаго свода, самую лучшею, такъ сказать, драгоценнымъ ядромъ, представляютъ „Пандекты“, составленныя изъ классическихъ сочиненій древнихъ юристовъ; они—главнѣйшій источникъ изученія римскаго права, почему ихъ именемъ и

названо настоящее сочинение. Дополнениемъ, или лучше сказать, введеніемъ къ нимъ служатъ Институціи, подготовляющія къ изученію Пандектъ. За ними слѣдуетъ Кодексъ (Codex)—сборникъ узаконеній древнѣйшихъ и позднѣйшихъ императоровъ. Постановленія первыхъ, изданныя въ классическія времена юриспруденціи и подъ ея вліяніемъ, имѣютъ нѣкоторое научное значеніе; законы же позднѣйшихъ императоровъ содержатъ въ себѣ тѣ измѣненія и развѣтвленія древнѣйшаго права, которыя казались необходимыми и большею частью дѣйствительно были необходимы при перенесеніи его въ другія времена и къ другимъ народамъ. Къ Кодексу примыкаетъ позднѣйшее дополнение—Новеллы, отдѣльные законы Юстиніана, въ которыхъ продолжаются и даже значительно рѣзче выражаются измѣненія, о которыхъ мы говорили, особенно въ наследственномъ правѣ. ¹⁾

Первая эпоха второй жизни римскаго права у новыхъ народовъ начинается съ царствованія императора Константина. Началомъ второй эпохи считается XII вѣкъ, когда въ Болоньѣ на поприще науки выступилъ Ирнерій, человѣкъ получившій хорошее образованіе, обратившійся къ научному изслѣдованію Юстиніановскихъ сборниковъ. Онъ составилъ къ нимъ краткія примѣчанія, *глоссы*, и въ то же время основалъ школу римскаго права, изъ которой образовался сначала Болонскій университетъ, а въ послѣдствіи и другіе университеты. Ирнерія и его послѣдователей до половины XIII столѣтія называютъ глоссаторами. Эти глоссаторы нашли римско-византійское право дѣйствующимъ въ Италіи и нѣкоторыхъ пограничныхъ съ нею странахъ. Оно занесено было сюда и вытѣснило изъ употребленія менѣе совершенные мѣстные законы, частію еще при Юстиніанѣ, частію позднѣе. Римское право никогда не переставало быть дѣйствующимъ правомъ въ Италіи, Франціи и Испаніи; но его существованіе до глоссаторовъ, во времена глубокаго невѣжества, было жалкое, неполное; примѣненіе и знаніе римскаго права было даже настолько недостаточно, что въ послѣдствіи могло родиться мнѣніе, будто римское право совершенно не дѣйствовало въ продолженіе нѣсколькихъ вѣковъ

¹⁾ Эти составныя части свода *Corpus juris civilis* расположены слѣдующимъ образомъ: 1) *Institutiones* изданы 21 ноября и вошли въ дѣйствіе съ 30 декабря 529 года. 2) *Digesta* или *Pandectae* изданы 13, получили примѣненіе 30 декабря 529 года. 3) *Codex Iustinianus* опубликованъ въ обновленномъ видѣ (*repetita praelectio*) 16 ноября, а дѣйствуетъ съ 29 декабря 529 года. 4) *Novellae* издавались въ разное время съ 529 г. Изъ Пандектъ.

и вновь было введено глоссаторами. Ошибочность этого мнѣнія теперь уже положительно признана всѣми.

Хотя глоссаторы занялись только обработкой римскаго права, найденнаго ими дѣйствующимъ, т. е. изъяснили и систематизировали прежде существовавшее право, не создавая ничего новаго, однако они своей обработкой настолько существенно измѣнили его, что отличіе ихъ эпохи отъ предшествующей не могло быть больше, еслибъ они даже нашли римское право не дѣйствующимъ, забытымъ и ввели бы его вновь въ дѣйствіе. Правильность нашего мнѣнія доказывается, какъ мы увидимъ, не только теорією, но и практикою.

Знаніе римскаго права, а потомъ и примѣненіе его въ тѣхъ странахъ, куда оно впервые занесено, было крайне ограничено; многіе отдѣлы римскаго законодательства почти вовсе не примѣнялись, такъ какъ они въ большинствѣ случаевъ сохранились не въ полномъ составѣ; къ тому же и пользовались ими весьма не искусно. Но Ирнерій и его послѣдователи, при такихъ неблагоприятныхъ обстоятельствахъ, не только собрали воедино всѣ части законодательства Юстиніана, но и вполнѣ усвоили себѣ разнообразнѣйшій матеріалъ, разбросанный по всѣмъ его книгамъ, притомъ въ поразительно короткое время. Отъ нихъ не ускользнуло ни одно правило изъ всего *Corpus juris*; они такъ внимательно изучали всѣ законоположенія, относящіяся до одного предмета хотя бы и разбросанныя по всему сборнику, что сопоставленіемъ всѣхъ разнообразныхъ толкованій и опредѣленій, могли дополнить и истолковать каждое узаконеніе. Такое освоеніе съ разсѣянными по всему *Corpus juris* матеріаломъ и разъясненіе его разума изъ его же внутренняго содержанія — есть главнѣйшая теоретическая заслуга школы глоссаторовъ, этихъ отцовъ новой юриспруденціи, заслуга, оказанная послѣдующему времени и давшая возможность продолжать дѣло на прочномъ основаніи.

Благодаря этимъ теоретическимъ заслугамъ, эпоха глоссаторовъ стоитъ несравненно выше предшествовавшаго ей ненаучнаго времени, даже самаго вѣка Юстиніана. Но не меньшій переворотъ произвели они въ новой исторіи римскаго права тѣми практическими результатами, которыхъ они достигли, тою необыкновенною обширностью примѣненія, которую они доставили римскому праву. До нихъ римское право имѣло значеніе дѣйствующаго права только тамъ, куда оно было перенесено въ древнее время и признано правителями; кромѣ того оно служило кореннымъ правомъ духовенства. Совершенно иное возрѣніе явилось на это право у глоссаторовъ; они смотрѣли

на него, какъ на общее достояніе всего цивилизованнаго чело-
вѣчества, какъ на воплощенный юридическій разумъ, обязатель-
ный для каждаго народа, какъ на право, освобожденное отъ
границъ національности. Такимъ преподавали они его своимъ
слушателямъ, вполнѣ раздѣлявшимъ ихъ воззрѣніе. Только бла-
годаря такому характеру ученія глоссаторовъ. Болонья сдѣлалась
всемірнымъ университетомъ, въ который стекались люди изъ
отдаленнѣйшихъ концовъ христіанской Европы.

Это воззрѣніе нашло себѣ поддержку и въ политическихъ
обстоятельствахъ того времени. Тогдашняя священная римская
имперія, власть которой, съ точки зрѣнія теории, должна была
простираться на весь христіанскій міръ, считалась продолже-
ніемъ древне-римскаго государства, а римскіе императоры пред-
шественниками германскихъ. Поэтому и Юстиніановскіе законы
могли получить непосредственную приложимость; они являлись
не чуждыми, не иностранными, но законами того же самаго
государства.

Но этимъ внѣшнимъ фактическимъ условіямъ не слѣдуетъ
придавать слишкомъ большаго значенія; они сами по себѣ не
были бы въ состояніи открыть римскому праву доступъ во
всѣ страны; притомъ далеко не вездѣ существовали такіа бла-
гопріятныя условія для рецепціи римскаго права: въ нѣкото-
рыхъ странахъ признаніе римскаго права дѣйствующимъ встрѣ-
чало даже сильное противодѣйствіе, въ виду господствовавшаго
мнѣнія, будто римское право черезъ-чуръ благопріятствуетъ
усиленію верховной власти. Мнѣніе это имѣло сторонниковъ и
между германскими учеными; однако ложность его блистатель-
но доказала исторія, опровергнувшая множество другихъ тео-
ретическихъ заблужденій; обыкновенный ходъ историческихъ со-
бытій былъ таковъ, что съ возрастаніемъ значенія римскаго
права уменьшалась сила верховной власти.

Истинною причиною рецепціи римскаго права въ такихъ стра-
нахъ, гдѣ оно до того времени никогда не дѣйствовало, было его
научное достоинство, способствовавшее умственному возрожденію
тѣхъ временъ, и убѣжденіе въ его общеевропейскомъ характе-
рѣ. Это убѣжденіе, сначала проводимое глоссаторами, впослѣд-
ствіи раздѣлили всѣ образованные люди того времени.

Принятіе новой римской юриспруденціи въ Испаніи не
нашло препятствій, такъ какъ римское право было тамъ издавна
дѣйствующимъ, хотя въ нѣсколько иномъ, несовершенномъ
видѣ. Тоже видимъ въ Южной Франціи. Но Сѣверная Франція
представляетъ другое явленіе; здѣсь римское право всту-
пило въ коллизію съ германскими юридическими обычаями.

ми и завоевало себѣ значеніе дѣйствующаго права; за нимъ также былъ признанъ высшій научный авторитетъ.

Потомъ Римское право перешло по ту сторону канала — въ Англію и Шотландію; въ этой послѣдней оно и до сихъ поръ имѣетъ весьма большое значеніе и примѣненіе, вслѣдствіе чего шотландская юриспруденція значительно превосходитъ англійскую, которая почти вовсе не имѣетъ научнаго характера. Оно перешло затѣмъ и въ Скандинавію, благодаря тому, что и на этомъ крайнемъ сѣверѣ нашлись даровитые люди, учившіеся въ Болоньѣ.

Германія не отстала отъ прочихъ странъ: нѣмцы образовали изъ себя въ Болоньѣ весьма значительную корпорацію съ важными привилегіями. Уже въ XII вѣкѣ между всѣми дѣльными нѣмцами укоренилось убѣжденіе, что въ Германіи, этомъ средоточіи новой римской имперіи, римское право должно быть дѣйствующимъ по преимуществу, что оно есть собственность Германіи, что германцы, не менѣе другихъ народовъ, признаны стоять во главѣ умственнаго движенія. Въ XII и XIII вѣкахъ это воззрѣніе выражается неоднократно; нѣсколько позднѣе оно встрѣчается даже въ имперскихъ законахъ, не какъ нѣчто сомнительное, подлежащее утвержденію, но какъ уже вполне признанный фактъ, такъ напр. въ законѣ 1342 г., (Reichsabschied), изданномъ при императорѣ Людвигѣ IV. При учрежденіи въ 1495 году верховнаго судища (Reichscammergericht), судьямъ и ассессорамъ было предписано при постановленіи рѣшеній руководствоваться главнымъ образомъ римскимъ правомъ.

Практическому примѣненію римскаго права въ судахъ, въ періодъ времени отъ XII до XIV в., препятствовало назначеніе на судебныя должности лицъ необразованныхъ. Но мало по малу въ судахъ стали засѣдать окончившіе курсъ студенты, и съ этого времени примѣненіе его стало всеобщимъ. Для лицъ, не получившихъ хорошаго образованія, но нуждающихся въ знаніи римскихъ законовъ, послѣдніе излагались популярно; съ такимъ характеромъ изложенія явилось въ XVI вѣкѣ два сочиненія: *Layenspiegel* Ульриха Тенглера (германское и римское право) и *Klagspiegel* Себастіана Бранта ¹⁾ (почти одно римское право). Впрочемъ въ XV вѣкѣ римское право уже получило полное примѣненіе по всей Германіи.

¹ Ср. Adrian, *Zeitschr. fur Civilr. und Prozesz*, новая серия, I, № 10 (1845) стр. 423 и слѣд. Gerber, *Wiss. Princip des deutschen Privatr.* 1846, стр. 127, прим 14.

Съ этого же времени начинается въ Германіи обильная литература римскаго права. Благодаря ей, Германія стала во главѣ новой юридической науки. Въ средніе вѣка сосѣди ея съ юга были ея учителями, а въ XVI в. ими сдѣлались западные; теперь же германцы въ состояніи воздать имъ за все то, что отъ нихъ получили. Кромѣ того, римское право не осталось въ границахъ школы и науки,—оно перешло въ жизнь, въ плоть и кровь народа. Не мало значенія для этого послѣдняго явленія имѣютъ законы какъ всей имперіи, такъ и законы тѣхъ отдѣльныхъ государствъ, въ которыхъ вліяніе римскаго права было особенно сильно.

Сведя все вышешеложненное къ одному результату, мы увидимъ, что

1. Римское право для Германіи не есть нѣчто древнее, прошлое, но нѣчто жизненное, настоящее.

2. Значеніе дѣйствующаго права получило оно не по волѣ законодателя (прежнее ошибочное воззрѣніе, давно опровергнутое), но въ силу своего научнаго значенія и всѣхъ своихъ многочисленныхъ внутреннихъ достоинствъ. Рецепція римскаго права не была моментальнымъ актомъ, а представляется намъ постепеннымъ укорененіемъ его въ юридическомъ сознаніи народа и въ практикѣ судовъ. Римское право не есть наброшенная внѣшняя оболочка, но жизненный элементъ, перешедшій въ организмъ и приспособленный къ бытовымъ условіямъ народа, среди котораго онъ дѣйствуетъ.

3. Его значеніе, какъ дѣйствующаго права Германіи, проявляется:

а) въ той обязательности, которую оно получило въ Германіи и сохраняетъ до сихъ поръ въ большей части составляющихъ ее государствъ (см. ниже);

б) въ его вліяніи на новыя законодательства, для которыхъ оно служитъ главнымъ источникомъ;

с) въ его важности для науки права, такъ какъ конструкція дѣйствующаго законодательства большинства государствъ основана главнымъ образомъ на римской системѣ.

Такъ какъ не всѣ римскіе законодательные памятники получили въ Германіи дѣйствительное примѣненіе, то намъ слѣдуетъ еще опредѣлить, что именно изъ древняго римскаго права должно считаться дѣйствующимъ правомъ Германіи. Въ подробности это выяснится изъ дальнѣйшаго изложенія, которое именно и имѣетъ въ виду только нынѣшнее римское право этого государства. Но есть нѣсколько общихъ правилъ для рѣшенія этого вопроса, которыя мы здѣсь и укажемъ.

1. Значеніе дѣйствующаго права получили только тѣ римскіе законы, которые были собраны воедино Юстиніаномъ и имъ облечены въ форму *Corpus juris*, а не такъ-называемое *jus antejustinianeum*, подъ которымъ мы разумѣемъ остатки древнѣйшихъ памятниковъ, не поавшихъ въ составъ *Corpus juris civilis*. Эти остатки имѣютъ второстепенное значеніе—лучшаго пособія къ правильному пониманію юстиніановскаго права. Не получило также силы дѣйствующаго права и такъ называемое *jus postjustinianeum*, т. е. законодательство позднѣйшихъ византийскихъ императоровъ. Оно представляетъ собою частью отдѣльные законы, каковы напр. 113 новеллъ Льва Философа, вышедшія въ IX вѣкѣ и приложенныя ко многимъ изданіямъ книги *Corpus juris*; кромѣ того въ сборникѣ юстиніановскихъ новеллъ, по образцу котораго печатаются нынѣшнія изданія, 7 новеллъ принадлежатъ не Юстиніану, а его преемникамъ Юстину II и Тиберію II, и не имѣютъ для насъ никакого серьезнаго юридическаго значенія; частью же сборники, представляющіеся болѣе или менѣе полными передѣлками юстиніановскихъ сборниковъ. Лучшій изъ нихъ—Базилики, *Basilicorum libri*, царскія книги—относятся къ IX вѣку. Всѣ эти позднѣйшіе юридическіе памятники могутъ быть также употребляемы для разъясненія юстиніановскаго права, но они, конечно, далеко не имѣютъ его значенія.

2. Нѣкоторыя части юстиніановскаго права еще глоссаторами были признаны не примѣнимыми; въ силу авторитета, признаваемаго за этими послѣдними, какъ за посредниками рецепціи римскаго права новыми государствами, отвергнутыя ими части не получили значенія дѣйствующаго закона. Тоже должно сказать и о тѣхъ законоположеніяхъ, которыя не были извѣстны глоссаторамъ и которыя только впоследствии включены въ *Corpus* изъ позднѣйшихъ рукописей, или изъ другихъ источниковъ, напр. изъ Базиликъ. Исключеніе извѣстнаго правила изъ употребленія глоссаторы обозначили тѣмъ, что оставляли его неглоссированнымъ. Отсюда правило: *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. Институціи были въ рукахъ глоссаторовъ въ полномъ составѣ и изъ нихъ не было исключено ничего. Пандекты были почти полныя, за исключеніемъ нѣкоторыхъ правилъ ¹⁾, которыя остались неглоссированными потому, что помѣщены въ Пандекты лишь въ XVI вѣкѣ изъ Базиликъ; намѣренно же исключенныхъ глоссаторами постановле-

¹⁾ L. 7. § 5. L. 8—11. de bon. damn. (48, 20). L. 10—19. de interd. et releg. (48, 22).

ній въ нихъ нѣтъ. Въ Кодексѣ глоссаторы игнорировали многія греческія узаконенія, которыя остались неглоссированными большею частію отъ того, что ихъ не было въ тѣхъ рукописяхъ, которыми они руководствовались; въ позднѣйшія изданія эти узаконенія попали ужъ изъ другихъ источниковъ; нѣкоторые же законы выкинуты глоссаторами какъ вслѣдствіе непонятности ихъ изложенія, такъ и по непригодности содержанія. Изъ новеллъ также были исключены многія, какъ непримѣнимыя, такъ что изъ 168 новеллъ (по сборнику, послужившему образцомъ для всѣхъ послѣдующихъ изданій) оказывается только 96 глоссированныхъ новеллъ. ¹⁾

Хотя новеллы издавались то на греческомъ, то на латинскомъ языкахъ, однако различіе языка не могло служить глоссаторамъ препятствіемъ къ изъясненію ихъ, такъ какъ въ рукахъ глоссаторовъ находилось два изданія новеллъ: одно, представляющее собою краткія извлеченія, сдѣланныя Юстиномъ, другое—полный переводъ всѣхъ новеллъ на латинскій языкъ, называемый *Authenticum*, носящій кромѣ того названіе *versio vulgata*, въ отличіе отъ новыхъ переводовъ новеллъ и отъ греческаго текста ихъ. Такимъ же переводомъ пользовались они для изложенія въ *Corpus* тѣхъ немногихъ постановленій изъ Дигестъ, которыя первоначально были изданы на греческомъ языкѣ.

Оригинальный греческій текстъ новеллъ и постановленій изъ Дигестъ сталъ извѣстенъ въ XVI вѣкѣ, поэтому, при нѣкоторомъ разнорѣчій между этимъ текстомъ и принятыми въ *Corpus* переводами *versio vulgata*, можетъ возникнуть вопросъ о преимуществѣ текста предъ переводомъ. Вопросъ этотъ рѣшается различно. По мнѣнію однихъ, греческій текстъ долженъ имѣть преимущество, ибо въ *Corpus juris* должны входить самыя новеллы, а не переводы или извлеченія; при этомъ лица, раздѣляющія это мнѣніе, ошибочно считаютъ весь греческій текстъ оригинальнымъ, что было далеко не всегда. По мнѣнію другихъ, переводъ *versio vulgata*, вошедшій въ составъ *Corpus*'а, долженъ считаться обязательнымъ, такъ какъ въ этомъ видѣ новеллы подверглись рецепціи; значеніе этой *versio vulgata* для настоящаго времени опредѣляется по правилу: *quidquid non agnoscit glossa* и проч. Это послѣднее мнѣ-

¹⁾ Nov. 1—10, 12, 14—20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46—49, 51—58, 61, 66, 67, 69—74, 76—86, 87, 100, 105—109, 111—120, 123—125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 149.

не нашло себя весьма основательного и ученаго защитника въ лицѣ Овенбрюггена ¹⁾).

По моему мнѣнію слѣдуетъ руководствоваться слѣдующими соображеніями:

1. Если извѣстное законоположеніе вошло во всеобщее употребленіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно существуетъ въ *versio vulgata*, то его слѣдуетъ держаться строго, неизмѣнно. Впрочемъ, опредѣленіе того, вошло ли извѣстное правило въ обычай, подлежатъ особому разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

2. Если нельзя убѣдиться въ общей примѣняемости извѣстнаго законоположенія, то вопросъ о преимуществѣ греческаго текста предъ вульгатой сводится къ вопросу о различіи, существовавшемъ между греческимъ текстомъ, по которому былъ сдѣланъ переводъ *versio vulgata*, и греческимъ же текстомъ, открытымъ въ послѣднее время. Поэтому здѣсь прежде всего нужно рѣшить вопросъ о преимуществѣ одного греческаго текста предъ другимъ, о томъ — который изъ нихъ вѣрнѣе. Но абсолютнаго предпочтенія тексту, съ котораго переведена *versio vulgata*, отнюдь давать не слѣдуетъ.

3. Если можно доказать, что разнорѣчіе вульгаты съ новымъ греческимъ текстомъ произошло не вслѣдствіе особенности древняго греческаго текста, а вслѣдствіе незнанія переводчика, то слѣдуетъ предпочитать истинный смыслъ греческаго текста ²⁾).

4. Если особенность вульгаты произошла вслѣдствіе исправленія глоссаторовъ, то весь вопросъ будетъ въ правильности такого исправленія, такъ какъ эта научная работа глоссаторовъ имѣетъ сама по себѣ также мало самостоятельнаго авторитета, какъ и прочія ихъ толкованія.

Глоссаторы, не ограничиваясь однимъ собираніемъ, группировкой и изъясненіемъ книги *Corpus juris*, присоединяли къ ней разные другіе законы. Такъ они помѣстили въ Кодексъ, частью цѣликомъ, частью въ извлеченіи: *libri feudorum*, *authenticae fridericianae*, законы Фридриха I и II. Эти дополне-

¹⁾ *Zeitschr. f. Civilr. und Civilpr.* XXII. 11 (1842).

Прим. изд.

²⁾ Напр. въ *Nov.* 22. c. 2. § 1. (*Authenticum ed. Heimecch I*, стр. 211) читаемъ: *Si vero quidquam testator disposuerit, quod jam latis praescriptum (vetitum) sit legibus, vel quod contra leges in universum aliquod praesceperit; tunc nam in versio vulgata, мы находимъ бессмысленныя nihil и nec aliquid, совершенно искажающія смыслъ этого постановленія. См. § 428 Majer, Zeitschr. f. Civilr. und Prozess, нов. сер., т. V, № 7. (1848).*

Прим. изд.

ніа получили такую же дѣйствительную силу и примѣненіе, какъ и все остальное содержаніе книги *Corpus juris*.

Въ Кодексѣ есть еще родъ дополненій, которые только по формѣ чужды римскому праву, именно—извлеченія изъ новеллъ, называемыя просто *Authenticas*. Эти извлеченія первоначально входили въ составъ глоссы, но понемногу стали включаться и въ самый текстъ Кодекса, такъ что теперь они находятся въ текстѣ всѣхъ изданій, даже и неглоссированныхъ. Иногда эти извлеченія неполны и даже не совсѣмъ вѣрно передаютъ смыслъ новеллы¹⁾; въ такомъ случаѣ слѣдуетъ руководствоваться самою новеллой, ибо означенныя извлеченія имѣютъ также мало самостоятельнаго авторитета, какъ и самыя глоссы, къ составу которыхъ они первоначально принадлежали.

5. Нѣкоторыя ученія и институты римскаго права устарѣли для настоящаго времени потому, что они уже не соотвѣтствуютъ теперешнему положенію вещей, хотя во времена глоссаторовъ они еще и примѣнялись (прямо или косвенно). Относительно этихъ устарѣвшихъ нормъ римскаго права должно указать на слѣдующія два правила:

а) Не дѣйствующимъ слѣдуетъ считать цѣлый отдѣлъ юридическихъ нормъ — все римское государственное право. Это общее правило вовсе не исключаетъ возможности примѣненія многихъ отдѣльныхъ законовъ государственнаго характера, хотя эта возможность примѣненія должна быть доказываема каждый разъ особо. Поэтому кто, примѣняя какой либо римскій государственный законъ, сошлется на римское право вообще, тотъ прямо будетъ противорѣчить указанному общему правилу о недѣйствительности нормъ римскаго государственнаго права для настоящаго времени.

б) Относительно всѣхъ прочихъ отдѣловъ права соблюдается совершенно обратное правило, а именно: римское право признается дѣйствующимъ, примѣняемымъ; непримѣнимость отдѣльныхъ положеній его есть исключеніе; ссылающійся на нее имѣетъ *fundatam intentionem*²⁾. Такихъ исключеній не мало, но ихъ нельзя подвести подъ одно общее понятіе; напр. есть случаи, въ которыхъ германское обычное право отмѣнило римскій законъ, когда напр. благодаря извѣстнымъ германскимъ обы-

¹⁾ См. напр. *Auth. Rogati C. de test.* (4, 20) изъ *Novell.* 90 cap. 2.

²⁾ Этому положенію не слѣдуетъ придавать процессуальнаго значенія обязанности одного изъ тяжущихся представлять доказательства, такъ какъ такой обязанности вообще не можетъ быть по отношенію къ законамъ. Ср. § 10, 119. *Waechter, gem. Recht Deutschlands*, 1844, стр. 186 и слѣд.

Прим. изд.

чаемъ уничтожилось напр. римское правило о невозможности возникновенія обязательства изъ безформеннаго договора (*pactum nudum*), а вмѣстѣ съ тѣмъ утратила всякое значеніе и римская стипуляція (строго формальный контрактъ).

Отношеніе римскаго права къ прочимъ правамъ, дѣйствующимъ въ Германіи.

§ 5—8.

Теперь намъ предстоитъ рассмотреть значеніе каноническаго права и національнаго германскаго, какъ общаго (*das gemeine Recht*), такъ и мѣстнаго (*das particulaere Recht*).

1. Въ Германіи каноническое право сдѣлалось, наравнѣ съ римскимъ правомъ, правомъ дѣйствующимъ. Впрочемъ эти слова относятся только къ четыремъ сборникамъ каноническихъ постановленій, составляющимъ *Corpus juris canonici clausum*.

Составныя части *Corpus juris canonici clausum* слѣдующія: 1) *decretum Gratiani*—руководство, каноническаго права, изданное болонскимъ монахомъ Граціаномъ около 1150 г. и представляющее компляцію изъ библии, отцовъ церкви, апостольскихъ правилъ, постановленій соборовъ, папскихъ декретовъ, римскихъ законовъ и франкскихъ капитуляцій. Впрочемъ только извлеченія изъ источниковъ и памятниковъ (*capones, capitula*) имѣютъ силу закона, а не разсужденія самого составителя, называемыя *dicta Gratiani*. Декретъ Граціана (по образцу Пандектъ: *Digestum vetus, infortiatum cum tribus partibus, Digestum novum*) состоитъ изъ трехъ частей. Первая распадается на 101 подраздѣленіе (*Distinctiones*), такъ что при цитатахъ указывается номеръ канона и подраздѣленія, напр. с. 1. D. или Dist. 10. Вторая содержитъ въ себѣ 36 *causae*, изъ которыхъ каждая распадается на нѣсколько отдѣльныхъ вопросовъ (*quaestiones*); при цитатѣ указывается № канона, *causae* и вопроса, напр. сар. 3. С. 12. qu. 1. Третій вопросъ 33-ей *causae* содержитъ особое разсужденіе о покаяніи (*de poenitentia*), состоящее изъ 7 подраздѣленій (*distinctio*), такъ что за № канона и подраздѣленія слѣдуетъ *de poenitentia*; напр. с. 1. Dist. 7 de poen. Наконецъ третья часть распадается на 5 подраздѣленій, которыя цитируются съ прибавленіемъ словъ: *de consecratione*; -напр. с. 1. Dist. 5. de cons. 2) Остальное со-

держаніе *Corpus juris canonici* представляет собою три древнѣйшихъ сборника декреталій (*extravagantes, extra decretum Gratiani vagantes decretales*), изъ которыхъ каждый состоитъ изъ 5 книгъ, а эти изъ титуловъ и главъ: а) *Decretales Gregorii papae IX*, составлены изъ папскихъ постановленій, относящихся ко времени отъ 1150 до 1230 года, изданы въ 1234 году. Теперь цитируются они слѣдующимъ образомъ: № главы, знакъ X (*extravagantes*), заглавная рубрика, наконецъ № книги и титула, напр с. 1. X. de elect. I. 6. b) *Liber Sextus Decretalium*, сборникъ названный такъ потому, что служитъ дополненіемъ къ пятинижію Григорія IX, хотя этотъ сборникъ тоже состоитъ изъ 5 книгъ, титуловъ и главъ; изданъ Бонифациемъ VIII въ 1298 году; цитаты означаются слѣдующимъ образомъ: с. 1. de elect. in VI to I, 3. с.) *Clementinae* (sc. *constitutiones in concilio Viennensi editae*), составляющія также дополненіе къ предшествующимъ сборникамъ; изданы въ 1313 году папою Климентомъ V; при цитатахъ означается: № и слово *Clem.*, заглавная рубрика, номеръ книги и титула; напр. *Clem. 2. de V. S. (verborum significatione) 5. II.* Позднѣйшіе сборники: *Extravagantes Ioannis XXII*, *Extravagantes communes*, прилагаемые съ XVI вѣка къ книгѣ *Corpus juris canonici*, — не имѣютъ никакого отношенія къ гражданскому праву.

Каноническое право, возникшее въ лонѣ церкви, касается главнымъ образомъ церковно-юридическихъ отношеній и, съ этой стороны, не будетъ подлежать нашему разсмотрѣнію. Но оно сверхъ того содержитъ въ себѣ нѣкоторыя опредѣленія, касающіяся правъ гражданскихъ; ими-то мы теперь и займемся. Въ этомъ отношеніи каноническое право имѣетъ свою основую право римское, хотя иногда и подвергаетъ это послѣднее различнымъ измѣненіямъ. Многие думаютъ, что въ этихъ случаяхъ римское право, какъ древнѣйшее, должно уступать каноническому праву, какъ новѣйшему¹⁾; это положеніе вполне невѣрно, ибо оба права проникли въ Германію одновременно. Относительно нѣкоторыхъ родовъ дѣлъ преимущество отдавалось каноническому праву, относительно же другихъ — римскому; выразить же-однимъ общимъ правиломъ всѣ случаи примѣненія того и другаго права нѣтъ никакой возможности.

¹⁾ Напр. Boehmer, *jus eccl. prot. lib. I. tit. 2, § 70—73.* Savigny, *System I*, стр. 266. Но такъ какъ они допускаютъ измѣненіе каноническаго права законодательствомъ и практикою, то ошибочность ихъ возрѣнія не имѣетъ практической важности

Прим. изд.

Впрочемъ папы были самыми ранними врагами римскаго права; они благопріятствовали свѣду каноническаго законодательства для того, чтобы противопоставить его изученію ревностному изученію римскаго права. Въ XIII вѣкѣ Гонорій III въ своей вѣрадѣ къ римскому праву зашелъ такъ далеко, что запретилъ преподаваніе и изученіе его въ парижскомъ и другихъ иностранныхъ университетахъ¹⁾. Но это противодѣйствіе, такъ же какъ и вообще всѣ противодѣйствія, которыя пришлось испытать римскому праву въ новыхъ государствахъ, не имѣло для него никакихъ серьезныхъ послѣдствій.

2. Въ національномъ, дѣйствующемъ въ Германіи, правѣ слѣдуетъ различать постановленія, возникшія независимо отъ римскаго права, отъ законовъ, находящихся съ нимъ въ тѣсной связи.

До рецепціи римскаго права, Германія имѣла исключительно свои туземные юридическіе обычаи. О томъ, какъ бы развилось чисто-германское право, еслибъ къ нему не привзошло римское, нельзя сказать ничего опредѣленнаго, точно такъ же, какъ нельзя навѣрное сказать, что стало бы съ нѣмецкимъ искусствомъ, поэзіей или философій безъ римскаго или греческаго вліянія. Жалѣть, о невозможности разрѣшить этотъ вопросъ было бы педантизмомъ, такъ какъ Германіи вовсе незначѣмъ было ни отказываться отъ драгоцѣнныхъ результатовъ предшествовавшей имъ цивилизаціи, ни изолироваться отъ своихъ современниковъ.

Въ какое же положеніе стали другъ къ другу оба права? Нѣкоторые думаютъ, что римское право примѣнялось только *in subsidium* въ тѣхъ случаяхъ, когда туземное не давало никакихъ нормъ для разрѣшенія какого-либо юридическаго отношенія. На дѣлѣ же такое отношеніе было невозможно, вслѣдствіе различнаго характера обоихъ правъ, изъ которыхъ одно было неразвито, неполно, грубо, другое же представлялось развитымъ до мельчайшихъ подробностей и научно законченнымъ: наука никогда не можетъ находиться въ служебныхъ отношеніяхъ къ чему бы то ни было; напротивъ, она подчиняетъ все своему господству.

Хотя римское право вытѣснило изъ употребленія многія, чисто нѣмецкія юридическія воззрѣнія и учрежденія, однако множество другихъ не поддались его вліянію, сохранились неприкосновенными и образовали особую правовую область, которую мы называемъ частнымъ германскимъ правомъ, или мѣстнымъ.

¹⁾ С. 23. X. de privil. (5, 33).

Такимъ образомъ, рядомъ съ римскимъ правомъ собственности существуетъ чисто нѣмецкая собственность: ленная, крестьянская и пр.; рядомъ съ римскими сервитутами—чисто германскія повинности; рядомъ съ римскими договорами—чисто нѣмецкіе, напр. вексель и пр.; рядомъ съ римскими имущественными отношеніями супруговъ—туземныя; рядомъ съ римскимъ наследственнымъ правомъ—чисто германское, въ формѣ наследственныхъ договоровъ, отказа отъ наследства, наследованія ленныхъ правъ и пр. Но и на развитіе этихъ чисто германскихъ юридическихъ институтовъ римскія воззрѣнія оказали не малое вліяніе. Нельзя не одобрить старанія нѣкоторыхъ германистовъ изложить и развить эти туземные юридическіе институты во всей ихъ первоначальной національной чистотѣ, но необходимо однако, чтобы такой образъ дѣйствія ихъ не противорѣчилъ настоящему уровню нашего юридическаго развитія.

Въ настоящее время въ этой сферѣ уже нѣтъ и не можетъ быть коллизіи римскаго права съ германскимъ. Остатки чисто германскаго права, извѣстные, какъ мы сказали, подъ именемъ частнаго права (*deutsches Privatrecht*), примѣняются въ назначенныхъ для того областяхъ и не приходятъ въ соприкосновеніе съ римскимъ правомъ, которому также отведена своя сфера, конечно большая, чѣмъ первому. Поэтому нельзя похвалить новѣйшихъ германистовъ за возобновленіе бесплоднаго спора о положеніи, занимаемомъ въ Германіи римскимъ правомъ ¹⁾. Если германскому праву суждено получить со временемъ болѣе обширное примѣненіе, то это произойдетъ никакъ не вслѣдствіе разглагольствованій его сторонниковъ, а вслѣдствіе систематическаго, логическаго, внутренняго его развитія. Въ преждевременности этихъ разглагольствованій можно убѣдиться весьма просто: ни одинъ судья не затруднится разрѣшеніемъ дѣла, если онъ руководствуется учебникомъ Пандектъ: эта книга выручить его изъ всякаго затрудненія; напротивъ, имѣя въ рукахъ руководство частнаго германскаго права, ему едва ли удастся разрѣшить одинъ процессъ изъ сотни ²⁾.

Но есть еще одна отрасль отечественнаго дѣйствующаго права, находящаяся въ непосредственной связи съ римскимъ

¹⁾ Эту оппозицію римскому праву слѣдуетъ теперь считать побѣжденною. См. Gerber das wiss. Princip des gem. deutschen Privatrechts 1846, стр. 150 и сл.

Прим. изд.

²⁾ Послѣ того, какъ сочиненіемъ К. Ф. Гербера *System des deutschen Privatrechts*, а для торговаго права еще прежде сочиненіемъ Тѣля (*Thoel*), этой отрасли германскаго права дана систематическая научная обработка,—выраженія текста представляются нѣсколько преувеличенными. *Прим. изд.*

правомъ и представляющая собою дальнѣйшее его развитіе. Государственное законодательство Германіи неоднократно занималось предметами, входящими въ область гражданскаго права и измѣняло нѣкоторыя отдѣльныя положенія римскаго права; эти измѣненія вообще не многочисленны ¹⁾. Само собою разумѣется, что римское право уступаетъ измѣняющему его германскому закону, если только оно опять не возстановлено какимъ-либо позднѣйшимъ узаконеніемъ.

Гораздо важнѣе тѣ измѣненія, которыя претерпѣло римское право, какъ тотчасъ при его введеніи въ дѣйствіе, такъ и при позднѣйшемъ примѣненіи его, вслѣдствіе вліянія обычнаго права, выражающагося частію въ согласныхъ воззрѣніяхъ писателей, частію же въ практикѣ судовъ. Эти послѣднія измѣненія должны быть также признаны обязательными при примѣненіи римскаго права. Противопоставляя дѣйствующее римское право древнему классическому, мы съ понятіемъ о первомъ соединяемъ и всѣ тѣ измѣненія, которыя претерпѣло древнее право, со времени его рецепціи въ Германіи. Однако необходимо, чтобы новыя воззрѣнія, отличныя отъ постановленій древняго права, дѣйствительно были произведеніемъ обычнаго права, такъ какъ весьма часто случалось, что какое-нибудь простое недоразумѣніе или ложное толкованіе римской доктрины признавалось новою правовою нормою, а произвольное и часто противорѣчащее разрѣшеніе практическихъ случаевъ судомъ считалось за всѣми признанную, образцовую практику. (Объясненіе истиннаго значенія практики для науки см. ниже въ ученіи объ источникахъ права.)

3. Отношеніе римскаго права къ различнымъ мѣстнымъ правамъ.

Намъ прежде всего слѣдуетъ указать на различіе между общимъ и мѣстнымъ правомъ и на тѣ причины, по которымъ мѣстныя, особенныя права получили такое преимущественное значеніе у германцевъ.

¹⁾ Известны слѣдующіе сборники германскихъ законовъ (Reichsabschieden, Reichsschluessen, Reichsdeputationsabschieden): Neue und vollstaendige Sammlung der Reichsabschiede sammt der wichtigsten Reichsschluessen, Frankfurt 1747, 4 fol. Gerstlacher, Handbuch der D. Reichsgesetze in system. Ordnung, 11 т. 1786 г.; особенно важенъ 10 т., заключающій въ себѣ гражданское право. Emminghaus, Corpus juris Germanici academicum, 2 ч., 1844 г. Сводъ измѣненій, происшедшихъ въ римскомъ правѣ, благодаря германскому законодательству, дѣлаетъ Grasз въ своемъ Collationum juris civilis rom. cum recess. imp. rom. germ. и пр., 1723 г. Изъ Пандектъ.

Нѣмецкая нація отличается сильнымъ стремленіемъ къ индивидуализированію и сепаратизму; каждая отдѣльная единица, каковы семья, мѣстечко, провинція, государство, стремится замкнуться не отъ кого-либо чужаго, но отъ своего ближайшаго сосѣда, принадлежащаго къ тому же роду. Это стремленіе настолько сильно, что оно давно бы уничтожило сознаніе единства и общности между членами германской націи, если бы ему не противодѣйствовалъ научный геній, чрезвычайная жажда знаній, которыми настолько богатъ нѣмецкій народъ, что въ этомъ отношеніи не только не уступаетъ другимъ націямъ, но далеко превосходитъ многія изъ нихъ. Всеобщность составляетъ одно изъ условій существованія и развитія науки, всегда возвышающейся надъ частнымъ.

Такое стремленіе къ раздробленію и обособленію высказалось главнымъ образомъ въ политическомъ устройствѣ Германіи и, къ сожалѣнію, въ теченіи нѣкотораго времени оказывало на него гибельное вліяніе. Оно же обусловило важное для насъ различіе общаго права отъ особеннаго, мѣстнаго.

Есть общины (Genossenschaften), которыя выработали свое особенное право и, не смотря на бурный ходъ историческихъ событій, успѣли сохранить за собою часть его. Ступенью выше надъ ними стоятъ отдѣльные города и мѣстечки, имѣющія, кромѣ всѣмъ имъ общаго права, свои собственные, мѣстные законы. Надъ ними въ свою очередь возвышаются права отдѣльныхъ провинцій, которыя хотя уже болѣе отличаются характеромъ всеобщности, но представляются особенными, мѣстными по отношенію къ правамъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, которыя заключаютъ ихъ въ себѣ подобно тому, какъ въ родъ входятъ всѣ отдѣльные виды, взаимно измѣняя и пополняя другъ друга.

Всѣ эти права развились частью непосредственно изъ народнаго сознанія, частью же изъ положительнаго законодательства, когда въ тѣхъ мѣстахъ, въ которыхъ они должны были имѣть примѣненіе, уже существовало гражданское общезитіе. Последнія слова относятся именно къ тѣмъ мѣстнымъ правамъ, которыя получили большее или меньшее приложеніе, смотря по величинѣ того государства, для котораго они были назначены.

Всѣ эти права, даже и права отдѣльныхъ германскихъ государствъ, суть мѣстные, особенныя права. Вообще же особеннымъ правомъ считается всякое такое, которое имѣетъ надъ собою болѣе общее право, развѣтвленіе котораго оно какъ бы составляетъ и къ которому оно относится какъ видъ къ роду. Общимъ же правомъ считается только то, которое служитъ стволемъ, рождающимъ вѣтви, имѣющимъ собственный корень и

не составляющимъ вѣтви другаго права. Итакъ, общее дѣйствующее право есть право, стоящее надъ мѣстными правами и ставящее насъ на вершину объединенія юридическихъ отношеній; это есть краеугольный камень, сдерживающій всѣ частныя права,—корень, ихъ питающій, —стволь, ихъ поддерживающій. Оторвать ихъ отъ него значило бы отдѣлнить ихъ отъ организма, къ которому они прирождены, а послѣдствіемъ такого отдѣленія было бы то, что они или сдѣлались бы для насъ вовсе чуждыми, или преждевременно зачахли и прекратили бы свое существованіе.

Такое обиліе особенныхъ правъ было бы невыносимымъ бременемъ для народа, если бы эти права не находили себѣ объединенія въ высшемъ общемъ правѣ, которымъ они сдерживаются, какъ бы одною, общою связкою; впрочемъ, если ближе взглянуть на дѣло, окажется, что и самыя отклоненія мѣстныхъ правъ отъ общаго не особенно сильны и рѣзки.

Въ составъ общаго права, дѣйствующаго въ Германіи, входитъ и римское право; эта составная часть его имѣетъ особенную важность, какъ вслѣдствіе того, что римское право сдѣлалось по преимуществу предметомъ науки и получило сильное вліяніе на развитіе другихъ правъ, такъ и вслѣдствіе того, что оно есть общее право въ обширнѣйшемъ смыслѣ слова,—именно оно есть общее право Германіи и многихъ другихъ государствъ Европы.

Отношеніе римскаго права къ особеннымъ, мѣстнымъ правамъ вытекаетъ изъ самаго характера его, какъ права общаго, дѣйствующаго. Особенности права не отбѣиваютъ общаго права, стоящаго надъ ними, но въ области своего примѣненія они имѣютъ исключительное значеніе; если произойдетъ коллизія между особеннымъ, мѣстнымъ закономъ и общимъ, то первый исключаетъ примѣненіе послѣдняго въ той сферѣ, въ которой имѣетъ значеніе мѣстное право: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht*. Степень этого исключенія будетъ зависѣть отъ количества существующихъ особенностей, которыя обыкновенно касаются отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ или даже какой-либо одной стороны ихъ.

Въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ сдѣланъ былъ въ недавнее время пересмотръ мѣстнаго права, вслѣдствіе чего сборники мѣстныхъ законовъ увеличились въ объемѣ. Но весьма ошибется тотъ, кто подумаетъ, что въ равной мѣрѣ увеличилось количество мѣстныхъ правовыхъ особенностей; это разширеніе объема произошло, главнымъ образомъ, вслѣдствіе того, что въ сборники мѣстнаго права включены и узаконенія общаго дѣйствующаго права, съ цѣлію сдѣлать ихъ болѣе доступными

и понятными для судей. При этомъ иной разъ случалось, что законодатели допускали въ сборникъ превратное изложеніе постановленій общаго права. Но такія неточности, въ виду упомянутого намѣренія законодателя, не могутъ получить значенія мѣстныхъ особенностей; онѣ должны уступить свое мѣсто вѣрному пониманію общаго права, если только будетъ очевидно, что законодатель включилъ ихъ въ сборникъ, убѣжденный въ ихъ истинѣ и согласіи съ дѣйствующимъ правомъ.

Такое отношеніе римскаго права къ мѣстнымъ правамъ отдѣльныхъ государствъ сохранилось еще и до сихъ поръ въ большей части германскихъ владѣній. Оно выражается въ слѣдующемъ правилѣ: „римское право имѣетъ силу закона, оно дѣйствуетъ какъ принятое право, какъ общее, и уступаетъ частнымъ правамъ только при коллизіи съ ними“. Употребленный для выраженія отношенія римскаго права къ мѣстнымъ германскимъ правамъ терминъ: „вспомогательная примѣнимость“ (*subsidiariae Gueltigkeit*) неправиленъ, такъ какъ онъ превращаетъ исключеніе какъ бы въ правило; нельзя сказать, что общее право не примѣняется въ томъ случаѣ, когда въ мѣстномъ правѣ нѣтъ недостатка въ юридическихъ нормахъ, а напротивъ, что общее право примѣняется всегда, лишь бы это не происходило въ ущербъ мѣстному праву.

Съ конца прошлаго столѣтія въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи уничтожено такое отношеніе общаго права къ мѣстному введеніемъ особыхъ законодательныхъ сборниковъ, отнятіемъ у обще-германскаго и римскаго права силы закона и признаніемъ ея за тѣми сборниками. Это произошло:

1. Въ государствахъ, въ которыхъ введено общее прусское земское право. Сюда относятся: большая часть Пруссіи и кромѣ того нѣкоторыя провинціи, которыя ей прежде принадлежали, но потомъ перешли къ другимъ государствамъ, сохранивъ свой прежній юридическій бытъ; напр. франкскія княжества Ансбахъ и Байретъ, восточная Фрисландія и др. ¹⁾

2. Въ провинціяхъ, въ которыхъ дѣйствуетъ французскій кодексъ (*Code Napoleon*).

- и 3. Въ земляхъ, наследственно принадлежащихъ австрійской монархіи, въ которыхъ дѣйствуетъ собственный австрійскій сводъ.

Отношеніе римскаго права къ правамъ этихъ странъ представляется съ одной стороны болѣе свободнымъ и духовнымъ, чѣмъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствуетъ общее германское пра-

¹⁾ Это правило утратило свое значеніе послѣ образованія Северо-Германскаго Союза.

во, хотя за то съ другой стороны здѣсь является болѣе возможности столкновеній и недоразумѣній.

Тѣ законодательные сборники, о которыхъ мы говорили выше, далеко не самостоятельны; они основаны на римскомъ правѣ и большую часть ихъ содержанія составляетъ изложеніе этого права съ мѣстными отклоненіями. Подобно тому, какъ законодатели могли издать свои сборники только благодаря знакомству съ римскимъ правомъ, такъ и судьи только при такомъ же знакомствѣ могутъ примѣнять ихъ на практикѣ. Могло случиться, что какой-нибудь законодатель предполагалъ, что умъ и знаніе нужны только ему и что судья можетъ быть простою, повторяющею машиною; но мы, въ свою очередь, думаемъ, что юридическое мышленіе законодателя не должно уничтожать самостоятельнаго мышленія судьи, что судья, который не въ состояніи усвоить и развить мысль законодателя, совершенно недостойнъ своего званія.

Юридическій разумъ долженъ имѣть для судьи не меньшее значеніе, чѣмъ законъ. Что бы слѣдовало сказать о лицѣ, которое бы при постройкѣ дома совѣтовало начать со стѣнъ и крыши и вовсе пренебречь фундаментомъ? Какъ нельзя болѣе походить на такихъ лицъ всѣ тѣ, которые совѣтуютъ намъ руководствоваться только особеннымъ, мѣстнымъ законодательствомъ и какъ можно менѣе думать о римскомъ правѣ.

Изъ указаннаго соотношенія законодательныхъ сборниковъ отдѣльных государствъ къ римскому праву слѣдуетъ, что это послѣднее должно служить въ судахъ необходимымъ дополненіемъ первыхъ. Судья придется въ безчисленномъ множествѣ сомнительныхъ случаевъ справляться съ юридическимъ созерцаніемъ римлянъ. Только лица крайне невѣжественныя могли думать, что римское право, съ отнятіемъ у него принудительной силы закона, потеряетъ свое практическое значеніе. Совершенно иначе взглянули на это дѣло составители Прусскаго Уложенія: они признали и упрочили за римскимъ правомъ значеніе необходимой, приготовительной штудіи для познанія мѣстнаго права. Постоянно побуждаемые свыше къ его изученію и преподаванію, прусскіе университеты стали относительно гражданскаго права вѣдѣнія на такую высокую ступень, что сравнялись со всѣми прочими университетами. Тѣ же, которые снизу старались противодѣйствовать вышеуказанному стремленію, дѣлали это съ большою для себя опасностью и во вредъ самимъ себѣ.

Система и литература нынѣшняго римскаго права.

§ 9¹⁾.

Ни одна отрасль дѣйствующаго права Германіи не избѣгла римскаго вліянія, но особенно сильно отразилось оно на содержаніи и конструкціи гражданскаго права. Нынѣ дѣйствующее гражданское право, насколько оно основывается на римскомъ правѣ, какъ классическомъ, такъ и измѣненномъ послѣдующими законодательствами, — составляетъ предметъ сочиненій, носящихъ названіе Пандектъ. Систематическое изложеніе этого же права служить задачей и настоящаго курса. Чѣмъ тверже читатель будетъ помнить, что рѣчь идетъ объ обще-германскомъ и даже переходящемъ за національныя границы правѣ, тѣмъ больше будетъ достиженіе нашей цѣли, тѣмъ менѣе будетъ возможности опустить существенное и непреходящее, удержавъ случайное и измѣнчивое.

Изложеніе римскаго права въ цѣломъ его составѣ, т. е. помимо подробнаго разсмотрѣнія частныхъ отдѣловъ и вопросовъ, предпринималось со времени возрожденія юриспруденціи въ различныхъ формахъ и въ различныхъ направленіяхъ.

Сначала преобладалъ экзегетическій методъ, состоящій въ томъ, что писатели слѣдовали формѣ, порядку и даже ходу мыслей излагаемаго источника права. Такимъ же образомъ читались тогда лекціи и писались лучшія сочиненія; напр. глоссы первыхъ юристовъ XII и XIII в. (глоссаторовъ) представляютъ собою экзегетическое изложеніе отдѣльныхъ мѣстъ юстиніановскаго *Corpus juris*; комментаріи слѣдующихъ по времени юристовъ XIV и XV в. (комментаторовъ) все еще близко держатся подлинника, но уже содержаніе его излагается свободнѣе и, подъ видомъ объясненій, обсуждается систематически²⁾. Экзегетическій методъ оставался преобладающимъ въ XVI в. во французской школѣ, а у юристовъ другихъ странъ, раздѣляющихъ ея возрѣніе, даже до XVII в.³⁾; значеніе его не

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Литературу временъ глоссаторовъ и комментаторовъ см. у Савиньи въ его *Geschichte des R. R. im M. A.*, т. III—VI.

³⁾ Изъ сочиненій XVI в. первое мѣсто занимаетъ сочиненіе Кунціа (+ 1590): *Opera omnia cura Fabroti*, Paris. 1658. 10 fol.,—cura L. Rani, Neap. 1722, 22 fol. (и во многихъ дальѣйшихъ изданіяхъ). Указаніе на древнѣйшую и позднѣйшую экзегетическую литературу Пандектъ находимъ въ *A. Schultingii notae ad Dig. v. Pand. ed. atque animadv. adjecit Smalldenburgh 1804—36*, 7 т. Необходимымъ пособіемъ для экзегетики служатъ *Lexicones*

уменьшилось даже отъ нѣкоторыхъ, сдѣланныхъ въ XVI в., опытовъ систематическаго изложенія всего гражданскаго права по совершенно новому плану ¹⁾. Господство экзегетическаго метода сопровождалось стремленіемъ къ непосредственному и буквальному усвоенію содержанія римскаго права, которое глоссаторы извлекали прямо изъ юстиніановскихъ сборниковъ и включали въ свои сочиненія почти въ полномъ составѣ; школа XVI вѣка старалась очистить римское право отъ схоластическихъ взглядовъ непосредственно предшествовавшихъ ей комментаторовъ и возстановить его во всей чистотѣ съ помощью остатковъ древнѣйшаго права, изученіемъ которыхъ оно отличается отъ школы глоссаторовъ. Французской школой закончился первый періодъ новой римской юриспруденціи, задачей котораго было усвоить имѣющейся матеріалъ и тѣмъ приготовить его для дальнѣйшаго, какъ общаго, такъ и частичнаго изученія.

Уже въ концѣ XVI в., но рѣшительнѣе въ XVII и XVIII вв., произошелъ въ Голландіи и Германіи переходъ къ болѣе свободному отношенію не только къ самому предмету, но и къ внѣшней формѣ изложенія права. Въ университетахъ стали читать обширныя лекціи и старались въ одномъ годичномъ курсѣ изложить всю систему гражданскаго права. Читенія происходили въ порядкѣ титуловъ юстиніановскихъ Пандектъ (такъ называемый *Ordo legalis*, отъ котораго лекціи и получили названіе Пандектъ), впрочемъ подъ каждымъ отдѣльнымъ титуломъ не излагались постановленія безъ всякаго порядка или въ порядкѣ свода, а напротивъ, содержаніе ихъ передавалось систематически, слѣдуя одному извѣстному руководящему началу ²⁾.

Съ такимъ же характеромъ писались и книги, имѣвшія частью значеніе пособія при лекціяхъ, частью составляющія дальнѣйшее развитіе послѣднихъ (комментаторіи) ³⁾. Направленіе этихъ

Бриссонія († 1591): de verborum quae ad jus pertinent significatione, въ передѣланномъ изданіи Гейнекція, Hal. 1743. Подобное же сочиненіе, только большаго размаѣра, общалъ Дирксенъ въ своемъ *manuale latininitatis fontium juris civ. Rom.*, thesauri latininitatis epitome 1837.

¹⁾ Fr. Connani commentarii juris civilis въ первомъ разѣ въ 1553 г.; Hugo Donelli commentarii juris civilis сначала вышелъ lib. I—X въ 1589 г., а тѣмъ libri XXVIII cura Sc. Gentilis. Подобное же сочиненіе написалъ въ XVII в. французъ Домэ (Domat): *Les lois civiles dans leur ordre naturel* 1659 г.

²⁾ Еще раньше школа глоссаторовъ подала примѣръ такого суммарнаго изложенія отдѣльныхъ частей книги *Corpus juris* (Savigny, *Gesch. des R. R. im M. A. V.*, 28); этотъ примѣръ съ того довольно отдаленнаго времени не нашелъ себѣ достойныхъ подражателей и исполнителей.

³⁾ Такъ Wesembecius взялся за *Commentarii in pandectas juris civ. et cod. justin. olim dicta paratitla* въ 1568 г.; Aucta ab Arn. Vinnio cum notis et observ. R. Bachovii Echtii въ 1649 г. I. Meier, *Collegium argetoratense* 1616 г.;

сочиненій крайне разнообразно: одни юристы, подъ влияніемъ духа XVI в., стараются изобразить римское право во всей его чистотѣ (таковы главнымъ образомъ голландцы), хотя нѣкоторые обращаютъ вниманіе и на новое право; другіе (особенно нѣмцы) писали подъ непосредственнымъ или посредственнымъ влияніемъ комментаторовъ конца среднихъ вѣковъ, сознавая или не сознавая это вліяніе, и частью вовсе игнорировали работы школы XVI в. надъ историческимъ разъясненіемъ новѣйшаго права, частью же пользовались ими только поверхностно. Эти ученые, несмотря на свое стремленіе удовлетворить потребностямъ времени, или не сдумали, или не хотѣли указать именно на то, что дѣйствительно имѣло практическое значеніе, а предпочли собрать воедино нѣсколько такихъ правилъ, которые являются лишь теоретическими извращеніями принциповъ римскаго права.

Дальнѣйшимъ шагомъ въ систематическомъ изученіи римскаго права представляется переходъ къ системѣ институцій, которая, при нежеланіи отрѣшиться отъ римскихъ образцовъ, представляла какъ бы болѣе раціональное расположеніе матеріала, чѣмъ система дигестъ. Изъ институцій заимствовалась обыкновенно послѣдовательность изложенія главнѣйшихъ предметовъ; въ размѣщеніи же частныхъ допускатось чрезвычайное разнообразіе. Такимъ образомъ сначала излагались только непосредственно примѣняемыя постановленія римскаго права; но впоследствии въ сочиненія, изложенныя въ такомъ порядкѣ, стали включать не только позднѣйшія измѣненія римскаго права, но и новѣйшіе правовые институты, не имѣющіе даже римскаго происхожденія ¹⁾. Противъ такого смѣшенія впрочемъ возстали весьма мно-

W. A. Lauterbach, Colleg. theoretico—practicum pandectarum 1696 г.; A. Huber, praelectionum juris civ. tom. tres, изъ которыхъ сюда относятся II и III части 1686, 1699 гг.; I. Voet, comment. ad pandectas 1698, 1704 гг.; I. H. Boehmer, introd. in jus digestorum 1704 г.; Ger. Noodt, comm. in XXVII libros digestorum 1716, 1724 гг.; I. V. Westenberg. principia juris sec. ord. Dig. 1712 г.; R. I. Pothier, pandectae just. in novum ordinem digestae, 1748 г.; I. A. Helefeld. jurispr. forensis sec. pand. ord. proposita 1764 г.; Ch. F. Glueck. Ausfuehr. Erlaenterung der Pandecten nach Helefeld, 34 части, доходящая до 28-й книги Дигестъ 1790—1830. г., 2-е изданіе 1845 г.; Ch. F. Muehlenbruch. Fortsetzung des Glueck'schen Commentars—части 35—43 до 29 кн. Дигестъ, 1832—43 г. Дальнѣйшія продолженія его Ed. Fein 44 части, отд. 1—3, носяція также отдѣльное названіе: das Recht der Codicille 1851—53 г.; C. F. v. Reinhardt, Ergaenzungen zu Glueck's Erlaent. 4 т., 1833—40.

¹⁾ Первою книгою такого рода является. jurisprudentia romano-germanica forensis G. A. Struve, 1670 г., бывшая (подъ именемъ малаго Струве, въ отличіе отъ большаго изданія, дополненнаго примѣчаніями другихъ ученыхъ и называемаго syntagma juris civilis) до конца XVIII вѣка весьма употреб-

гіе ученые, которые исключали чисто нѣмецкіе юридическіе институты и излагали лишь римскія узаконенія съ ихъ измѣненіями, составляющія дѣйствующее право ¹⁾). Свообразный способъ изложенія придумалъ Гуго въ своемъ сочиненіи „Институціи нынѣшняго римскаго права 1789 г., но въ послѣдствіи самъ отказался отъ него ²⁾); Гейзе усвоилъ себѣ эту систему и развилъ ее такъ, что она сдѣлалась господствующею ³⁾ и легла въ основаніе большей части новѣйшихъ учебниковъ и руководствъ ⁴⁾). Послѣдствіемъ измѣнившагося метода преподаванія

тельнымъ руководствомъ ко второму курсу Пандектъ. Подобными же характеромъ отличаются и руководства Тидуса: (*jus privatum romano-germanicum* 1709), Бергера (*Oeconomia juris ad usum hod. accom.* 1712) и Гоаакера (*principia juris civilis romano-germanici* 1788 г. въ 3 т., изъ которыхъ только первый и 1-е отдѣленіе второго написаны самимъ Гоаакеромъ). Недавно къ тому же способу изложенія возвратились Россигртъ: *Gemeines deutsches Civilrecht*, 3 тома 1840—41 г., и Шмадтъ *Handb. des gegenwaertig geltenden gemeinen deutschen buergerlichen Rechts*, особенная часть, томы I и II, 1847—48 г. Разсмотрѣніемъ частныхъ правъ отличается Вехтеръ, *Handb. des im Koenigr. Wuertemberg geltenden Privatrechts* 1845 г. Послѣніемъ къ нему служатъ: *Eroertungen aus dem römischen, deutschen und Wuertemb. Privatrecht* тетр. 1—3, 1845—6 г. Энциклопедической еорной изложенія отличаются: Бламе, *System des in Deutschland geltenden Privatrechts*, т. I—1856, т. II—1859 г., 2-е изд. въ 1863 г.; Ферстеръ, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, т. I 1864—5 г.

¹⁾ На среднѣ между двумя указанными методами находится система Тибо — *System des Pandectenrechts* 1803 г. (9-е изд. его, по смерти сочинителя, выпущено Ал. Бухгольцомъ въ 1846 г. въ 2 т.). Но многіе писатели избрали предметомъ своихъ руководствъ для Пандектъ чистое римское право, такъ напр. Мейстеръ (*jus romanum privatum idque purum* 1813 г., вышелъ только одинъ томъ), Л. А. Варниевъ (*commentarii juris romani priv.* 1825 г. въ 3 т.), Гаймбергуръ (*jus rom. privatum idque purum* 1829 г.).

²⁾ *Lehrbuch des heutigen R. R.* 2 изд. 1798 г. (7-е изд. 1826 г.) въ порядкѣ институцій.

³⁾ Ей стали вполнѣ подражать тѣ писатели, сочиненія которыхъ были прежде изданы въ порядкѣ институцій: Тибо (прии. 1) начиная съ 8-го изд., *Mackeldey (Lehrb. des heut. R. R.* 1-е изд. 1814 г., 13-ое изд. Фрица 2 т. 1851 г.)—съ 7-го изд. 1827 г., Мюленбрухъ (*doctrina pandectarum* 1823 г. въ 3 т.)—съ 3-го изд. 1830 г. и въ нѣмецкомъ изложеніи Мадая (*Madai*), озаглавленномъ *Lehrbuch des Pandectenrechts*, 4 изд. 1844 г.

⁴⁾ Простое и полное исполненіе плана Гейзе содержитъ сочиненіе *Wening-Ingelheim's—Lehrbuch des gem. Civilr.*, 1822 г. 3 т. (5-е изд. вышло въ 1835 г.), къ которому съ 1833 г. Fritz сталъ издавать комментаріи. Болѣе самостоятельными представляются: *Schweppe, das R. R. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte* 1814 г. (4-е изд. дополненное въ 5 т. вышло въ 1828 г.). Къ нему примыкаютъ *Seuffert, Lehrb. des practischen Pandectenrechts* 1825 г., *Goeschel, Vorlesungen ueber das gemeine Civilrecht* изд. въ 1828 г. *Erglebens'om's* (2-е изд. безъ перемѣнъ вышло въ 1813 г. въ 3 т.); *Arndts, Lehrb. der Pandecten* 1852 (5-е изданіе въ 1865 г.); *Boecking, Pandecten des roem. Privatrechts aus dem Standpunct unsers heutigen Rechtssystems*,

было то, что по примѣру Гейзе руководства стали гораздо короче и ограничивались только указанием на сущность извѣстнаго предмета и на литературные и другіе источники; подробное же развитіе его выпадало на долю устнаго преподаванія ¹⁾, или разрабатывалось въ отдѣльныхъ, дополнительныхъ курсахъ ²⁾. Говоря, что новое время отличается отъ охарактеризованнаго нами перваго періода юридической науки все большимъ отвращеніемъ отъ экзегетическаго метода, отъ подражанія формѣ римскихъ источниковъ, мы этимъ еще вовсе не хотимъ сказать, чтобы свобода изслѣдованія сдѣлала большіе успѣхи, чтобы сущность римскаго права строго была отличена отъ буквы его и чтобы достигнута была та задача, которая имѣлась въ виду упомянутою неутомимою сочинительскою дѣятельностью. Такое направленіе большинства писателей было, вѣроятно, инстинктивной случайностью, такъ какъ истиннаго сознанія необходимости писать такъ, а не иначе въ нихъ не видно. Матеріалъ собирался и располагался въ такомъ порядкѣ (хотя и не вытекавшемъ изъ сущности дѣла, но къ ней приспособленномъ), чтобы можно было легко найти всѣ нужныя узаконенія. Было бы удивительно, если бы кому-нибудь не пришла мысль изложить книгу Пандектъ въ алфавитномъ порядкѣ.

Уже значительный шагъ впередъ представляетъ намъ теорія

или Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts (т. I, 2-е изд. 1853 года, т. II, 1-й вых. 1855 г.); Alois Brinz, Lehrbuch der Pandecten т. I, 1857 г., т. II 1860 г.; Keller, Pandecten-Vorlesungen, изд. Friedberg'омъ въ 1861 г.; Windscheid, Lehrb. des Pandectenrechts, т. I, 1862 г.

¹⁾ Напр. Gans, System. des roem. Civilr. im Grundr. 1827 г.; Blume, Grundriss des Pandectenrechts, 1829 г. (2-е изд. съ указателемъ источниковъ вышло въ 1845 г.); Rudorf, Grundriss zu Vorlesungen ueber das gem. Civilrecht, 1843 г.; Boecking, Pandecten—учебникъ, излагающій въ краткихъ очеркахъ дѣйствующее гражданское право, основанное на римскомъ правѣ (5-е изд. вышло въ 1861 г. съ многочисленными и весьма точными указаніями на литературу и источники). Многія такія сочиненія даже не поступали въ продажу.

²⁾ Goeschen, Grundriss zu Pandecten-Vorlesungen, 1831 г.; Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832 г.; Vangerow, Leitfaden fuer Pandecten Vorlesungen, т. I, 1839, т. II, 1840, т. III, 1847 (7-е исправ. и дополн. изданіе вышло въ 1863 г.); въ своихъ дополнительныхъ курсахъ Вангеровъ излагаетъ главнымъ образомъ контроверсы. Родъ дополнительныхъ курсовъ большаго размаха представляютъ Sell, roem. Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte (1-я часть содержитъ римское ученіе о собственности съ введеніемъ—о вещныхъ правахъ вообще, 2-е изд. вышло 1852 г.) Пояснительныя чтенія къ цѣлой системѣ права обыкновенно выходятъ по смерти профессора, такъ напр. настоящее сочиненіе, составляющее объяснительныя чтенія къ краткому курсу Пандектъ профессора Пухты (изд. подъ заглавіемъ Pandecten von Puchta), издадо Рудорфомъ по завѣщанію покойнаго Пухты; дѣятели другія подобныя сочиненія указаны въ 4 прим. предш. стр.

общаго гражданскаго права Кирульфа (I т. 1839 г.), замѣчательное сочиненіе, составитель котораго, если бы продолжалъ свой трудъ съ меньшею парадоксальностью, придающею нѣсколько странный характеръ мыслямъ, въ сущности вполне вѣрнымъ, произвелъ бы, вѣроятно, что-либо весьма хорошее ¹⁾. Основаніе для болѣе свободнаго развитія науки дѣйствующаго римскаго права составляетъ замѣчательное сочиненіе Савиньи: „Система нынѣшняго римскаго права“²⁾, котораго первые 8 томовъ вышли въ періодъ времени отъ 1840—49 г. и содержатъ въ себѣ общее ученіе объ источникахъ права, о лицахъ, о свойствахъ, возникновеніи и прекращеніи юридическихъ отношеній, объ искахъ и возраженіяхъ, о литисконтестаціи, о судебныхныхъ приговорахъ, о признаніи и присягѣ, о реституціи, о коллизіи юридическихъ нормъ въ пространствѣ и времени ³⁾. Изложеніе дѣйствующаго римскаго права имѣетъ преимущественно систематическій характеръ, впрочемъ съ примѣсью историческаго элемента, содержащаго исторію римскаго права новѣйшаго времени, представляющуюся по преимуществу исторіею науки нынѣшняго римскаго права, какъ въ полномъ ея объемѣ ³⁾, такъ и въ отдѣльных ея ученіяхъ и вопросахъ ⁴⁾. Днев

¹⁾ Методъ Кирульфа состоялъ въ томъ, что онъ выводилъ отдѣльныя постановленія дѣйствующаго права изъ его же принциповъ и только потомъ сравнивалъ ихъ съ римскими правовыми положеніями, изъясняя и пополняя первыя послѣдними; см. Leist, *civiler. Studien* тетр. 12, 1854. Данивертъ, *Neg. gestio*, 1855.

²⁾ О значеніи этого сочиненія см. статью Пухты въ *Jahrb. von Richter und Schneider* 1840, стр. 673). Указатель къ нему издавъ О. L. Heuser'омъ въ 1851 г.) Вопросы, составляющіе предметъ особенной части, должны были быть обработаны вмѣстѣ съ обязательственнымъ правомъ въ особомъ сочиненіи, котораго впрочемъ вышло только 2 тома, въ 1851 г. 1 й и въ 1853 г. 2-й томъ.

³⁾ До сихъ поръ нѣтъ еще внутренней исторіи науки со временъ глоссаторовъ. Сочиненіе Россгирта „*Dogmengeschichte des Civilrechts*“ даетъ только матеріалы для такой исторіи.

⁴⁾ Споры о частныхъ вопросахъ происходили въ прежнее время въ академическихъ сочиненіяхъ, писанныхъ по различнымъ (торжественнымъ) случаямъ. Пользованіе ими доступно весьма немногимъ, да и можетъ принести весьма мало пользы. Тѣмъ не менѣе были предприняты собранія или исключительно такихъ диссертацій, или диссертацій и другихъ сочиненій, таковы: *Tractatus universi juris in unum congesti (tractatus tractatum)*. Venet 1584 г. 23 fol.; Ever. Otto. *thesaurus juris romani* 1733—35 г.; G. Meermann, *novus thes. etc.* 1780. G. Oelrichs, *thes. diss. jurid. in acad. belgicis habitantium* 1768 г. 2 т., 3 части; *Novus thes. etc.* 1771 г. 3 т., 2 части: H. A. Barth, *Sammlung auserlesener Dissertationen aus dem Gebiete des gem. Civilr. und Civilprocesses* 5 т. 1835 г.; *Rechtslexicon fuer Juristen aller deutschen Staaten*, составл. Аридтсомъ, Вскомъ и др. подъ редакц. Вейске, 1839—61 г., 15 т. Указатель къ нему изд. въ 1862 г. Въ настоящее

нѣйшія и новѣйшія противорѣчія (контroversы) включались также въ составъ курса Пандектъ, конечно не воѣ, но по выбору, при чемъ масштабомъ служила практическая ихъ важность и научный интересъ, хотя весьма часто выборъ зависѣлъ отъ индивидуальнаго вкуса выбиравшаго.¹⁾ Не менѣе важный со-

время полемика переселилась въ періодическія изданія, которыхъ весьма много и которыя охотно отводятъ громадное мѣсто для нея, при чемъ редакторы, за немногими исключеніями, слагаютъ съ себя отвѣтственность за доброту того, что они предлагаютъ публикѣ, и играютъ скорѣе роль бромшировщиковъ, чѣмъ редакторовъ. Таковы слѣд. періодич. изданія: *Civilistisches Magazin*—Hugo 1791—1837 6 томъ; *Magazin fuer Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* Grolman und Loehr 1800—1844, 4 т.; *Zeitschrift fuer geschichtliche Rechtswissenschaft* von Savigny, Eichhorn und Goeschen (въ послѣдствіи Klenze, Rudorff) съ 1815 г., т. 1—15; *Archiv fuer Civilistische Praxis* von Gensler, Mittermaier und Schweizer (къ которымъ то присоединялись, то являлись продолжателями: Loehr, Thiebaut, Linde, Muehlenbruch, Waechter, Francke, Vangerow, Renaud), съ 1814 г. т. 1—46. Новая серия изд. въ Дармштатѣ и въ Лейпцигѣ съ 1864 г.; *Reinisches Museum fuer Jurisprudenz* von Hasse (товарищами и продолжателями котораго были: Blume, Puchta, Puggi, Bethmann—Hollweg, Boecking, Unterholzner) 1827—35 г., 7 т.; *Themis, Zeitschrift fuer practische Rechtswissenschaft* von C. F. Elvers 1827—30 г., 2 т.; новая серия изд. съ 1838 г.; *Zeitschrift fuer Civilrecht und Civilproceß* von Linde, Marezoll, Wening—Ingenheim (затѣмъ Schroeter) изд. въ Gieszen' съ 1827 г. т. 1—20; съ 16-го том. издателями были Linde и Schulte 1845—63 г.; *Zeitschrift fuer Civil- und Criminalrecht* von C. Roschirt, къ которому на некоторое время присоединился Варнѣангъ, съ 1831 г. т. 1—6; *Jahrbuecher fuer histor. und dogmat. Bearbeitung des R. R.* von K. und W. Sell 1841 г. 3 т.; *Archiv fuer pract. Rechtswissenschaft* von Elvers, Schaeffer, Seitz und Hoffmann (впослѣдствіи Elvers, Emminghaus, Martin) 1 т. 1852 г., 2—10 т. въ 1854—53 г.; *Jarbuch des gemein. deutsch. Rechts*, издан. Беккеромъ и Мургомъ (впослѣдствіи Штоббе) 1857—63 г., 6 т.; *Jahrbuecher fuer die Dogmatik des heut. roem. und deutschen Privatrechts*, изд. C. F. Gerber и R. Ihering 1857—63 г. 6 т.; *Zeitschrift fuer Rechtsgeschichte*, изд. Rudorff, Bruns, Merkel и Boehlau 1861—65 г. 4 т.; *Zeitschrift fuer das gesammte Handelsrecht*—Goldschmidt 1858—63 г. 6 томъ; *Kritische Jahrbuecher fuer deutsche R. W.*, Richter и Schneider 1837—48 г.; *Jahrbuecher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* изд. Schletter съ 1854 г.; (Heidelberger) *Kritische Zeitschrift fuer die gesammte Rechtswissenschaft* изд. Brinkmann, Derenburg и др. 1852—59, 5 томъ; *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* изд. Arndts, Bluntschli и Pözl, Мюнхенъ, 1853—59 г. 6 томъ; *Kritische Vierteljahrschrift fuer Gesetzgebung und Rechtswiss.* Pözl, 1859—63 г., 6 т.

¹⁾ Въ средніе вѣка были уже собраны контroversы, издан. Гаенелемъ (Haenel) подъ заглавіемъ *Dissensiones dominorum* etc. 1834 г. Собратели контroversъ новаго времени были: Lueder Mencke, *gimnasium polemicum juris* etc съ 1689 г.; Sam. de Cocceii, *jus civile controversum* 1713 г. C. F. Walch, *introducio in controversias juris civ. inter recentiores Ictos agitas* 1771 г. Въ новѣйшее время Вангеровъ помѣстивъ собраніе контroversъ въ своемъ *Leitfaden* (прим. 2, стр. 24). Holzschuher въ своей *Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts* (§ 6, пр. f). Собраніе контroversъ въ алфавитномъ порядкѣ находится въ *Mathiä, Controversen-Lexicon des roem. Civilrechts* 2 тома. 1856—59 г.

ставной элементъ нынѣшняго римскаго права представляетъ практическое приготовленіе судей къ ихъ обязанностямъ посредствомъ разрѣшенія юридическихъ задачъ ¹⁾ въ связи съ экзегетикой, или безъ отношенія къ оной ²⁾.

¹⁾ Въ связи съ настоящимъ сочиненіемъ находятся слѣд. сборники: Civilrechtsfaelle ohne Entscheidungen Игеринга и Rechtsfaelle zu Puchta's Pandecten Гиртаннера.

²⁾ Больше подробныхъ указаній на новѣйшую литературу см. Walther, Handlex. der jurist. Literatur des 19 Jahrh. ●

КНИГА I.

О ЮРИДИЧЕСКИХ НОРМАХ¹⁾.

ГЛАВА I.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

Возникновение права.

§ 10.

Право²⁾ есть всеобщее убъжденіе лицъ, находящихся въ юридическомъ общеніи³⁾. Возникновеніе правоваго положенія есть поэтому возникновеніе всеобщаго убъжденія, имъющаго обязательную силу и подлежащаго исполненію.

Вопросъ о возникновеніи права имѣетъ громадное, всестороннее практическое значеніе. Впервыхъ, отъ правильнаго разрѣшенія его зависитъ правильное отношеніе къ праву; ошибки юристовъ и законодателей почти всегда коренятся въ неправильномъ пониманіи условій возникновенія права. Вовторыхъ, первымъ дѣломъ судьи является необходимость убъдиться въ

¹⁾ Собственно слѣдовало бы сначала установить понятіе о юридическихъ нормахъ, но невѣрность взгляда автора на этотъ предметъ очевидна изъ первыхъ словъ § 10 и далѣе изъ §§ 20 и 21, въ которыхъ нравственность и благо принимаются за нѣчто, стоящее внѣ права. По существу своему право представляетъ собою совокупность принудительныхъ предписаній, которыми охраняется нравственное цѣлое и его развитія. *Прим изд.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ Тренделсбургъ (*Naturrecht auf dem grunde der Ethik*, 1860 г. § 46, стр. 76) опредѣляетъ право «какъ совокупность всѣхъ общихъ (слѣдовало бы прибавить *принудительныхъ*) нормъ дѣятельности, обуславливающихъ прочность и развитіе нравственнаго цѣлага (государства) и его развитія». *Изъ Пандектъ.*

существованіи тѣхъ постановленій закона, къ примѣненію которыхъ онъ призванъ; для этого ему необходимы свѣдѣнія о происхожденіи, объ источникахъ, изъ которыхъ можетъ возникнуть извѣстный законъ и объ условіяхъ такого возникновенія.

Нагляднѣйшимъ источникомъ права являются предписанія законодательной власти въ государствѣ. Было время, когда положительное законодательство считалось единственно разумнымъ и основательнымъ источникомъ права, когда право и законъ считались синонимами, или когда, по крайней мѣрѣ, всякій другой источникъ права считался недостаточнымъ и несовершеннымъ.

Такое возрѣніе относится къ тому времени, когда, оторвавъ государство отъ его природнаго субстрата — націи, ученые стали теоретически утверждать, что оно основано на произвольномъ договорѣ людей. Можно было бы думать, что этотъ взглядъ на государство былъ выдумкою деспотическихъ правителей, хотѣвшихъ все подчинить своему произволу, но на самомъ дѣлѣ это было не такъ. Этотъ взглядъ былъ отчасти изобрѣтеніемъ тѣхъ лицъ, которые становились во главѣ народа защитниками свободы; но еще и до сихъ раздается такое же мнѣніе со стороны тѣхъ, которые подъ видомъ либеральныхъ идей распространяютъ понятія, опаснѣйшія для истинной свободы.

То положеніе, что законы не составляютъ единственнаго, и даже важнѣйшаго источника права, — вытекаетъ изъ слѣдующихъ двухъ обстоятельствъ:

1) Ни одинъ судья, какъ бы полонъ ни былъ сводъ законовъ, которымъ онъ руководствуется, не можетъ ограничиться имъ и въ большинствѣ случаевъ нуждается въ другомъ правѣ.

2) Законъ самъ по себѣ уже предполагаетъ существованіе права, которое поэтому не можетъ быть произведеніемъ закона. Законодательство возможно только въ государствѣ; государство же основано на правѣ, родоначальникомъ котораго оно, конечно, поэтому быть не можетъ. И такъ, если кромѣ закона есть и другія юридическія нормы, то откуда же происходятъ онѣ? Если судья еще нужны различныя юридическія опредѣленія, откуда же ему взять ихъ?

Кромѣ положительнаго законодательства источниками права служатъ: непосредственное, юридическое убѣжденіе націи, составляющее первоначальный, древнѣйшій источникъ, даже какъ бы самое начало положительнаго права, и наука.

Поэтому правильный взглядъ на происхожденіе права будетъ нижеслѣдующій.

Законы возникаютъ изъ всеобщаго убѣжденія націи, вслѣдствіе котораго всѣ, состоящіе въ юридическомъ общеніи, признають тѣ или другія предписанія юридическими нормами. Это

всеобщее убъжденіе является естественнымъ путемъ, именно вслѣдствіе одинаковаго пониманія одного и того же явленія всѣми членами общества, благодаря природному сходству образа мыслей. Поэтому право имѣетъ свое человѣческое и историческое происхожденіе въ той естественной связи, которою соединены между собой лица, образовавшіе первыя правильныя общества. Это есть связь національная, что подтверждается и различіемъ правъ у разныхъ націй; даже въ одномъ и томъ же народѣ возможны различныя права, и это различіе въ основѣ своей также зависитъ отъ первичныхъ отличій и подраздѣленій въ народѣ.

Члены одного народа соединены общимъ направленіемъ ума, выражающимся въ народномъ характерѣ. Имъ прирождены извѣстныя воззрѣнія и убъжденія, или, по крайней мѣрѣ, зачатки ихъ и способность къ ихъ воспріятію; въ числѣ ихъ прирождены и юридическія убъжденія. И такъ право въ своей крайней исторической основѣ покоится на общемъ убъжденіи народа; право коренится въ волѣ націи (мѣстныя права въ волѣ меньшихъ народныхъ соединеній). Если бы кто подумалъ, что наше воззрѣніе противорѣчитъ божественному происхожденію права, и сталъ защищать это послѣднее, тотъ доказалъ бы, что онъ насъ не понялъ. Мы вовсе не сомнѣваемся въ томъ, что право отъ Бога. Вопросъ только въ томъ, какъ проявляетъ его Богъ. Мы утверждаемъ, что Онъ въ природу націй вложилъ силу создавать право.

Изъ общей народной воли возникаютъ: 1) законы, по которымъ обсуждаются разнообразныя отношенія лицъ другъ къ другу; 2) самое государственное устройство, обеспечивающее дѣйствительное примѣненіе права, охраняющее права, принадлежащія частнымъ лицамъ. Народная воля подчиняетъ членовъ народа извѣстной верховной власти, имѣющей своею задачею реализацію юридическаго порядка. Благодаря такому подчиненію, народъ образуетъ государство.

Сущность нашего мнѣнія состоитъ въ томъ, что оно ищетъ происхожденія права и государственнаго устройства въ силахъ и духѣ цѣлаго естественнаго соединенія — народа. Ни право, ни политическое устройство не возникаютъ по волѣ нѣсколькихъ отдѣльныхъ лицъ, или вслѣдствіе договора ихъ объ образованіи государства и объ установленіи извѣстныхъ законовъ, ибо договоръ самъ по себѣ не имѣетъ творческой силы и можетъ утверждать или измѣнять лишь нѣчто уже существующее въ данный моментъ, — они возникаютъ лишь вслѣдствіе національной воли.

Право не происходитъ отъ государства, но предшествуетъ

его возникновению. Первоначальнымъ источникомъ права не можетъ также служить верховная власть, сама нуждающаяся въ юридическомъ основаніи — въ правомѣрности и представляющая собою только реализацію юридическаго порядка. Она дѣйствительно вырабатываетъ право, но не служитъ его первоначальнымъ источникомъ. Имъ еще менѣе можетъ быть народъ въ политическомъ смыслѣ — управляемыхъ въ противоположность управляющимъ. По нашему мнѣнію право истекаетъ изъ народа, какъ естественнаго цѣлаго, а не изъ политической корпорации гражданъ. Политики долгое время спорили относительно двухъ взглядовъ: по мнѣнію одной партіи источникомъ права слѣдуетъ считать верховную власть, по мнѣнію другой — подданныхъ; но и та и другая, равно какъ и тѣ партіи, которыя хотѣли занять благую средину и, отрицая какъ тотъ, такъ и другой взглядъ, ничего своего не устанавливали, — всѣ онѣ далеки отъ истины и потому вполне бесплодны.

Воля націи выражается различными путями:

1) Въ дѣйствительномъ, непосредственномъ сознаніи самихъ членовъ народа, проявляющемся въ ихъ дѣйствіяхъ, составляющихъ какъ бы примѣненіе (*Uebung*) этого сознанія на дѣлѣ и притомъ примѣненіе непрестанное; такъ рождаются обычаи — *mos*, *consuetudo*, а затѣмъ и *обычное право*.

2) Въ волѣ верховной власти, призванной исполнять и представлять народную волю, называемой въ этомъ отношеніи властью законодательной. То, что выражаетъ законодатель, считается всеобщей волею; постановленіе, въ которомъ выражается эта воля, называется закономъ. Такъ происходитъ *положительное право* (промульгированное).

3) Въ научной дѣятельности. Происхожденіе права изъ непосредственной воли націи и изъ законодательства вполне свободно; все создаваемое этими двумя путями въ частностяхъ не подчинено никакимъ заранее составленнымъ опредѣленіямъ (какъ напр. способы пріобрѣтенія права собственности, сроки для оуществленія правъ, условія обязательности договоровъ, правомоченіе къ наслѣдованію). Но и для дѣятельности этихъ двухъ источниковъ права существуютъ извѣстныя границы, создаваемые разумною его природою; право есть нѣчто разумное, подлежащее въ своемъ развитіи дѣйствію логической необходимости. Если, напримѣръ, законодатель признаетъ право собственности непосредственнымъ владычествомъ челоуѣка надъ вещью, то онъ тѣмъ же самымъ необходимо долженъ признать и всѣ логическія послѣдствія такого характера этого права; вслѣдствіе своей исключительности право собственности должно, конечно, порождать совершенно инныя послѣдствія, чѣмъ напр. право обя-

зательственное; однако нельзя не сознаться, что по требованію обстоятельствъ возможны и отклоненія отъ такой разумной послѣдовательности.. Эта разумная сторона права даетъ возможность и наукѣ принимать участіе въ его возникновеніи тѣмъ, что она изъ признанныхъ принциповъ даннаго права выводитъ такія юридическія положенія, которыя не выражены ни обычнымъ правомъ, ни положительнымъ закономъ. То, что въ силу внутренней необходимости вытекаетъ изъ существующихъ узаконеній, должно, именно вслѣдствіе разумности права, считаться также волею націи, также правомъ; это право и есть *право науки* (или лучше—наука права).

Эти три способа возникновенія права: непосредственное народное сознаніе, положительное законодательство и наука—называются источниками права (*Rechtsquellen*); съ ними не должно смѣшивать тѣхъ внѣшнихъ формъ, въ которыхъ право проявляется во внѣ,—внѣшнюю оболочку права, или такъ называемые источники познаванія его (*Erkenntnisquellen*); эти послѣдніе частію одинаковы для всѣхъ источниковъ права, частью же исключительно принадлежать тому и другому роду ихъ.

Между внѣшними формами выраженія права, или источниками познаванія его главное мѣсто занимаетъ письменность; поэтому право раздѣляется на писанное и неписанное—*jus scriptum* и *lex scriptum*. Прежде ложно думали, что это дѣленіе соответствуетъ дѣленію права по происхожденію, писанное—положительному, неписанное—обычному; положительное право можно назвать писаннымъ по преимуществу, ибо оно является уже таковымъ при своемъ возникновеніи; обычное же право, если даже и будетъ записано, не можетъ вслѣдствіе этого сдѣлаться положительнымъ (кромя того случая, когда нормы его будутъ включены въ положительный законъ), равно и положительное право не можетъ сдѣлаться обычнымъ, если утратится его грамота.

Обычное право.

§ 11.

Обычнымъ называется то право, которое возникло непосредственно въ народномъ сознаніи. Творя его, народный духъ не пользовался ничѣмъ другимъ, кромя настроенія своихъ членовъ, выражающагося въ обычай—*usus, consuetudo*.

Прежде всего необходимо правильно опредѣлять основу этого права и отношеніе къ нему обычая, такъ какъ всѣ ошибочныя

возрѣнія на обычное право коренятся въ ложномъ пониманіи этихъ двухъ пунктовъ.

1) Основую обычнаго права служитъ національное юридическое сознаніе; эту основу слѣдуетъ искать въ народѣ, какъ естественномъ соединеніи людей, ибо обычное право есть юридическое убѣжденіе націи, а не воля народа въ политическомъ смыслѣ, въ смыслѣ подданныхъ. Древнѣйшіе юристы, не понимавшіе этого, считали обычное право исходящимъ отъ подданныхъ, а потому неполнымъ и требующимъ санкціи законодателя. Нѣкоторые неосновательно полагали, что для дѣйствительности постановленій обычнаго права нужно специальное утвержденіе ихъ верховною властью; большинство же считало достаточнымъ общее соизволеніе, даваемое впередъ, и находило такое дозволеніе въ постановленіяхъ римскаго права, но неправильно, такъ какъ римское право само для Германіи можетъ быть только обычнымъ правомъ. Обычное право предшествуетъ положительному; оно получаетъ силу не отъ авторитета законодателя, но отъ той же самой власти, на которой коренится этотъ авторитетъ; оно дѣйствуетъ потому, что право есть вообще народная воля, а обычное право—первый видъ, ея воспринимаемый.

Но существуютъ и мѣстные обычные права, вытекающія изъ юридическаго сознанія отдѣльныхъ частей народа, впрочемъ лишь такихъ, которыя имѣютъ тотъ же національный характеръ и которыя составляютъ естественныя развѣтвленія народа. Когда городъ имѣетъ свое обычное право, то не политическая корпорація является субъектомъ этого юридическаго сознанія и творчества, а совокупность жителей, на сколько они соединены въ одну духовную семью пространствомъ, сходствомъ потребностей и общимъ происхожденіемъ, вслѣдствіе чего у нихъ и можетъ существовать естественное, приращенное всеобщее убѣжденіе.

Здѣсь, также какъ и въ государствѣ, часто смѣшивали политическую корпорацію съ естественнымъ цѣлымъ; благодаря такому ошибочному взгляду, обычное право стали основывать на правѣ самоуправленія (автономіи), которое есть нѣчто совершенно отличное; разница между ними заключается именно въ субъектѣ права, которымъ въ обычномъ правѣ является естественное цѣлое, а въ автономическомъ — искусственное, политическое соединеніе. Есть особый видъ автономическаго права, который по слою негласному происхожденію имѣетъ внѣшнее сходство съ обычаемъ, но въ сущности это совсѣмъ не одно и то же (см. ниже).

2) Обычное право возникаетъ вслѣдствіе того, что національный духъ зорождаетъ и развиваетъ въ умахъ людей такіа юри-

дическія воззрѣнія, которыя они сами признаютъ всеобщими. Такое явленіе происходитъ не вслѣдствіе молчаливаго согласія всѣхъ гражданъ, не по какому-нибудь договорному акту ихъ, но вслѣдствіе природнаго единства въ образѣ мыслей всѣхъ членовъ націи; этимъ-то и отличается возникновеніе обычнаго права отъ происхожденія права автономическаго, хотя бы и негласнаго.

3) Отношеніе обычая къ обычному праву соотвѣтствуетъ отношенію внѣшней формы проявленія къ сущности. Обычай есть примѣненіе уже существующаго въ народномъ сознаніи юридическаго правила, находящаго себѣ въ немъ воплощеніе и опору, такъ какъ люди, руководствуясь постоянно какимъ-либо обычаемъ, путемъ непрестаннаго примѣненія одного и того же юридическаго убѣжденія къ разнообразнымъ явленіямъ юридическаго быта, все больше и больше сознаютъ истину этого убѣжденія.

Существуетъ весьма распространенное, но ошибочное воззрѣніе на обычное право; раздѣляющіе его не могутъ ни создать вѣрную теорію обычнаго права, ни правильно пользоваться имъ на практикѣ. Утверждая, что обычай рождаетъ право, послѣдователи этого воззрѣнія какъ бы признали, что тѣло есть начало души и что скорлупа—начало ядра; по ихъ мнѣнію выходитъ, что обычное право есть право, возникающее изъ обычая, что народъ въ теченіи долгаго времени дѣйствуетъ слѣпо и безъ руководящихъ принциповъ, а потомъ вдругъ воображаетъ себѣ, что у него уже существуетъ право. Это воззрѣніе, несмотря на его очевидную невѣрность, долгое время имѣло многихъ послѣдователей, хотя оно на самомъ дѣлѣ представляется нелѣпнѣйшимъ смѣшеніемъ внѣшняго признака съ сущностью дѣла; при изслѣдованіи бытія обычнаго права мы исходимъ отъ обычая и его примѣненія, умозаключая отъ него къ существованію права, въ сужденіи же о самомъ правѣ мы идемъ совершенно инымъ путемъ. Такъ напр. по движенію руки или ноги мы заключаемъ о жизни человѣка, но кто же рѣшится утверждать, что это движеніе есть именно причина жизни.

Фактомъ большой практической важности представляется еще и то обстоятельство, что съ обычаемъ мы встречаемся не въ одномъ только обычномъ правѣ; на это слѣдуетъ обращать особенное вниманіе въ тѣхъ случаяхъ, когда въ подтвержденіе какого-либо требованія ссылаются на обычай, когда напр. община обращается съ извѣстнымъ требованіемъ къ тѣмъ изъ своихъ жителей, которые не принадлежатъ къ ея гражданамъ, и требованіе свое основываетъ на обычай. Такая ссылка мо-

жетъ имѣть различное значеніе и рѣшеніе дѣла повтому можетъ быть весьма различно.

Обычай—*consuetudo*, *usus*, есть ничто иное, какъ непрерывное, однообразное, выражающееся во множествѣ непрестанно и одинаково повторяющихся отдѣльныхъ дѣйствій, примѣненіе:

1) права (какъ власти), напр. при установленіи сервитутовъ, при незапамятной давности ¹⁾. Такіе обычаи должны быть обусуждаемы по правиламъ тѣхъ институтовъ, къ которымъ они относятся, а не по началамъ обычного права.

2) Правовыхъ опредѣленій, выраженныхъ

а) положительнымъ закономъ; такіе случаи впрочемъ весьма рѣдки, ибо у законовъ есть свой ближайшій источникъ познания—грамота.

б) постановленіемъ автономическаго права. Право автономіи—право издавать, помимо законодательной власти, предписанія, имѣющія силу законовъ, съ извѣстными ограниченіями, принадлежить: 1) корпораціямъ, насколько ихъ уставы обязательны для третьихъ лицъ; этой обязательности не могло бы быть, еслбъ ихъ постановленія имѣли силу простыхъ договоровъ членовъ корпораціи между собой; 2) присутственнымъ мѣстамъ—для извѣстнаго только рода отношеній, именно тѣхъ, которыя касаются внѣшней формы сношеній съ ними. Особенно обширнымъ было это право у римскихъ преторовъ,—въ такомъ объемѣ не имѣетъ его теперь ни одинъ чиновникъ. Автономическія распоряженія могутъ быть сдѣланы или въ предписанной уставомъ формѣ (*Statuten*), или негласно, путемъ непосредственнаго соблюденія ихъ (*Observanzen*). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ примѣненіе есть признакъ, по которому познаются постановленія автономическаго права.

в) научнымъ правиломъ. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда научная истина на самомъ дѣлѣ получила всеобщее примѣненіе.

д) постановленіемъ обычного права. Въ томъ случаѣ, когда правило, вошедшее во всеобщее употребленіе, имѣетъ своимъ источникомъ непосредственное народное убѣжденіе, только и можетъ быть рѣчь объ обычномъ правѣ.

§ 12.

Познаваніе обычного права

Здѣсь прежде всего намъ представляется вопросъ: какими способами можно убѣдиться въ существованіи обычного права?

¹⁾ L. 13, § 1. D. comm. praed. (8, 4), L. 1, §. ult. de aqua pluv. (39, 3), L. 1 C. de servit. (3, 34).

Для разрѣшенія его слѣдуетъ сначала опредѣлить цѣль этого познания, а затѣмъ уже сами собой выяснятся и способы ея достижения. Цѣль познания — доказать существованіе обычнаго права. Это послѣднее должно быть признано существующимъ тогда, когда будетъ доказано, что извѣстное юридическое правило считается закономъ въ сознаниіи народа (всего или извѣстной его части). Намъ, поэтому, слѣдуетъ выбрать такіе способы познания, на основаніи которыхъ можно съ достовѣрностью заключать о существованіи всеобщаго юридическаго убѣжденія народа относительно того или другаго вопроса.

Поэтому намъ прежде слѣдуетъ нѣсколько точнѣе опредѣлить понятіе всеобщаго убѣжденія или сознаниія народа. Для существованія такого убѣжденія не нужно одинаковости сознаниія всѣхъ членовъ извѣстной націи; здѣсь существуетъ естественное представительство всей массы людьми свѣдущими, разумными и опытными. Но и для того, чтобы право во всей своей полнотѣ существовало въ сознаниіи всѣхъ развитыхъ членовъ народа, необходимо предположить нѣкоторую несложность жизненныхъ отношеній и простоту самаго права; при дальнѣйшемъ же теченіи жизни народа вся совокупность національныхъ юридическихъ убѣжденій, право во всей его полнотѣ сконцентрируется въ сословіи лицъ, исключительно занимающихся обсужденіемъ и разрѣшеніемъ юридическихъ отношеній, — въ сословіи юристовъ и судей.

Средствомъ познания такого всеобщаго юридическаго убѣжденія націи представляется прежде всего естественнѣйшее, необходимѣйшее проявленіе его — примѣненіе. Прежде насчитывали множество условій, которымъ долженъ былъ удовлетворять обычай, — на самомъ же дѣлѣ этихъ условій только два, а потому примѣненіе, какъ средство познания обычнаго права, должно имѣть слѣдующія два положительныя свойства ¹⁾:

1) Примѣняться должно юридическое убѣжденіе, основанное на юридическомъ сознаниіи самого дѣйствующаго лица (*opinio necessitatis*), а не на вѣжливости или любезности. Акты, въ которыхъ обнаруживается примѣненіе правилъ обычнаго права, могутъ быть судебныя и внѣсудебныя; къ первымъ принадлежатъ рѣшенія, примѣняющія то или другое правило — *regum iudicatarum auctoritas*, судебная практика — *usus fori*; эти судебныя обычая слѣдуетъ отличать отъ автономическихъ опредѣленій судовъ, касающихся внутренняго распорядка и способовъ дѣятельности — *Gerichtsobservanz, stylus curiae*. Какъ судеб-

¹⁾ Объ отрицательныхъ свойствахъ см. слѣд. §.

ые, такъ и вѣсудебные акты имѣють равное значеніе, однако первымъ принадлежитъ то преимущество, что въ нихъ opinio necessitatis не подлежитъ сомнѣнію. Нѣкоторые ошибочно думали, что судебные акты должны быть непременно actus publici. Такое ¹⁾ условіе публичности примѣненія обычая было установлено потому, что считалось необходимымъ молчаливое признаніе ихъ законодателемъ, который, благодаря этой публичности, получалъ возможность узнать и одобрить или не одобрить известное обычное правило; примѣненіе, по мнѣнію другихъ, должно быть публичнымъ для того, чтобы по молчанію всѣхъ лицъ, въ виду которыхъ оно происходитъ, можно было бы заключить о ихъ согласіи на такое примѣненіе.

2) Примѣненіе должно быть неоднократнымъ и однообразнымъ; только въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть твердое убѣжденіе въ томъ, что оно основывается на всеобщемъ юридическомъ сознаніи. Сколько должно быть известно судьѣ случаевъ примѣненія, чтобы убѣдить его въ существованіи обычая, будетъ зависѣть отъ обстоятельствъ, хотя надо полагать, что три или четыре случая имѣють достаточную убѣдительную силу, при чемъ однако нельзя не желать и большаго числа ихъ. Примѣненіе должно быть повторено разными лицами, чтобы можно было убѣдиться во всеобщности сознанія, и въ разныя времена, для доказательства продолжительности и твердости убѣжденія; поэтому въ понятіи обычая заключается представленіе объ известной продолжительности времени — *longa consuetudo*, *usus longaevis*, которую въ средніе вѣка ошибочно старались опредѣлять по сроку давности; эта ошибка была санкціонирована каноническимъ правомъ — *consuetudo legitime praescripta*. Это ошибочное воззрѣніе давно уже оставлено, однако условіе продолжительности примѣненія отнюдь нельзя считать отмѣненнымъ. Однообразіе примѣненія не уничтожается вслѣдствіе того, что изрѣдка попадаются нѣсколько противорѣчащихъ фактовъ, такъ какъ отступленія и неправомерности въ примѣненіи встрѣчаются даже и по отношенію къ несомнѣннымъ постановленіямъ; но еслибъ эти отклоненія повторялись часто, то такое разнобразное примѣненіе, какъ средство познанаія обычнаго права, потеряло бы свою убѣдительную силу.

Вторымъ способомъ познанаія обычнаго права, который лучше всего соединять съ первымъ, представляется свидѣтельство достовѣрныхъ и свѣдущихъ лицъ о существованіи тѣхъ или другихъ норъ обычнаго права. Но и одного этого послѣдняго способа достаточно въ тѣхъ случаяхъ, когда напр. невозможно

¹⁾ Изъ Пандектъ.

соединение обоихъ вълѣдствіе того, что существованіе извѣстнаго обычнаго правила въ какомъ-либо государствѣ указывается мѣстными юристами, которые однако не подтверждаютъ своихъ мнѣній никакими ссылками на отдѣльные случаи примѣненія этого правила. Неопровержимымъ признакомъ существованія обычнаго права служить судебное рѣшеніе, которому предшествовало тщательное изслѣдованіе его судьей. ¹⁾

Наконецъ; существованіе обычнаго права можетъ быть доказано сочиненіями, за которыми признается достовѣрность или вълѣдствіе особыхъ качествъ ихъ составителей, или по оказанной ими пользѣ. Сюда относятся не только сборники обычнаго права, но и указанія на обычаи въ различныхъ сочиненіяхъ; однако въ этомъ послѣднемъ случаѣ нужна особенно строгая критика, ибо краткія замѣтки такого рода, обыкновенно, не точны. Особый источникъ познанаія обычнаго права составляютъ юридическія пословицы, исшедшія изъ устъ народа и въ немъ неизмѣнно живущія.

§ 13.

Недостатки способовъ познанаія обычнаго права.

Обычай и его примѣненіе имѣютъ своего рода авторитетъ при познанаіи обычнаго права, постановленія котораго они собою выражаютъ; но сами они не создаютъ права и не имѣютъ самостоятельнаго авторитета. Поэтому, если бы было доказано, что извѣстное правило не можетъ считаться обычнымъ правомъ, то даже многократное и однообразное примѣненіе его не сдѣлало бы его обычнымъ, оно осталось бы *irrelevans factum*. Это можетъ произойти:

1) когда примѣненіе извѣстнаго обычая, именно судебное, основывается на согласномъ мнѣніи юристовъ, которые въ данномъ случаѣ однако не могутъ считаться представителями національнаго убѣжденія, такъ какъ они высказываютъ не болѣе какъ доктринальное, научное мнѣніе. Если это послѣднее не вѣрно, то и примѣненіе его не можетъ имѣть значенія обычая, ибо будетъ примѣненіемъ не національнаго убѣжденія, а научной ошибки. Совсѣмъ другое дѣло, если ошибка допущена въ тѣхъ доказательствахъ, которыя приводятся въ подтвержденіе какого-либо правила, само по себѣ существующаго и вѣрнаго ²⁾. Такъ въ прежнее время старались доказать пу-

¹⁾ См. L. 34 D. de legib. (1, 3).

²⁾ Изъ Пандектъ.

темъ ложной интерпретаціи существованіе многихъ постановленій національнаго обычнаго права еще въ правѣ римскомъ и придать имъ значеніе древнеримскихъ законовъ; этимъ однако вовсе не уничтожается значеніе этихъ постановленій, какъ нормъ обычнаго права. Напр., въ средніе вѣка существовало обыкновеніе прикладывать печать въ удостовѣреніе подписи; это обыкновеніе было примѣнено къ завѣщаніямъ и такимъ образомъ возникъ чисто германскій обычай; позднѣйшіе юристы, признавая существованіе такого обычая, выводили его изъ римскаго права, которому было извѣстно только прямое назначеніе печатей; ошибка эта вовсе не уничтожаетъ дѣйствительности самаго обычая.

2) Примѣненіе извѣстнаго правила не можетъ породить обычая, если оно противорѣчитъ предписаніямъ религіи и нравственности; противонравственное обыкновеніе не можетъ считаться выраженіемъ истинной народной совѣсти. Точно также не можетъ быть обычая и въ томъ случаѣ, если какое-либо правило противорѣчитъ юридическому порядку, или высшему праву, котораго оно отмѣнить не можетъ; такъ напр. общее право не можетъ быть отмѣнено мѣстнымъ обычнымъ правомъ, если оно само имѣетъ исключашій характеръ (см. ниже § 17). Нѣкоторые думали, что и вообще обычаи не могутъ противорѣчить закону, что *consuetudo legi contraria impossibilia*; но мы убѣждаемся въ противномъ какъ изъ самой природы вещей, ибо непосредственная народная воля не можетъ быть слабѣе фиктивной воли, представляемой закономъ, такъ и изъ исторіи, указывающей намъ, что безчисленное множество законовъ было отмѣнено обычнымъ правомъ ¹⁾. Всѣ ²⁾ воззрѣнія, утверждающія, что обычное право такъ или иначе стоитъ ниже права положительнаго, не вѣрны: оба источника права—непосредственное народное сознаніе и положительное законодательство—имѣютъ равную силу; если же иногда правило обычнаго права ступшевается предъ положительнымъ закономъ, то это происходитъ не потому, что оно есть именно обычное, а вслѣдствіе какихъ-либо другихъ причинъ ³⁾.

Другіе старались по крайней мѣрѣ ослабить силу обычнаго права, говоря, что оно не дѣйствуетъ при существованіи

¹⁾ См. L. 32 D. de legib. (1, 3), § 11. 1. de jure nat. (1, 2). Nov. 89 c. 15. Ср. прил. I. — ²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ Многие хотѣли придаться къ слову *desuetudo* (L. 32 D. de leg.), но не основательно, ибо *desuetudo* дѣйствительно противорѣчитъ закону, обычное же право, въ этомъ смыслѣ, могло бы вытѣснить изъ употребленія законъ, и, по его уничтоженіи, не создать ничего новаго. Утверждали также, что указанное мѣсто Пандектъ есть одно изъ основныхъ началъ юридическаго быта

абсолютно повелѣвающихъ или запрещающихъ законовъ (см. ниже § 110). Это мнѣніе стоитъ въ связи съ тѣмъ воззрѣніемъ, которое признаетъ происхожденіе обычнаго права отъ автономіи.

Наиболѣе вѣрно нынѣшнее воззрѣніе, хотя и оно встрѣчаетъ затрудненіе въ объясненіи одного мѣста источниковъ ¹⁾, какъ бы совершенно ему противорѣчащее. Множество попытокъ объясненія и согласованія этого мѣста съ остальными, относящимися къ занимающему насъ вопросу, постановленіями отличаются тѣмъ, что всѣ онѣ допускаютъ произвольныя предположенія, отчасти даже очевидно ложныя. Новѣйшею попыткой является объясненіе Вангерова ²⁾, будто означенное мѣсто говоритъ о законѣ, которымъ запрещается будущее обычное право; это — нелѣпость: законъ также мало можетъ заранѣе отмѣнить будущее обычное право, какъ и всякій другой будущій законъ.

Согласованіе этого мѣста съ правильнымъ взглядомъ на занимающій насъ вопросъ не имѣетъ большаго практическаго значенія; даже если бы признать несогласіе между ними, то и тогда вопросъ вполнѣ разрѣшится на основаніи внутреннихъ началъ; эти же послѣднія всегда противъ ограниченія обычнаго права. Но такое согласованіе возможно, если отнестись къ дѣлу безъ предвзятой мысли. Тогда окажется, что здѣсь вовсе нѣтъ рѣчи о силѣ обычнаго права. Указанное постановленіе выражаетъ только возможность существованія извѣстнаго обыкновенія (*consuetudo*) и несуществованія обычнаго права; оно опредѣляетъ, что обычное примѣненіе какого-либо правила, не имѣющаго характера юридическаго постановленія, не можетъ имѣть значенія обычая, ибо у него нѣтъ самостоятельнаго авторитета. Оно выражаетъ собою вкратцѣ ту же мысль, которая составляетъ содержаніе всего этого параграфа и которую я почти словами источника высказалъ въ его началѣ.

Положительное право.

§ 14.

Положительнымъ правомъ называется право, основанное на постановленіяхъ законодательной власти (на законѣ). Условія его возникновенія слѣдующія:

республики, нечаянно появившее въ Пандекты Юстиніана, которое можетъ быть употреблено этимъ деспотомъ безсознательно въ демагогическомъ припадкѣ; на это мы возражаемъ, что государственное устройство не имѣетъ никакого отношенія къ данному вопросу.

¹⁾ L. 2 C. quae sit l. c. (8,53); ср. прил. I.

²⁾ Leitfaden f. Pandecten-Vorlesungen т. I, стр. 28.

1) Законъ долженъ быть волею того лица, которое конституціей государства признано субъектомъ законодательной власти.

2) Эта воля должна быть выражена въ установленномъ порядкѣ, — промудгирована или санкціонирована.

3) Законъ долженъ быть обнародованъ, опубликованъ. Способъ обнародованія устанавливается основными законами. Безъ обнародованія не можетъ быть закона.

Собственно законами называются предписанія верховной власти, содержащія извѣстное правовое правило, по которому долженъ быть обсуждаемъ цѣлый, болѣе или менѣе обширный рядъ случаевъ — *leges generales*; къ нимъ же относятся предписанія, назначенныя исключительно для извѣстнаго класса людей, напр. солдатъ, женщинъ и пр. — *leges speciales*, въ отличіе отъ законовъ, обязательныхъ для всѣхъ подданныхъ государства — *leges communes*.

Законодательная власть имѣетъ впрочемъ право издавать особыя узаконенія для отдѣльныхъ лицъ и предметовъ, имѣющія по отношенію къ этимъ послѣднимъ силу закона. Это — такъ называемыя *constitutiones personales*; къ нимъ относятся: диспенсаци (разрѣшенія лицу отступить отъ закона въ одномъ какомъ либо случаѣ), привилегіи (признаніе за лицомъ такого права, котораго бы оно не имѣло по общему законодательству), вообще уступки, снисхожденія (*Concessionen*), напр. — *venia aetatis*; но если это преимущество или уступка была выражена такимъ образомъ: при извѣстныхъ условіяхъ совершеннолѣтіе должно наступать раньше, это будетъ уже не снисхожденіе, а общій законъ — *lex generalis*. Всѣ *constitutiones personales* не составляютъ источника права вообще, а представляются лишь источниками отдѣльныхъ правъ, и поэтому о нихъ будетъ рѣчь при изложеніи таковыхъ (§ 31).

Всѣ *leges generales* не относятся къ отдѣльному только случаю, хотя неоднократно общій законъ постановлялся при разрѣшеніи какого-нибудь частнаго случая; это явленіе весьма часто встрѣчалось въ римскомъ правѣ въ декретахъ императоровъ и въ отвѣтныхъ рескриптахъ на запросы и доклады.

Въ формѣ рескриптовъ отчасти даровались различныя преимущества, напр. *venia aetatis*, *arrogatio*, *legitimatio* и пр. Эти то рескрипты и суть главнымъ образомъ *constitutiones personales* и въ каноническомъ правѣ называются *rescripta gratiae*, — они употребительны еще и теперь; отчасти же въ нихъ разрѣшались тѣ частные случаи, которые были представляемы на усмотрѣніе императоровъ — *rescripta justitiae*; эти послѣдніе могли быть какъ *personalia*, такъ и *generalia*. Такое вліяніе правителей на юридическую практику (кабинет-

ная юстиція) теперь въ Германіи не допускается, хотя еще встрѣчаются рескрипты, которыми министерства юстиціи стараются повліять на дѣятельность судовъ, или высшіе суды— на дѣятельность низшихъ, таковы напр. *rescripta avocatoria*, содержащіе отиѣну рѣшенія вслѣдствіе противорѣчія его служебнымъ обязанностямъ судей и пр., *rescripta de emendando*, издаваемые по случаю апелляціи и оправданія, безъ выслушанія апеллянта, допускаемые какъ исключеніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ (см. ниже въ ученіи о процессѣ).

Римское право опредѣляетъ самыя формы рескриптовъ, но теперь онѣ не имѣютъ значенія. Постановленія же о сущности ихъ могутъ еще имѣть значеніе какъ по отношенію къ *rescripta gratiae*, такъ и по отношенію къ *rescripta justitiae*, насколько теперь существуютъ законы, имъ аналогичскіе; привела эти слѣдующія:

1) Противозаконные ¹⁾ и вредящіе общественному благу рескрипты должны считаться какъ бы вовсе неизданными и несуществующими.

2) Рескрипты, опредѣляющіе обязанности судьи при разрѣшеніи известной тяжбы (такъ называемые *rescripta justitiae*), чтобы имѣть обязательную силу, должны быть вручены судью и считаются дѣйствующими лишь съ момента врученія; привилегіи же (такъ называемые *rescripta gratiae*) считаются дѣйствующими со времени изданія рескрипта. Однако примѣненіе нѣкоторыхъ изъ числа этихъ послѣднихъ можетъ быть отдалено, если они такого рода, что для дѣйствительности требуютъ другаго дополнительнаго акта; такъ напр. погашеніе давностью реституціи *in integrum*, какъ послѣдствіе привилегіи *venia aetatis*, начинается лишь съ того времени, когда несовершеннолѣтній, вслѣдствіе объявленія его совершеннолѣтнимъ, дѣйствительно вступить въ фактическое управленіе своимъ имуществомъ.

3) Если рескриптомъ разрѣшается какая-либо тяжба, то это обыкновенно происходитъ вслѣдствіе односторонняго заявленія истца; отвѣтчикъ не выслушивается и истина указываемыхъ фактовъ не изслѣдывается.

Поэтому рескриптъ издается подъ необходимо подразумеваемымъ условіемъ: *si preces veritate nitantur*; отвѣтчикъ можетъ требовать провѣрки фактовъ подачею возраженія съ указаніемъ искаженій, сдѣланныхъ истцемъ (*praescriptio mendacii*); судья обязанъ обратить вниманіе на это возраженіе, хотя бы даже въ рескриптѣ предписывалось ему немедленное его испол-

¹⁾ Изъ Пандектъ, § 14 а.

неніе. Если возраженіе будетъ найдено основательнымъ, то для истца утратится всякая выгода отъ рескрипта.

Означенныя искаженія могутъ быть двухъ родовъ: или узаваніе ложныхъ фактовъ (*subreptio*), или скрытіе истинныхъ (*obreptio*). Нѣмецкіе юристы несогласны относительно того, на комъ лежитъ обязанность представлять доказательства при *praescriptio iudicialii*; существуютъ два главныхъ мнѣнія: 1) доказывать всегда долженъ отвѣтчикъ, такъ какъ онъ возражаетъ; 2) отвѣтчикъ долженъ доказывать только *excerptio obreptionis*, а не *excerptio subreptionis*. Вѣрный взглядъ будетъ слѣдующій: обязанность (*onus probandi*) доказывать тѣ факты, отъ которыхъ зависитъ разрѣшеніе спора, опредѣляется тѣмъ же порядкомъ, какимъ она опредѣлялась бы въ томъ случаѣ, если бы рескрипта вовсе не было,—это слѣдуетъ именно изъ вышеуказаннаго правила, что въ каждомъ рескриптѣ подразумѣвается условіе „*si preces veritate nitantur*“ Отвѣтчикъ долженъ доказывать тоже при обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства.

Источники познания положительнаго права.

§ 15.

Наилучшимъ источникомъ познания положительнаго права служатъ грамоты законовъ (*Urkunden*); изъ нихъ-то судья долженъ почерпнуть нужныя ему опредѣленія. Но при этомъ важны слѣдующіе два вопроса: 1) есть ли данная грамота дѣйствительно законъ, т. е. правильно выраженная воля; 2) каково содержаніе этой воли? Первое изъ нихъ мы назовемъ бытіемъ (*Existenz*), второе разумомъ закона (*Sinn des Gesetzes*).

Вопросъ о существованіи закона зависитъ прежде всего отъ подлинности самой грамоты какъ въ цѣломъ ея объемѣ, такъ и въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ ея (предложеніяхъ, словахъ), то-есть зависитъ отъ того обстоятельства, содержитъ ли она законъ въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ онъ былъ изданъ законодателемъ. Чѣмъ древнѣе законъ, тѣмъ легче зародиться сомнѣнію; но оно возможно и относительно новыхъ законовъ, напр. въ случаѣ извращенія закона при первой же его публикаціи вслѣдствіе опечатокъ. Изслѣдованіе подлинности закона технически называется *критикою* его. Если критическая оцѣнка основывается на сравненіи данной грамоты закона съ другими, излагающими его, документами, то это будетъ *сравнительная критика*; если же въ основаніе критики лягутъ другія, внутреннія

или внѣшнія начала, то это будетъ *предположительная критика* (Conjecturalkritik).

Вопросъ о существованіи закона находится въ зависимости и отъ соблюденія формъ, установленныхъ для промульгаціи и публикаціи; изслѣдованіе этого обстоятельства, подобно критикѣ, приходится на долю судьи, обязанность котораго состоитъ въ распознаваніи и примѣненіи права. Такое распознаваніе права естественно предполагаетъ самое бытіе права и его изслѣдованіе. Это правило относится не только къ положительному праву, но и къ обычному.

Относительно этого обстоятельства возникло недавно весьма важное разногласіе, поводомъ къ которому послужили условія дѣйствительности законовъ въ конституціонныхъ монархіяхъ.

Нѣкоторые юристы хотѣли установить слѣдующее различіе:

1) Сомнѣніе въ правомѣрномъ происхожденіи извѣстнаго закона, когда, напр., правитель издалъ законъ безъ участія государственныхъ сословій, а законъ былъ именно такого рода, что требовалъ такового участія.

2) Правомѣрность происхожденія закона не подлежитъ сомнѣнію, а сомнительно лишь правильное его обнародованіе.

Они утверждали, что судья, которому придется примѣнять сомнительный законъ, можетъ самъ разрѣшить вопросъ о томъ, соблюдены ли всѣ условія публикаціи закона, но не можетъ браться за разрѣшеніе сомнѣнія перваго рода и потому обязанъ примѣнять законъ, возбуждающій такое сомнѣніе, если только онъ обнародованъ установленнымъ образомъ. Разрѣшеніе вопроса о правомѣрности происхожденія закона судья долженъ предоставить соглашенію между государственными сословіями и правительствомъ.

Такая теорія не только не имѣетъ никакого внутренняго содержанія, но и политически опасна, такъ какъ она отнимаетъ у конституціи весьма важную, даже, лучше сказать, вѣрнѣйшую гарантію. Мы основываемъ свое мнѣніе на слѣдующихъ соображеніяхъ:

1) Неоспоримо то, что судья можетъ распознавать право и поэтому можетъ обсуждать условія его существованія; судья не имѣетъ основанія обращаться за разрѣшеніемъ къ законодательной власти, ибо онъ долженъ руководствоваться лишь дѣйствующимъ правомъ.

2) Устанавливать какое бы то ни было различіе въ правахъ судьи относительно указанныхъ двухъ условій дѣйствительности закона—чистѣйшій произволь; конституціонное устройство въ этомъ случаѣ не можетъ имѣть никакого значенія, ибо судья,

какъ тутъ, такъ и во всѣхъ другихъ государствахъ, имѣютъ одно и тоже призваніе.

3) Теорія эта сама по себѣ не логична; предположивъ разъ, что судья долженъ предоставить разрѣшеніе сомнѣнія правительству и палатамъ, слѣдуетъ допустить, что до разрѣшенія онъ не долженъ примѣнять сомнительнаго закона. Послѣдователи же указанной теоріи совершенно неосновательно говорятъ, что онъ все-таки обязанъ примѣнить спорный законъ.

4) Возраженіе, что въ силу нашего возрѣнія каждый судъ получить значеніе верховнаго государственнаго суда, разрѣшающаго споры между государственными сословіями и правительствомъ, основано на простомъ недоразумѣніи. Судья, примѣняя или не примѣняя извѣстный законъ къ данному случаю, этимъ разрѣшаетъ не вопросъ о бытіи этого закона, не споръ между государственными сословіями и правительствомъ, а лишь подлежащій его разсмотрѣнію процессъ; слѣдовательно онъ не выходитъ изъ предѣловъ своего уполномоченія.

Разумъ закона, изъясненіе (Auslegung), и интерпретація его.

Дѣятельность ¹⁾, направленная на открытіе и уясненіе разума закона, называется изъясненіемъ его (Auslegung) или толкованіемъ (interpretatio) въ нынѣшнемъ смыслѣ слова. Эта дѣятельность имѣетъ характеръ заимствования: она прямо направлена на простое усвоеніе того правила, которое хотѣлъ выразить законодатель въ изъясняемомъ законѣ; римляне же употребляютъ выраженіе „уяснять разумъ закона“ для обозначенія всей дѣятельности юриста, противопологаемой существующему положительному праву, — дѣятельности не только заимствующей (receptio), ведущей къ разумной, но и производительной, дополняющей и измѣняющей дѣйствующее право (§ 18). Римляне употребляютъ слово interpretatio также для обозначенія отношенія между другими источниками права, напр. для обозначенія того, что законъ дополняется какимъ либо обычаемъ ²⁾, или распоряженіемъ законодателя; въ этомъ послѣднемъ смыслѣ и говоритъ Юстиніанъ: „solus interpres legum imperator.“⁴ Интерпретировать (въ нашемъ смыслѣ) законъ могъ судья; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ самостоятельное

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 37, D. de leg. (1, 3).

изъясненіе закона могло сдѣлаться для него невозможнымъ вслѣдствіе того, что разумъ прежняго закона могъ быть подтвержденъ новымъ постановленіемъ законодательной власти, которому судья обязанъ будетъ подчиниться, хотя бы утверждаемый смыслъ закона не соответствовалъ научному его значенію. Въ такое положеніе поставляется судья или новымъ закономъ, повелѣвающимъ придавать прежнему закону то или другое значеніе (такъ наз. аутентическая интерпретація), или же обычнымъ правомъ (такъ наз. узуальная интерпретація)¹⁾. Оба эти вида интерпретаціи—аутентическая и узуальная—называются также однимъ именемъ—легальной интерпретаціи, которой противопоставляется научное толкованіе, не опирающееся ни на какой внѣшній авторитетъ, — доктринальная интерпретація; только этотъ послѣдній видъ будетъ собственно интерпретаціей въ нашемъ смыслѣ слова. Легальная интерпретація устанавливаетъ новое право, имѣющее лишь нѣкоторую связь со старымъ. Законодатель при аутентическомъ толкованіи издаетъ новый законъ, съ приказаніемъ считать его содержащимся въ старомъ²⁾; поэтому-то оно и должно удовлетворять всемъ условіямъ, которыя требуются отъ новаго закона.

Доктринальную интерпретацію подраздѣлили на грамматическую, изслѣдывающую буквальный смыслъ словъ и предложений, и на логическую, основанную на умозаключеніи отъ тѣхъ или другихъ фактическихъ данныхъ относительно изслѣдуемаго закона, напр. отъ цѣли его, отъ различныхъ историческихъ обстоятельствъ и проч. Часто эти два вида считались вполне самостоятельными и примѣнимыми въ разныхъ случаяхъ; на самомъ же дѣлѣ здѣсь представляется лишь подраздѣленіе вспомогательныхъ средствъ, употребляемыхъ для толкованія; отдѣльныхъ видовъ интерпретаціи быть не можетъ, а указанные два способа научной интерпретаціи должны быть употребляемы совокупно. Логическая интерпретація, сама по себѣ изъяснительная (декларативная), можетъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, быть или распространительною, или ограничительною (*seu extensiva, seu restrictiva*), но такое дѣленіе ея неправильно, ибо представляетъ собою смѣшеніе понятій. На самомъ дѣлѣ распространительною или ограничительною называютъ или 1) ту интерпретацію, которая отступаетъ отъ обыкновеннаго смысла словъ, не отрицая самаго закона; но такое отступленіе далеко не подходитъ подъ понятіе толкованія; или 2) ту интерпретацію, которая влечетъ за собой дѣйствительное измѣненіе

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Примѣненіе его см. § 111 въ ученіи о примѣненіи новыхъ законовъ.

(Modification) самого закона; этотъ послѣдній видъ толкованія во-все не подходитъ подъ наше понятіе интерпретаціи (см. § 18).

Изъ правилъ, созданныхъ для критики и интерпретаціи закона, образовалась цѣлая наука—юридическая герминевтика,—наука безплодная, поверхностная, сухая.

Теперь намъ слѣдуетъ указать нѣсколько правилъ, имѣющихъ какъ общее значеніе для толкованія законовъ, такъ и особенно важныхъ для интерпретаціи законодательства Юстиніана.

1) Важнѣйшій принципъ интерпретаціи состоитъ въ слѣдующемъ: законъ есть выраженная воля законодателя; какъ воля не имѣетъ значенія безъ слова, ее выражающаго, такъ и слово ничего не значитъ безъ воли. Чтобы законъ могъ имѣть дѣйствительное значеніе, разумъ его долженъ быть непременно выраженъ въ словахъ (хотя бы употребленныхъ и въ необыкновенномъ ихъ значеніи); слова же должны соответствовать волѣ законодателя. Поэтому истинная интерпретаціи не должна давать закону никакого другаго значенія кромѣ того, которое ясно заключается въ словахъ его, а поэтому возможенъ только одинъ видъ интерпретаціи—изъяснительная интерпретаціи (*declaratorische Interpretation*).

2) Въ каждомъ законѣ слѣдуетъ различать *verba dispositiva* s. *decisiva*, содержащія собственно узаконенія, отъ *verba enunciativa* s. *relativa*, излагающихъ мотивъ, цѣль, полезность издаваемого закона и вообще все то, что не составляетъ существенной его части. Эта второстепенная часть—не болѣе, какъ пособие для истолкованія первой, важнѣйшей части; пригодность ея будетъ зависѣть отъ степени развитія и способностей составителя закона. Эти изъяснительныя слова въ законахъ позднѣйшихъ императоровъ часто слишкомъ пространны, не имѣютъ никакого юридическаго содержанія, и потому скорѣе затрудняютъ, чѣмъ облегчаютъ интерпретаціи. Въ юстиніановскомъ законодательствѣ существованіе, или не существованіе въ законѣ подобныхъ разсужденій о цѣли закона, мотивахъ и проч., не лишено нѣкотораго значенія: несуществованіе ихъ въ известномъ законѣ доказываетъ, что Юстиніанъ при изданіи его не имѣлъ въ виду никакого нововведенія.

3) Если въ законѣ точно опредѣлены случаи его примѣненія, то этимъ самымъ *tacite* исключается всякая возможность примѣненія его въ другихъ случаяхъ. Такое толкованіе называется *argumentum a contrario* и допускается напр. относительно правила *L. 32 D. de leg. (1, 3): cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*¹⁾, или относительно закона о томъ,

1) Т. е. если преторъ въ своемъ эдиктѣ (*lex*) скажетъ, что онъ, до исто-

что завѣщанія солдатъ, совершенныя во время сраженія, освобождаются отъ формальностей. Сюда же относится правило: *excerptio firmat regulam in casibus non excerptis*. Примѣненіе указаннаго аргумента предполагаетъ: а) способность правильно мыслить и вѣрно выражать свои мысли, способности, чуждую, между прочимъ, нѣкоторымъ составителямъ законовъ; б) наличность дѣйствительнаго распоряженія, а не простое историческое указаніе; въ этомъ послѣднемъ случаѣ примѣняется противоположное вышеуказанному правило: *unius positio non est alterius exclusio*.

4) Большая часть содержанія юстиніановскаго кодекса состоитъ изъ рескриптовъ, представляющихъ собою примѣненіе законовъ въ частнымъ случаямъ. Вѣрное опредѣленіе заключающихся въ нихъ узаконеній весьма часто находится въ зависимости отъ правильнаго пониманія свойствъ того случая, который послужилъ поводомъ къ изданію рескрипта; отъ этого же будетъ зависетьъ вѣрное примѣненіе закона въ будущемъ. Такое пониманіе характера даннаго случая можетъ представлять нѣкоторыя затрудненія потому, а) что компиляторы рескриптовъ иногда черезъ-чуръ урѣзывали ихъ и отрывали рѣшеніе отъ существенныхъ обстоятельствъ дѣла и мотивовъ, и б) что съ другой стороны самый случай иногда излагался растянуто, со всеми незначительными побочными обстоятельствами, не имѣвшими вліянія на его рѣшеніе. Поэтому къ рескриптамъ слѣдуетъ примѣнять весьма осторожно *argumentum a contrario*.

5) Германскіе юристы обыкновенно держатся правила—ограничительно толковать законы, исправляющіе или измѣняющіе прежнее право (*correctorische Gesetze*). Это одно изъ худшихъ правилъ интерпретаціи, такъ какъ оно часто можетъ повести къ исполнѣнью превратному примѣненію законовъ. Руководствуясь этимъ правиломъ, можно ослабить имѣющуюся въ виду реформу и превратить хорошій законъ въ полумѣру, что всего неприятели и хуже для законодателя. Каждый законъ долженъ имѣть полное свое примѣненіе, все равно — устанавливаетъ ли онъ новое право, или видоизмѣняетъ прежнее. Однимъ словомъ, здравый юридическій разумъ и тактъ должны руководить толкователей закона, а не искусственнымъ образомъ созданныя правила, нужныя только слабымъ головамъ для того, чтобы изба-

ченія извѣстнаго времени отъ возникновенія исковаго права (*in praeteritum*), признасть извѣстный искъ, напр. *intra annum agere permittam*, то изъ этого слѣдуетъ, что по истеченіи этого времени искъ уже допущенъ не будетъ: *post annum non dabo*. L. 1. pr. D. U. P. (43, 17), Donell. *comm. jur. civ.* I. 14; Savigny, *System*, I. стр. 23, 7. Прим. изд.

вить ихъ отъ труда думать; впрочемъ такимъ господамъ лучше и не браться за интерпретацію законовъ.

6) Въ Дигестахъ и Кодексѣ есть нѣкоторыя извлеченія изъ древнихъ памятниковъ, которыя, вслѣдствіе болѣе сокращеннаго изложенія, имѣютъ нѣсколько иной смыслъ, чѣмъ въ тѣхъ памятникахъ, гдѣ они находились въ связи съ остальнымъ содержаніемъ; въ этомъ случаѣ является такъ называемая *duplex interpretatio* ¹⁾. Первоначальный смыслъ узаконенія не имѣетъ никакого другаго значенія, кромѣ историческаго; тогда какъ практическое значеніе юстиніановскаго изложенія громадно. Но для вѣрнаго пониманія этого послѣдняго древнѣйшій текстъ можетъ служить превосходнымъ пособіемъ, вслѣдствіе чего историческому способу интерпретаціи нельзя отказать въ извѣстномъ хотя и не непосредственномъ, практическомъ значеніи.

Научное право.

§ 16.

Право, опирающееся на вѣдшемъ авторитетѣ непосредственнаго народнаго сознанія и положительнаго законодательства, при всемъ своемъ обширномъ объемѣ, не можетъ дать разрѣшенія всему безконечному разнообразію случаевъ, подлежащихъ обсужденію судьи. Необходимость дополненія этого права возникаетъ отчасти изъ того, что въ немъ нѣтъ всѣхъ нужныхъ судьямъ узаконеній, отчасти же и изъ того, что при обширномъ объемѣ положительнаго права увеличивается возможность сомнѣнія относительно смысла нѣкоторыхъ узаконеній и относительно различія между ними, такъ что самая обширность положительнаго права обуславливаетъ затруднительность пользованія имъ. Обра-

¹⁾ Напр. въ L. 12 D. de serv. (8, 1) слова: non dubito, quin fundo municipium per servitum recte servitus adquiratur имѣютъ въ Corpus juris слѣдующій смыслъ: неспособность юридическаго лица имѣть волю не препятствуетъ ему приобретать servitutes praediales, такъ какъ такое приобретение можетъ совершаться посредствомъ рабовъ; въ первичномъ источникѣ ихъ въ древнемъ памятникѣ, возможность приобретения ограничивается одними сельскими сервитутами (serv. rusticae), приобретаемыми чрезъ mancipatio, а потому допускающими и посредствомъ рабовъ. Ulp. 19, 1, Gai. 2, 96. Въ L. 1 D. de legatis I (30 un.) слова: Per omnia exequata sunt legata fidei commissis — относились первоначально къ сравненію двухъ видовъ завѣщательнаго отказа лишь въ интердиктѣ quod legatorum L. 1. § 2. 5. D. quod. leg. (43, 3) L. un. C. eod. (8, 3); въ Corpus juris установлено полное равенство ихъ. — Въ L. 20. § 8. D. qui test. (28, 1) слова suprema contestatio первоначально означали nuncupatio testamenti; въ Corpus juris они означаютъ послѣднюю волю лица вообще.

Прим. изд.

щаться за такимъ дополненіемъ къ законодательной власти судья не можетъ, ибо онъ долженъ судить на основаніи существующаго права, а не по ожидаемымъ еще законамъ.

Само дѣйствующее право содержитъ въ себѣ уже зародышъ своего дополненія въ тѣхъ принципахъ, на которыхъ оно основано, въ той разумности его, которая прочно связываетъ одно постановленіе съ другимъ, какъ причину со слѣдствіемъ.

Осуществить такое дополненіе на дѣлѣ и ввести его во всеобщее сознаніе—задача науки права; эта послѣдняя выясняетъ принципы дѣйствующаго права и выводитъ изъ нихъ новыя, дополнительные правовыя положенія.

Наука является такимъ образомъ не только истолковательницею закона и обычнаго права, но и источникомъ новаго права, такъ что, рядомъ съ положительнымъ правомъ и обычнымъ, выступаетъ третій источникъ права, отличный отъ двухъ названныхъ, — юриспруденція.

Научное право не основывается на виѣшнемъ авторитетѣ, подобно общему и положительному правамъ, но на авторитетѣ внутреннемъ, а именно: 1) на разумности дѣйствующаго права, 2) на истинѣ его принциповъ и 3) на истинѣ выводовъ, сдѣланныхъ изъ этихъ принциповъ. Поэтому-то оно и познается по внутреннимъ началамъ, которыми являются — установленіе принциповъ, выводы изъ нихъ и аналогія этихъ выводовъ съ выводами, сдѣланными для однородныхъ случаевъ изъ тѣхъ же принциповъ дѣйствующаго положительнаго права.

Научное право проявляется въ практической и теоретической дѣятельности юристовъ, — въ литературѣ и судахъ; поэтому я далъ ему еще наименованіе права юристовъ; впрочемъ слѣдуетъ различать два вида этого права, что не всегда соблюдали тѣ, которые стали употреблять мой терминъ.

Юристы, въ своей теоретической и практической дѣятельности, имѣютъ двойную функцію.

1) Они — наиболѣе свѣдущіе члены общества въ дѣлѣ права, естественные представители и охранители національнаго юридическаго сознанія; необходимо однако, чтобы успѣшному осуществленію этой функціи не препятствовала приверженность ихъ къ произвольнымъ теоріямъ и нововведеніямъ, или къ устарѣвшимъ рутиннымъ воззрѣніямъ, давно уже пережитымъ нацією. Подъ юридическимъ сознаніемъ здѣсь должно разумѣть убѣжденія, выработанныя не научнымъ путемъ, а присущія юристамъ, какъ членамъ націи; это народныя убѣжденія, которыя лишь сосредоточиваются въ юристахъ и выражаются въ ихъ дѣятельности. Это право юристовъ (т. е. проявляющееся посредствомъ юристовъ) есть такое же обычное право,

какъ и то, которое проявляется въ дѣятельности всего народа.

Внѣшнее выраженіе находитъ оно себѣ въ литературѣ — въ формѣ всеобщаго мнѣнія ученыхъ, *communis opinio doctorum*, и въ судебной практикѣ—*usus fori*; эти формы проявленія имѣютъ равный авторитетъ съ обычаемъ (*consuetudo*), такъ-что въ этихъ случаяхъ юристами совмѣстно выражается всеобщее народное убѣжденіе. Этотъ видъ права юристовъ относится, повтому, не къ научному праву, а къ обычному, гдѣ мы о немъ уже и упоминали.

2) Юристы, какъ носители научной истины, устанавливаютъ и примѣняютъ такія юридическія правила, которыя основаны на внутреннихъ началахъ и имѣютъ значеніе только благодаря ихъ научной вѣрности. Въ этомъ случаѣ право, создаваемое юристами, будетъ научнымъ правомъ. Всеобщее мнѣніе юристовъ и практика имѣютъ здѣсь совершенно иное значеніе, чѣмъ въ первомъ случаѣ; тутъ они также имѣютъ извѣстный авторитетъ, но не внѣшній, а внутренний — авторитетъ научной истины. Убѣжденіе въ правильности извѣстнаго воззрѣнія возникаетъ въ томъ случаѣ, если оно согласно излагается лучшими учеными юристами (*communis opinio*) и если оно постоянно и однообразно примѣняется на практикѣ (*usus fori*). Но если добросовѣтный судья твердо убѣдится въ ложности такого воззрѣнія, то онъ обязанъ отказаться отъ него, хотя бы оно въ теченіи цѣлыхъ столѣтій считалось истиннымъ и съ незапамятнаго времени дѣйствовало въ судахъ.

Различіе между этими двумя видами права юристовъ весьма важно. Когда рѣчь идетъ о практическомъ примѣненіи какого-либо правила, то всегда слѣдуетъ поставить вопросъ: примѣняется ли въ данномъ случаѣ обычное право, или научнымъ путемъ созданное правило? Въ чемъ же заключается это различіе?

Въ числѣ узаконеній есть множество такихъ, которыя не имѣютъ внутренняго основанія и подлежатъ вполне свободнымъ и произвольнымъ опредѣленіямъ; таковы напр. цѣлыя юридическія институты, по отношенію къ вопросу о ихъ существованіи: завѣщаніе, давность и проч.; затѣмъ отдѣльныя правила этихъ институтъ, напр. приложение печати къ завѣщанію, подпись свидѣтелей, продолжительность давностнаго срока и т. д.; напротивъ другія правила необходимо вытекаютъ изъ самой природы даннаго института. Узаконенія перваго рода никогда не могутъ относиться къ области научнаго права и всецѣло входятъ въ область или положительнаго, или обычнаго права; примѣненіе ихъ на практикѣ начинается съ обычая и

является впоследствии правомъ юристовъ, основаннымъ на внѣшнемъ авторитетѣ непосредственнаго народнаго сознанія.

Совершенно другое можно сказать о постановленіяхъ втораго рода, имѣющихъ научную основу, научныя созданія юристами, но не выраженныхъ прямо ни въ законѣ, ни въ обычномъ правѣ. Практическое примѣненіе этихъ постановленій представляетъ намъ право юристовъ, опирающееся на одинъ внутренній авторитетъ — научную истину. Въ заключеніе уважемъ еще нѣсколько ложныхъ воззрѣній, имѣвшихъ въ свое время нѣкоторыхъ послѣдователей.

Въ средніе вѣка за *communis opinio doctorum* признавали внѣшній авторитетъ; это, весьма вредно дѣйствующее на развитіе науки, мнѣніе возбудило сильную полемику, которой и удалось окончательно подорвать его кредитъ. Но вскорѣ одно заблужденіе смѣнилось другимъ: такой же внѣшній авторитетъ стали признавать за *usus fori*. Утверждали (это мнѣніе отчасти удержалось и до настоящаго времени), что если судъ неоднократно рѣшалъ дѣла, руководствуясь однимъ и тѣмъ же воззрѣніемъ, то это послѣднее становится обязательнымъ для него и на будущее время, и технически называли это *авторитетомъ преюдицій* (*auctoritas praejudiciorum*).

Несомнѣнно, что преюдиціи могутъ подтвердить существованіе истиннаго обычнаго права, но признать это общимъ правиломъ нельзя. Вѣрно также, что судьи, когда рѣчь идетъ о научно выведенномъ правилѣ, не должны слѣдовать всякому новому научному воззрѣнію и тѣмъ колебать правосудіе; они обязаны измѣнять постоянно примѣнявшееся воззрѣніе только тогда, когда рѣшительно будетъ доказана его ложность. Если твердо соблюдать это послѣднее правило, то навѣрно измѣненія въ практикѣ судовъ будутъ не на столько часты, чтобы сдѣлать правосудіе ненадежнымъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, судъ не долженъ держаться ложнаго воззрѣнія только потому, что оно давнишнее. Такимъ упорствомъ примѣненія отжившихъ правовыхъ положеній обыкновенно отличались старые, отсталые члены коллегій, чѣмъ и возбуждали оппозицію молодыхъ, стремящихся впередъ членовъ, переходившую иногда за должные предѣлы. Тоже бываетъ всегда и вездѣ: крайность одной стороны вызываетъ крайность другой. Постоянныя столкновенія и вѣчная неопредѣленность судебной практики должны быть приписаны не теоретическимъ заблужденіямъ, а только собственному упрямству судей, приводящему къ такимъ результатамъ.

Нѣкоторые ученые увлеклись до того, что преюдиціямъ высшихъ судовъ приписали обязательную силу для судовъ низшихъ. Такой взглядъ противорѣчитъ самостоятельности суда каждаго

разряда въ исполненіи своего назначенія и уничтожаетъ ту пользу, которую приносить правосудію учрежденіе судебныхъ инстанцій ¹⁾).

Методъ ²⁾ распознаванія (Erkenntniß) научнаго права хотя и не опредѣленъ особыми правилами, но составляетъ задачу всей юридической науки. Вообще такое распознаваніе достигается двумя путями: 1) выводомъ нужнаго правоположенія изъ тѣхъ принциповъ, подъ которые подходитъ данный фактъ (юридическая консеквенція); 2) доказательствомъ того, что, при одинаковыхъ фактическихъ условіяхъ, изъ дѣйствующаго права уже неоднократно выводились подобныя же положенія (аналогія).

¹⁾ Въ послѣднее время было высказано, противоположное изложенному въ текстѣ воззрѣнію, мнѣніе, что наука не можетъ быть самостоятельнымъ источникомъ права; что для дѣйствительности выведенныхъ ею противоположеній необходимо признаніе ихъ народною совѣстью или положительнымъ закономъ; что пока извѣстное правоположеніе имѣетъ за себя только научную истину, то оно, хотя и вполнѣ вѣрное, — есть не болѣе какъ учебное правило (Lehrsatz, sententia et opinio) — ср. Scheurl, Beiträge. 1852 г., I т. № 4, стр. 121. Это мнѣніе, подобно опровергнутому въ концѣ § 16, основу права видитъ не въ разумности даннаго закона (ratio), а во вѣншемъ признаніи его. Но кромѣ того, 1) здѣсь повторяется уже опровергнутое въ текстѣ сужденіе свободныхъ и необходимыхъ узаконеній, изъ которыхъ послѣднія не нуждаются во вѣншемъ признаніи потому, что они *implicite* признаются даннымъ закономъ и лишь должны быть выяснены посредствомъ правильнаго толкованія; 2) Шейрль, разсуждая послѣдовательно, долженъ бы былъ отвергнуть и доктринальную интерпретацію, вслѣдствіе чего онъ сталъ бы изъ точки зрѣнія Юстиніана (см. § 19, прил. 2; 3) какъ же наконецъ должно извѣстное учебное правило (Lehrsatz) перейти въ народное сознаніе, если судья не прежде можетъ интерпретировать его, какъ послѣ окончательнаго признанія этого правила народнымъ сознаніемъ?
Прим. изд.

²⁾ Изъ Пандектъ.

Г Л А В А II.

ОТНОШЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ ДРУГЪ КЪ ДРУГУ.

Отмѣна правоположеній.

§ 17.

Право измѣняемо. Правоположенія постоянно возникаютъ и уничтожаются; одни изъ нихъ видоизмѣняются или вполнѣ отмѣняются другими; такъ называемая *clausula derogatoria* не можетъ обеспечивать вѣчнаго существованія закона: съ нею и безъ нея законъ все таки подлежитъ прекращенію. Начало и конецъ въ сущности не раздѣльны; прекращеніе стараго права есть уже воспроизведеніе новаго, такъ какъ ново уже то, что старое право перестало дѣйствовать.

Изъ этихъ основныхъ соображеній можно вывести слѣдующіе важные принципы:

1) Отмѣнить извѣстное правоположеніе можетъ только источникъ права; изъятіе же изъ употребленія такого правоположенія, которое допускаетъ произвольное примѣненіе или непримѣненіе со стороны частныхъ лицъ (§ 110), можетъ произойти и по частной волѣ.

Извѣстное узаконеніе можетъ уничтожиться само собою, когда уничтожились условія его существованія. Условія эти могутъ быть или положительно выражены въ самомъ узаконеніи, такъ какъ напр. всѣ срочныя законодательныя опредѣленія, или могутъ подразумѣваться, напр. въ тѣхъ правоположеніяхъ, которыя находятся въ такой тѣсной связи съ другими, что безъ нихъ не имѣютъ никакого значенія; поэтому, съ отмѣною этихъ послѣднихъ, прекращаются само собою и первыя; такая тѣсная связь существуетъ между наказаніемъ за неосновательное разлученіе супруговъ и возможностью частнаго разлученія, или между *jus reale* безъименныхъ контрактовъ и всею римскою системою договоровъ.

2) Отмѣняющій источникъ права долженъ имѣть силу создать такое правоположеніе, которое по объему и значенію равно отмѣняемому; поэтому мѣстное право можетъ быть отмѣнено

общимъ, но не наоборотъ. При этомъ возможны два случая: а) или общее право допускаетъ мѣстные отклоненія (таково общее правило); возникшее мѣстное право примѣняется, но не уничтожаетъ соответствующихъ нормъ общаго права, а только изъясняетъ ихъ въ данномъ случаѣ изъ употребленія; б) или общее право воспрещаетъ мѣстные отклоненія; такой исключительный характеръ имѣютъ напр. законы о процентахъ, или запрещенія погребать тѣла умершихъ въ городахъ ¹⁾. Въ такомъ случаѣ мѣстное право, доколѣ существуетъ общее, не можетъ имѣть примѣненія, такъ какъ не возможна отмѣна общаго права мѣстнымъ.

3) Позднѣйшее правоположеніе должно быть назначено для отмѣны прежняго; назначеніе это несомнѣнно или когда оно ясно выражено въ новомъ законѣ, или когда одновременное существованіе прежняго и новаго закона не возможно. Иногда же это назначеніе представляется сомнительнымъ и тогда вопросъ разрѣшается посредствомъ интерпретаціи, напр. хотя обыкновенно общее право можетъ отмѣнить мѣстное, однако въ сомнительныхъ случаяхъ такая отмѣна не всегда признается (см. прим. 1).

Новое ²⁾ правоположеніе, отмѣняющее прежнее, отмѣняетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ исключенія изъ этого послѣдняго, хотя это бываетъ не всегда; иногда законодатель можетъ имѣть намѣреніе отмѣнить только одно правоположеніе, сохранивъ для новаго закона всѣ прежнія исключенія, какъ это бываетъ напр. въ законахъ о ростѣ (*Zinsfuß*).

4) Отмѣняющій законъ долженъ быть позднѣйшимъ: *jus posterior derogat priori*: вотъ почему никакая *clausula derogatoria* не имѣетъ значенія.

Модификація правоположеній.

§ 18.

Два ³⁾ юридическихъ правила могутъ находиться въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что дѣйствіе одного не уничтожаетъ, а лишь видоизмѣняетъ дѣйствіе другаго. Такое видоизмѣненіе можетъ выразиться двояко: 1) или въ формѣ ограниченія, когда одинъ законъ исключаетъ изъ дѣйствія другаго закона нѣкоторые случаи, когда прежнее правоположеніе остается въ силѣ,

¹⁾ L. 3. § 5 de sepulcro viol. (47, 12).

²⁾ Изъ Пандектъ.

новое же присоединяетъ къ нему тѣ или другія исключенія и вообще сокращаетъ область его примѣненія, 2) или въ формѣ распространенія, когда область прежняго правоположенія, благодаря новому закону, расширяется.

Такое отношеніе между двумя правоположеніями особенно часто встрѣчается въ *Corpus juris*, представляющемъ собою отдѣльныя постановленія и законы, при чемъ весьма часто случается, что какое нибудь постановленіе, повидимому, вполне опредѣленно нормирующее извѣстное юридическое отношеніе, разъясняется другимъ узаконеніемъ, прибавляющимъ къ первому или какое нибудь новое исключеніе, или ограничивающимъ общность его, или же расширяющимъ область его примѣненія посредствомъ распространенія на другіе случаи, которые первоначально не имѣлись въ виду ¹⁾. Это же можетъ случиться не только по отношенію къ постановленіямъ, вошедшимъ въ одинъ сборникъ, но и по отношенію къ отдѣльнымъ законамъ, и даже по отношенію къ положительному закону съ одной стороны и обычному праву съ другой.

Модификація можетъ быть произведена не только обычнымъ и положительнымъ правомъ, но также и правомъ научнымъ, тогда какъ собственно отмѣна закона не можетъ быть произведена этимъ третьимъ источникомъ права, по самой природѣ вещей.

Модификація можетъ сдѣлаться необходимою по внутреннимъ основаніямъ и состоятъ или въ распространеніи прежняго правоположенія на нѣкоторые новые случаи (напр. предоставленіе права *in rem petitio tutoris*—попечителю, когда таковое необходимо въ интересѣ несовершеннолѣтнихъ), или простымъ ограниченіемъ ихъ (напр. при *transactio alimentorum apud prætorem* ²⁾).

Вполнѣ отличны отъ модификаціи тѣ рассужденія и доказательства, которыя имѣютъ въ виду объемъ извѣстнаго правоположенія, могущаго имѣть болѣе пространный, или болѣе тѣсный смыслъ; здѣсь само правоположеніе остается неизмѣннымъ,

¹⁾ Очевиднымъ признакомъ этого могутъ служить слѣдующія мѣста: L. 85. § 1. D. de R. I. (50, 17): *non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.* L. 3. § 2. D. de his qu. pro non scr. (34, 8):—*quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1):—*et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quæ recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.* На этомъ основывается необходимость сравненія параллельныхъ положеній.

²⁾ L. 2. § 29. D. ad S. C. Tertull. (38, 17). L. 8. § 6. D. de transact. 2, 15.

а правильною интерпретацію устраняется возможность ложнаго пониманія его смысла.

Когда же можетъ быть допусаема модификація правовыхъ положеній?

Мы уже сказали, что въ ней должна чувствоваться внутренняя необходимость. Говоря яснѣе, необходимо доказательство того, что безъ такой модификаціи данное правоположеніе не достигнетъ своей цѣли; такъ, необходимость распространенія доказывается тѣмъ, что исключеніе случаевъ, которые на самомъ дѣлѣ нужно включить, сдѣлаетъ примѣненіе однихъ указанныхъ въ законѣ случаевъ безцѣльнымъ и безразсуднымъ; а необходимость ограниченія — тѣмъ, что примѣненіе извѣстнаго правила къ случаямъ, долженствующимъ быть исключенными, лишитъ это правило значенія и основательности.

Противорѣчія.

§ 19.

Всѣ вышензложенныя правила объ отмѣнѣ и модификаціи примѣняются въ случаѣ коллизіи между двумя правоположеніями, подъ которою разумѣется такое отношеніе между ними, вслѣдствіе котораго одно изъ нихъ или вовсе несовмѣстимо съ другимъ, или несовмѣстимо при томъ объемѣ, какой имѣетъ это послѣднее.

Примѣненіе этихъ началъ можетъ быть затруднено тѣмъ, что весьма часто не легко бываетъ опредѣлить, которое изъ двухъ правоположеній имѣетъ значеніе отмѣняющаго, или измѣняющаго другое. Въ этомъ случаѣ возникаетъ противорѣчіе между двумя юридическими правилами (*Widerspruch*, антиномія). Такое противорѣчіе встрѣчается какъ въ *Corpus juris*, такъ и въ новѣйшихъ законахъ и сводахъ. Какъ же поступать въ такихъ случаяхъ? Правила, которыя мы укажемъ здѣсь, главнымъ образомъ относятся къ юстиніановскому сборнику; примѣненіе ихъ къ другимъ законамъ не представитъ никакого затрудненія.

1. Когда несогласные между собою законы представляются намъ отдѣльными, то понятіе противорѣчія здѣсь собственно неприменимо, ибо позднѣйшій законъ вполне или отчасти отмѣняетъ несогласный съ нимъ предшествующій законъ; противорѣчіе между законами является чѣмъ-то двустороннимъ; въ данномъ же случаѣ вовсе нѣтъ противорѣчія, ибо оба закона даже не существуютъ одновременно; такъ слѣдуетъ разсуждать напр. относительно двухъ отдѣльныхъ новеллъ. Тоже должно сказать и о коллизіи отдѣльнаго закона съ цѣлымъ законода-

тельнымъ сборникомъ, напр. новеллы съ Кодексомъ, Дигестами и Институціями.

Но было бы ошибочнымъ примѣнять, подобно многимъ, только что изложенное правило къ нѣсколькимъ постановленіямъ одного и того же законодательнаго сборника, напр., къ двумъ постановленіямъ изъ Кодекса, изъ Пандектъ и проч., и выводить, что древнѣйшее постановленіе должно уступить новѣйшему, древнѣйшій юристъ — позднѣйшему. Въ данномъ случаѣ, напротивъ, гораздо вѣрнѣе признать противорѣчіе между этими постановленіями, ибо они какъ части одного сборника, существуютъ одновременно. Юстиніанъ прямо предписалъ считать всѣ законы, вошедшіе въ его *Corpus juris*, кѣмъ и когда бы они изданы ни были, исходщими отъ него самого ¹⁾.

Съ перваго взгляда представляется болѣе вѣрнымъ обсуждать коллизію между Дигестами и Кодексомъ, между Дигестами и Институціями точно такъ же, какъ обсуждается коллизіа между отдѣльными законами потому, что коллизіа между различными сборниками законовъ можетъ быть уподоблена коллизіи между отдѣльными законами. Это мнѣніе раздѣлялось весьма многими юристами, признававшими, что Кодексъ стоитъ выше Дигестъ и Институцій. (Съ другой стороны, утверждать, исходя изъ той же точки зрѣнія, что Институціи имѣютъ преимущество предъ Дигестами — вполне неосновательно, такъ какъ, во-первыхъ, оба эти сборника получили силу закона въ одинъ и тотъ же день, и такъ какъ, во-вторыхъ, то обстоятельство, что изложеніе Институцій по формѣ, какъ бы болѣе самостоятельной, кѣмъ изложеніе Кодекса и Дигестъ, утратило всякое значеніе вслѣдствіе вышеуказаннаго предписанія Юстиніана.) Такое отношеніе къ коллизіи между цѣлыми сборниками законовъ, было бы вполне вѣрно, если бы было вѣрно то положеніе, что здѣсь идетъ рѣчь объ сборникахъ отдѣльныхъ, но характеръ юстиніановскаго законодательства опровергаетъ это положеніе. Кодексъ, Дигесты и Институціи слѣдуетъ считать лишь частями одного сборника; въ каждой изъ этихъ частей содержится какой-либо существенный элементъ дѣйствующаго права, — онѣ служатъ основаніемъ другъ другу и взаимнымъ дополненіемъ; Институціи представляють собою только извлеченіе, сдѣланное для преподаванія римскаго права; только благодаря простой случайности онѣ не были обнародованы одновременно съ другими частями *Corpus juris*; намѣреніе же законодателя было — дать имъ одновременно съ Пандектами и пр. примѣненіе, такъ какъ ни одна изъ составныхъ частей сюда

¹⁾ Const. Deo auctore § 6. 8, Const. Tanta § 10, 20.

Corpus juris не имѣть вполнѣ самостоятельнаго содержанія. Поэтому коллизія между этими частями будетъ также противорѣчьемъ, антиноміей, какъ и коллизія между двумя отдѣльными мѣстами Кодекса, и принципъ первенства изданія не долженъ здѣсь имѣть иривмѣненія.

2. Противорѣчіе, или коллизія между одновременно существующими правоположеніями, можетъ быть только кажущимся въ томъ случаѣ, когда помощью интерпретаціи возможно соглашеніе, когда послѣ правильнаго изъясненія оба закона перестаютъ исключать другъ друга; такъ напр. когда окажется, что въ обоихъ законахъ въ сущности рѣчь идетъ о различныхъ предметахъ (напр. L. 2 C. quae sit longa consuet. 8, 53 и L. 32 D. de legib. 1, 3), или что одно узаконеніе прямо предназначено для видоизмѣненія другаго, или наконецъ что одинъ законъ имѣетъ значеніе дѣйствующаго права (см. § 425). Большая часть противорѣчій въ *Corpus juris* относятся къ кажущимся и обуславливаются лишь недостаточностью толкованія.

3. Истиннымъ противорѣчьемъ будетъ лишь такое, которое нельзя устранить помощью интерпретаціи: послѣдствіемъ такой антиноміи является взаимная отмѣна двухъ законовъ, имѣющихъ одинаковое значеніе и право на примѣненіе. Поэтому вопросъ, оставшіяся вслѣдствіе противорѣчія постановленій положительнаго права, неразрѣшеннымъ, долженъ быть рѣшенъ на основаніи какого-либо изъ двухъ другихъ источниковъ права.

Ученый Лёръ (Loehr)¹⁾ полагалъ, что судья въ такихъ случаяхъ долженъ всегда обращаться къ законодателю. Такой порядокъ могъ существовать во времена Юстиніана, при тогдашней кабинетной юстиціи, и дѣйствительно былъ имъ установленъ по отношенію ко всѣмъ вообще неяснымъ узаконеніямъ²⁾; но въ наше время совершенно невозможно признать за судьей право для разрѣшенія даннаго случая требовать изданія новаго закона. Въ Пруссіи обнародованъ былъ законъ, подобный указанному юстиніановскому, но вскорѣ затѣмъ отмѣненъ. Такое быстрое сознаніе негодности его было обусловлено его практической непримѣнимостью: министерство юстиціи, какъ бы обширно оно ни было, не могло бы разрѣшить всѣхъ, возбуждаемыхъ этимъ закономъ, сомнѣній. Впрочемъ мнѣніе Лёра было произведеніемъ своего времени, такъ какъ тогда не хотѣли знать никакого другаго источника права, кромѣ положи-

¹⁾ Magazin fuer Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. 7. (1818 г.) стр. 211.

²⁾ L. 2 § 18. 21. C. de vet. jure enuel. (1, 17).

тельного законодательства. Это мнѣніе не вѣрно потому, что есть особый источникъ права, специально назначенный для дополненія положительнаго законодательства—юриспруденція.

Общій выводъ изъ всего предъидущаго слѣдующій: въ случаѣ противорѣчія законовъ относительно какого-либо казуса, этотъ послѣдній долженъ быть разрѣшенъ такъ, какъ будто бы о немъ въ положительномъ законодательствѣ ничего не было сказано, т. е. на основаніи внутреннихъ началъ, на основаніи научнаго права ¹⁾.

¹⁾ Къ тому же выводу приводятъ насъ и исторія положительнаго права. *Gal. I, 7, § 8 I. de jure nat. I, 2*; ср. *Scheurl, Beitr. I, 4. (1852 г.) стр. 129.*
Прим. изд.

Г Л А В А III.

ОТНОШЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ КЪ НЕЮРИДИЧЕСКИМЪ ПРИНЦИПАМЪ.

Правственность и религія.

§ 20.

Человѣческія дѣйствія опредѣляются не только юридическими нормами, но и правилами нравственности и религіи. Однако ¹⁾ обсужденіе извѣстныхъ отношеній съ юридической точки зрѣнія вполне самостоятельно и отлично отъ обсужденія ихъ съ точки зрѣнія нравственной и религіозной, такъ что дѣйствіе, являющееся противонравственнымъ и противорелигіознымъ, въ то же время можетъ не считаться противнымъ праву, противозаконнымъ.

Но въ данномъ случаѣ, какъ и вообще, слѣдуетъ избѣгать крайностей. Право, которое прямо признало бы всѣ безнравственныя дѣйствія противозаконными, утратило бы съ одной стороны свою самостоятельность, перестало бы быть независимымъ принципомъ, съ другой стороны не принесло бы пользы нравственности и религіи, такъ какъ оно своею нѣпшною принудительностью уничтожило бы свободу совѣсти ²⁾. Впрочемъ право не можетъ, безъ опасенія за собственную самостоятельность, оказывать помощь никакому направленію, враждебному нравственности и христіанству; оно не должно опускаться до пособничества безнравственности; поэтому не можетъ быть юридически оправдано и защищено дѣяніе, представляющееся противонравственнымъ. Тѣмъ менѣе, конечно, можетъ само право предписывать что-либо безнравственное и противорелигіозное.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 18. D. de roen. (48, 19): Cogitationis roenam nemo patitur. Но это относится только ко всему чисто внутреннему, не могущему быть послѣдствіемъ принужденія. Въ проявившихся во вѣ дѣйствіяхъ право обращаетъ вниманіе на мотивъ, на *dolus* и *culpa*, *bona fides*, *causa*. *Прим. изд.*

Но съ другой стороны право, равнодушно относящееся къ правиламъ нравственности и религіи и изолирующееся, будетъ мертвымъ, непригоднымъ для дѣйствительной жизни и неразумнымъ отвлеченіемъ ¹⁾.

По отношенію къ занимающему насъ вопросу, я укажу слѣдующія правила, которыя впрочемъ будутъ подкрѣплены доказательствами при дальнѣйшемъ изложеніи.

1. Многія отношенія, имѣвшія первоначально чисто нравственный характеръ, сдѣлались въ послѣдствіи юридическими, таковы напр. бракъ, отношенія между родителями и дѣтьми. Хотя юридическая конструкція ихъ не имѣетъ въ виду превратить всѣ нравственныя обязанности, изъ нихъ вытекающія, въ юридическія, но она не должна препятствовать нравственному развитію и, подъ личиною права, нарушать правила нравственности.

2. Когда право призываетъ себя на помощь религію и нравственность, напр. въ обязанности говорить только истину при представленіи доказательствъ, тогда безнравственность должна дурно повліять и на юридическое положеніе лица, напр. на правоспособность его быть свидѣтелемъ, занимать государственныя должности и т. п.; сюда же относятся случаи заключенія договоровъ, основанныхъ на обоюдной честности и нравственности.

3. Достоинство права требуетъ, чтобы оно отказывало въ своей защитѣ тѣмъ случаямъ, которые могли бы выставить его собственникомъ безнравственности,—напр. при обязательствахъ на совершеніе безнравственнаго дѣйствія; хотя право не можетъ предупредить безнравственности, но оно и не должно оказывать ей своей помощи

Благо.

§ 21.

Право ²⁾ имѣетъ своею задачею способствовать человѣческому благу, которое становится такимъ образомъ однимъ изъ

¹⁾ Упомянутое въ текстѣ полное отдѣленіе нравственности отъ права (назавшееся съ Томазіуса) не только чуждо римлянамъ (pr. I. de just. et jure 1, 1), но и само по себѣ не вѣрно; Trendelenburg въ своемъ *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik* (1860 г. § 45, стр. 76), говоритъ: „Истинная самостоятельность всего юридическаго, считавшаяся успѣхомъ въ наукѣ, не только уничтожила право въ теоріи, но и совлекла съ него его достоинство въ практической жизни, породила представленіе о правовомъ механизмѣ и извратила юридическія понятія“.

²⁾ Изъ Пандектъ.

Прим. изд.

принциповъ права. Содѣйствіе это совершается посредствомъ возвышенія всеобщаго равенства надъ индивидуальными различіями людей и обстоятельствъ. Такимъ образомъ задачею права является не благо индивидуума, а благо цѣлаго народа; основнымъ же характеромъ права, *ratio juris*,—владычество равно-обязательнаго для всѣхъ правила надъ индивидуальными потребностями.

Поэтому право, какъ бы совершенно оно ни было, легко можетъ придти въ столкновение съ личнымъ челоуѣческимъ благомъ; такая возможность вытекаетъ изъ самой природы права, ставящаго, какъ мы уже сказали, равенство людей, равномерное распредѣленіе всѣхъ благъ между ними, надъ всѣми индивидуальными людскими различіями. Важною задачей представляется такъ развить право, чтобы не произошло превращенія отвлеченнаго равенства въ фактическое неравенство, формальнаго права въ матеріальную неправду, выражаемаго словами: *sumptum jus—sumpta iniuria*. Отвлеченно одинаковое отношеніе къ богатому и бѣдному, холостому и семейному, можетъ именно потому сдѣлаться неравенствомъ, что одному вслѣдствіе его личныхъ обязательствъ гораздо труднѣе исполнить требованія закона, чѣмъ другому. Право, въ силу своего принципа равенства, можетъ принудить нуждающагося, трудолюбиваго отца семейства къ уплатѣ долга богатому, праздному и безполезному, какъ себѣ, такъ и обществу, холостяку; тогда какъ можетъ быть справедливѣе было бы отнять что-либо отъ излишка послѣдняго въ пользу перваго.

Но дѣлать индивидуальное благо частныхъ лицъ вполне обязательнымъ для права, значило бы уничтожать самое право, хотя съ другой стороны не менѣе вѣрно и то, что право не должно вредить индивидуальному благу, такъ какъ безъ индивидуальнаго невозможно и общее благо. Для достиженія этой цѣли существуютъ два пути, одинъ болѣе, другой менѣе совершенный:

1) Чистое право строится такимъ образомъ, чтобы оно удовлетворяло требованіямъ индивидуальнаго блага въ той мѣрѣ, въ какой отъ этого послѣдняго зависитъ и общее благо; это право называется *справедливымъ правомъ*—*aequum jus* (*billiges Recht*); справедливость его заключается въ уваженіи индивидуальности въ лицахъ и ихъ отношеніяхъ. Но такая уступка требованіямъ справедливости кромѣ внутренней грани, состоящей въ томъ, что право не должно терять своего собственнаго характера и что индивидуальное благо должно обуславливать благо общее, имѣетъ еще внѣшнія границы: иногда отвлеченная послѣдовательность удерживается намѣренно (*strictum jus*), именно когда

непреклонная строгость является даже болѣе полезною для общаго блага. Были юристы, которые довели такъ называемую *aequitas cerebrina* слишкомъ далеко, напр. Лейзеръ, что ни въ какомъ случаѣ не должно быть допускаемо ¹⁾).

Въ *aequum jus* самыя юридическія отношенія, содержащія признаніе и уваженіе индивидуальности, слагаются такимъ образомъ, что соотвѣтствуютъ требованіямъ справедливости; сюда относятся: вліяніе личнаго неравенства на дѣеспособность, опека, условія давности исковой и земской, обезпечивающія всякое заботливое лицо отъ всѣхъ возможныхъ ущербовъ, защита противъ обмана (*dolus*) въ договорахъ и мн. др. Во всѣхъ этихъ случаяхъ справедливость проникаетъ самое право.

2) Съ другой стороны справедливое право допускаетъ нѣкоторыя исключенія въ пользу извѣстныхъ лицъ и отношеній; эти исключенія образуютъ совершенно особенный, отличный отъ основнаго характера права, юридическій институтъ, такъ что справедливость здѣсь уже не проникаетъ право, но противопоставляется ему въ формѣ особеннаго права, называемаго *jus singulare*; права, даруемыя имъ, носятъ названіе *privilegia*; въ этомъ смыслѣ слова (ср. § 30—31), *beneficia juris*; чистое же и равно обязательное для всѣхъ право называется *jus commune*. Поясню сказанное примѣромъ. Существуютъ лица, которыя, вслѣдствіе природной неопытности или легкомыслія, могутъ потерпѣть много вреда въ жизни. Право не можетъ примѣнить къ нимъ принципъ равенства; однимъ изъ способовъ охраненія этихъ лицъ отъ угрожающихъ имъ въ жизни невыгодъ, было бы — сравнить ихъ съ несовершеннолѣтними лицами и подчинить ихъ опекѣ; другимъ способомъ — было бы признать ихъ полноправными лицами, но въ то же время отвращать отъ нихъ всѣ невыгоды ихъ положенія особенными, исключительными средствами (*in integrum restitutio*, S. C. *Vellejanum*, *lex Anastasiana*).

Такимъ образомъ *jus commune* не только — строгое право, *strictum jus*, но и справедливое право, *jus aequum*, если только эта справедливость не стоитъ на ряду съ нимъ, какъ исключеніе, а воспринимается имъ. Правила, что несовершеннолѣтній не можетъ обязываться безъ согласія своего попечителя, что онъ защищенъ противъ обмана, что намѣреніе взять съ него лишнее уже считается за намѣреніе обмануть (чего не бываетъ по отношенію къ взрослымъ), — относятся къ *jus commune*; но возвращеніе несовершеннолѣтняго *in integrum* по

¹⁾ Это несогласно и съ Австрійскими Уложеніемъ; часть I, титулъ 13.

причинъ невыгодности сдѣлки будетъ уже особеннымъ правомъ, включеніемъ, *jus singulare*.

Весьма распространено мнѣніе, что всякое особенное право слѣдуетъ толковать ограниченительно (*stricte*); но въ этомъ мнѣніи замѣчается смѣшеніе интерпретаціи въ нынѣшнемъ смыслѣ слова съ римскою *interpretatio* (см. выше). Если идетъ рѣчь о *разумѣ* какого-либо постановленія, относящагося къ области *jus singulare*, то для уясненія его нѣтъ никакихъ другихъ правилъ, кромѣ тѣхъ, которыя существуютъ и для *jus commune*. Ни одинъ законъ не даетъ судѣ права ограничивать дарованное законодателемъ преимущество. Но такъ какъ *jus singulare* введено *contra rationem juris* и основано единственно на вѣщномъ авторитетѣ, а не на наукѣ права ¹⁾, то оно и не можетъ быть распространяемо на случаи, для которыхъ оно прямо не установлено, какъ бы велика ни казалась необходимость такого распространенія ²⁾. Научное право, какъ основанное на *ratio juris*, не можетъ здѣсь имѣть мѣста, а потому и случаи, не указанные въ законѣ, составляющемъ *jus singulare*, не должны быть разрѣшаемы путемъ распространенія этого особеннаго закона ³⁾.

¹⁾ L. 16. D. de legib. (1, 3).

²⁾ L. 14. D. eod. L. 162. D. de R. J. (50, 17).

³⁾ Это правило упускаютъ изъ виду тѣ ученые, которые признаютъ не подраздѣленіе на *jus strictum, equum* и *singulare*, а лишь дѣленіе права на послѣдовательное и неслѣдовательное (консеквентное и неконсеквентное), напр. Thoel, Einleitung in das deutsche Privatr. 1851, § 38, стр. 107, прим. 2. Приводимое ими основаніе сравненія *jus equum* съ *jus singulare*, состоящее въ томъ, что первое изъ нихъ приноситъ, подобно второму, свою послѣдовательность въ жертву обстоятельствамъ, — не даетъ еще права вывести заключеніе, что для особеннаго права остается одинъ чисто формальный признакъ: его исключительность. Оно кромѣ того сохраняетъ характеръ правоположенія свободнаго, неспособнаго къ внутреннему обоснованію. *Прим. изд.*

КНИГА II.

О ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ.

ГЛАВА I.

ЛИЦА.

Понятіе о лицѣ.

§ 22.

Прежде всего мы считаемъ необходимымъ сдѣлать общій обзоръ содержанія всей второй книги настоящаго сочиненія и указать на отношеніе этой книги къ первой.

Право, какъ всеобщая воля народа и государства, слагается изъ юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ предметомъ тѣ отношенія людей другъ къ другу, въ которыя они вступаютъ въ силу своей юридической свободы, т. е. отношенія юридическія. Въ каждомъ юридическомъ отношеніи важны слѣдующіе четыре элемента: субъектъ, внутреннее содержаніе, возникновеніе или измѣненіе и охраненіе; рассмотримъ ихъ мы и займемся въ первыхъ четырехъ главахъ этой книги.

Начнемъ съ субъекта.

Субъектами юридическихъ отношеній представляются люди юридически свободные; юридической же свободой называется та свобода, которая принадлежитъ человѣку, какъ истинному субъекту права. Она есть истинное владычество (*reine Macht, Wille in der Potenz*) и даетъ лицу возможность поставить всякій предметъ въ извѣстное къ себѣ отношеніе;—подчинить его себѣ.

Такое понятіе о субъектѣ представляется отвлеченіемъ отъ безчисленнаго множества естественныхъ различій и индивидуальныхъ особенностей, свойственныхъ человѣку. Это отвлеченіе обозначается терминомъ *лицо*, которымъ выражается юридическое положеніе человѣка,—положеніе его въ сферѣ права. Выраженіе «человѣкъ есть лицо» обозначаетъ, что онъ есть субъектъ

зѣтъ юридическихъ отношеній. Личностью (*Persönlichkeit*) называется способность чловѣка быть такимъ субъектомъ, способность имѣть юридическую волю и юридическое владычество, однимъ словомъ—юридическая правоспособность.

Право, нормируя дѣйствія людей на основаніи болѣе или мѣнѣе общихъ всѣмъ людямъ свойствъ, встрѣчается, какъ мы уже сказали, съ безконечнымъ множествомъ личныхъ особенностей. Эти различія—въ силѣ, въ возрастѣ, въ способностяхъ, въ естественной независимости—не остаются безъ вліянія на право и не даютъ ему развиться до абсолютнаго равенства лицъ, какъ субъектовъ права.

Вліяніе этихъ естественныхъ различій представляется двоякимъ:

1) Или право въ принципѣ признаетъ такія личныя особенности, допуская на основаніи ихъ подраздѣленіе лицъ на извѣстныя категоріи, напр. оно признаетъ чловѣка, находящагося въ естественной зависимости отъ другаго лица, зависимымъ и юридически и вслѣдствіе этого уменьшаетъ его правоспособность. Отсюда возникаютъ различныя степени правоспособности лицъ, болѣшій пли меньшій объемъ правъ, признаваемыхъ за ними.

2) Или же оно допускаетъ вліяніе естественныхъ различій лишь на нѣкоторыя юридическія отношенія, не давая имъ однако юридической конструкціи и не признавая ихъ достаточными условіями для подраздѣленія лицъ на категоріи. Таково вліяніе пола, возраста, здоровья и умственныхъ силъ на юридическія отношенія, о которомъ будетъ рѣчь въ слѣдующихъ двухъ параграфахъ. Эти естественныя различія обозначаются обыкновенно терминомъ *status naturales*, хотя терминъ этотъ не совсѣмъ точенъ, такъ какъ слово *status* означаетъ различіе лицъ, какъ субъектовъ права, здѣсь же рѣчь идетъ лишь о различіи людей вообще.

Вліяніе индивидуальныхъ свойствъ.

§ 23.

Принадлежность ¹⁾ лица къ мужескому или женскому полу ²⁾ не имѣетъ рѣшительнаго значенія для юридическихъ отношеній;

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Полной неопредѣленности пола признано быть не можетъ. Сомнительность его у гермафродитовъ устраняется тѣмъ, что они обыкновенно причисляются къ тому полу, къ которому ближе всего подходятъ по своимъ наружнымъ признакамъ. L. 10. D. de statu hom. (1, 5); L. 15. § 1. D. de testib. (22, 5); L. 6. § 2. D. de lib. et post. (28, 2).

Изъ Пандектъ.

законы, въ которыхъ не выражено положительно для какого пола они назначены, считаются изданными для обоихъ половъ. Тѣмъ не менѣе, различному характеру того и другаго пола придается важное значеніе, проявляющееся частью въ ограниченіи правъ женщины, частью же во многихъ привилегіяхъ, установленныхъ для нея, вслѣдствіе ея безпомощности и слабости.

Возрастъ, оказывающій громадное вліяніе на развитіе физическихъ и умственныхъ силъ человѣка, въ правѣ вліяетъ какъ на дѣеспособность лицъ вообще, такъ и на способности ихъ вступать въ тѣ или другія юридическія отношенія въ особености.

Есть два рода періодовъ возраста: одни опредѣляются извѣстнымъ числомъ лѣтъ, другіе же подлежатъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ особому опредѣленію относительно каждаго даннаго индивидуума. Нѣкоторые періоды возраста уже у древнѣйшихъ народовъ относились къ первому классу, нѣкоторые же перешли позднѣе изъ втораго класса въ первый, наконецъ нѣкоторые остались до сихъ поръ во второмъ классѣ.

1) Первымъ періодомъ возраста человѣка представляется *infantia*—отъ рожденія до семи лѣтъ включительно. Это—періодъ не развитія воли. Эта первая опредѣленная грань установилась уже въ глубокой древности. Название *infantes*, или *qui faci non possunt*, обозначаетъ не естественное состояніе—не неспособность говорить вообще, а состояніе юридическое, не причину, а слѣдствіе. Лицо, находящееся въ этомъ возрастѣ, неспособно ни къ какой юридической дѣятельности, неспособно къ заключенію какой-либо сдѣлки; выраженія *infantia*, *qui faci non possunt*, заимствованы изъ тѣхъ торжественныхъ дѣйствій, сопровождавшихъ сдѣлки, которыя требовали, какъ необходимаго условія, живой рѣчи (*faci*). Къ лицамъ, лишь весьма недавно вышедшимъ изъ дѣтскаго возраста (*infantia majores*, *infantiae proximi*), могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть примѣняемы правила, существующія для *infantes*, но лишь послѣ конкретной оцѣнки каждаго даннаго индивидуума.

2) Лица во второмъ періодѣ возраста называются *impuberes infantia majores*; это—періодъ недостаточной половой зрѣлости и неполнаго умственнаго развитія. *Pubertas* имѣетъ юридическое значеніе въ вопросахъ о бракѣ, о способности къ завѣщательнымъ распоряженіямъ, о дѣеспособности и, въ связи съ нею, объ опекѣ. Этотъ періодъ продолжается для лицъ мужскаго пола до четырнадцати, а для лицъ женскаго пола—до двѣнадцати лѣтъ включительно и называется малолѣтствомъ (*Unmündigkeit*). Въ древнѣйшемъ правѣ для женщинъ этотъ возрастъ имѣлъ значеніе только по отношенію къ браку, въ по-

вѣйшемъ же онъ не остается безъ вліянія и на многія другія отношенія. Многіе римскіе юристы условіемъ дѣеспособности, а вмѣстѣ съ тѣмъ и отъѣны опеки лица мужскаго пола поставляли, кромѣ возраста, еще извѣстную степень физическаго развитія; это условіе уничтожено въ юстиніановскомъ правѣ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ совершеннолѣтіе считается наступившимъ раньше, именно у лицъ *pubertati proximi*, по отношенію къ вопросу о способности ихъ совершать преступленія; напротивъ въ другихъ случаяхъ малолѣтство признается продолжающимся до 18-го (м.) и 14-го (ж.) года, когда лицомъ уже достигается *plena pubertas*. напр. въ случаяхъ отказа малолѣтнему по завѣщанію средствъ къ жизни ¹⁾ и его усыновленія ²⁾.

3) Третій періодъ возраста, обнимающій собою несовершеннолѣтіе, *puberes minores XXV annis*; это — періодъ неполной опытности и недостаточной твердости характера. Ему противоплагается возрастъ двадцатипятилѣтній, возрастъ полнаго совершеннолѣтія — *aetas legitima*. Всѣхъ ³⁾ юридическихъ послѣдствій этого возраста можно достигнуть искусственнымъ путемъ — посредствомъ *venia aetatis*, особой привилегіи, заключающейся въ томъ, что постановленіемъ верховной власти несовершеннолѣтній можетъ быть признанъ вполнѣ совершеннолѣтнимъ, лишь бы онъ не былъ моложе 20 лѣтъ (для женскаго пола 18 л.) и отличался разумнымъ и нравственнымъ образомъ жизни. Разница между правами лица совершеннолѣтняго по привилегіи и естественно совершеннолѣтняго заключается въ томъ, что первому для отчужденія недвижимыхъ имуществъ необходимо разрѣшеніе правительства въ тѣхъ же самыхъ случаяхъ, когда оно нужно для несовершеннолѣтняго. Когда въ завѣщательныхъ и другихъ частныхъ распоряженіяхъ пріобрѣтеніе какихъ-либо правъ извѣстнымъ лицомъ поставляется въ зависимость отъ его совершеннолѣтія, то всегда подразумѣвается естественное совершеннолѣтіе, если нельзя доказать, что завѣщатель имѣлъ въ виду именно искусственное совершеннолѣтіе, достигаемое посредствомъ *venia aetatis*. Короче можно бы формулировать послѣдствія привилегіи *venia aetatis* слѣдующимъ образомъ: она освобождаетъ лицо отъ опеки вообще, но не освобождаетъ отъ верховной опеки (*Obervormundschaft*) ⁴⁾.

¹⁾ L. 14. § 1. D. de alim. leg. (34, 1): alimenta, отказываемыя лицу по завѣщанію до его совершеннолѣтія, должны быть, по закону Адриана, выдаваемы до 18 ти лѣтъ мужчинамъ и до 14-ти лѣтъ женщнамъ.

²⁾ L. 40. § 1. D. de adopt. (1, 7), § 4. I. eod. (1, 11).

³⁾ Изъ Павдектъ.

⁴⁾ Ср. L. 3. C. de his qui veniam (2, 45). Ср. далѣе L. 4. C. eod.; если бы, напр., завѣщатель предоставилъ извѣстному лицу пользованіе чѣмъ-либо до

Относительно привилегии *venia aetatis* можетъ возникнуть сомнѣнiе, съ какого времени должно считаться начало дарованнаго ею совершеннолѣтiя. Общее правило, что *rescripta gratiae* вступаютъ въ силу съ того числа, въ которое они изданы (§ 14), не можетъ имѣть здѣсь примѣненiя, вслѣдствiе того громаднаго влiянiя, которое *venia aetatis* оказываетъ на юридическiя отношенiя, измѣнять которыя безъ точныхъ основанiй опасно. Только одинъ случай положительно разрѣшенъ въ законахъ, именно, что давность для погашенiя *in integrum restitutio* считается лишь со времени врученiя рескрипта лицу, получившему привилегiю и передачи имущества въ дѣйствительное его управленiе ¹⁾. То же соображенiе слѣдуетъ примѣнить и къ прочимъ видамъ давности, теченiе которой прерывается на время несовершеннолѣтiя лица. Для дѣйствительности привилегii *venia aetatis*, во всѣхъ другихъ отношенiяхъ, напр. для прекращенiя опеки, или утраты такъ называемыхъ *beneficia minorum*, не требуется фактической передачи имущества лицу признанному совершеннолѣтнимъ, но необходимо извѣщенiе его о дарованiи ему самой привилегii.

4) Перiодъ жизни отъ полнаго совершеннолѣтiя до старости не обуславливаетъ никакихъ различiй въ объемѣ правоспособности лицъ, но наступленiе старости, *senectus*, уже влечетъ за собою нѣкоторыя, хотя и незначительныя послѣдствiя, каковы напр. свобода отъ обязанности быть попечителемъ, являться на судъ для дачи свидѣтельскихъ показанiй и возможность получить опекуна. Первая изъ этихъ льготъ дается лицу уже по достиженiи имъ 70-лѣтняго возраста, возрастъ же для прочихъ льготъ точно не опредѣленъ.

§ 24 ²⁾.

Физическiе и душевные недостатки, безъ отношенiя къ полу и возрасту, также имѣютъ значенiе въ правѣ; таковы во первыхъ физическiе недостатки — болѣзни ³⁾ и пороки (*vitia*) ⁴⁾;

наступленiя совершеннолѣтiя, имѣя въ виду, что лицо до этого времени лишено права распоряжаться своимъ имуществомъ, то *venia aetatis* не лишаетъ это лицо права на *legatum*, такъ какъ здѣсь признанiе его совершеннолѣтнимъ имѣетъ лишь значенiе освобожденiя отъ опеки.

¹⁾ L. 5. C. de temp. in int. rest. (2, 53).

²⁾ Изъ Пандектъ

³⁾ Болѣзни, обуславливающая неспособность лица къ совершенiю вѣстнаго акта и дающая ему поводъ къ уничтоженiю такого акта, называется *morbus santicus*. L. 60. D. de re jud. (42, 1).

⁴⁾ L. 101. § 2. D. de V. S. (50, 16): *verum est morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum*. Та-

даже безуміе, какъ послѣдствіе душевныхъ болѣзней, проявляющееся въ формѣ бѣшенства (*furor*) или сумашествія (*demencia*), допускающее возможность вполне ясныхъ промежутковъ (*dilucida intervalla*), въ теченіи которыхъ лицо считается какъ бы вполне здоровымъ; наконецъ слабоуміе и недостатокъ умственного развитія, особенно юридическаго пониманія, несомнѣлимый со многими правами и обязанностями, *rusticitas simplicitas*.

Недостатокъ умственного развитія лица обуславливаетъ иногда необходимость снисхожденія къ нему, напр. при заявленіи его о полномъ невѣдѣніи закона; но далеко не всѣ неразвитые люди заслуживаютъ снисхожденія. Есть цѣлыя сословія, у которыхъ такая неразвитость замѣчается постоянно, вслѣдствіе невозможности достигнуть общаго уровня цивилизаціи, или вслѣдствіе наклонности къ простѣйшему образу жизни, или наконецъ вслѣдствіе слабого участія и даже полного безучастія въ юридическомъ общеніи. Право должно въ извѣстной степени взять подъ свою охрану такія сословія, къ которымъ принадлежатъ напр. крестьянское и военное сословія (*Soldatenstand*).

Юридическія лица.

§ 25.

Вслѣдствіе распространенія понятія о личности возникло дѣленіе лицъ на физическія и юридическія.

Физическимъ лицомъ представляется такое, субъектъ личности котораго имѣетъ физическое, независимое отъ права, существованіе, это—человѣкъ. Ученіе о физическихъ лицахъ помѣщено въ 1 й главѣ IV-й книги настоящаго сочиненія.

Юридическія лица это—лица невидимыя (моральныя, мистическія), физически не существующія и потому представляющіяся юридическою фикціею (*personae fictae*); у нихъ субъектомъ права является юридическое понятіе, воплощающееся или въ совокупности физическихъ лицъ (*universitas personarum*), или въ совокупности имуществъ (*universitas bonorum*).

Причина возникновенія юридическихъ лицъ слѣдующая. Бываютъ случаи, когда извѣстному имуществу дается назначеніе

ими пороками будутъ: глухота, слѣпота, слѣпота, неспособность къ дѣторожденію. Изъ лицъ неспособныхъ вообще, *imbeciles*, особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на тѣхъ, которыя искусственнымъ путемъ лишили себя способности дѣторожденія чрезъ оскотненіе, *castrati*. L. 39. § 1. D. de jure dot. (23, 3). L. 6. pr. § 1. D. de lib. et post (28, 2).

такого рода, что оно является или неогласнымъ съ самыми свойствами этого имущества, или недостижимымъ, если субъектомъ его будутъ одно или нѣсколько отдѣльныхъ физическихъ лицъ¹⁾, и потому представляется необходимымъ измыслить новый субъектъ права, создать личность, отличную отъ физического лица.

Такая необходимость можетъ представиться:

1) Относительно тѣхъ имуществъ, которыя хотя и предназначены для отдѣльныхъ лицъ и ихъ потребностей (напр. для благотворительности), но такимъ образомъ, что управомоченныя къ нему лица точно не опредѣлены; они—*personæ incertae* и могутъ, пожалуй, въ данный моментъ даже и не быть (напр. при отсутствіи такихъ бѣдныхъ, которые просили бы о вспоможеніи). Нельзя считать всѣхъ физическихъ лицъ, которыя теперь имѣютъ, или со временемъ будутъ имѣть необходимость въ помощи, субъектами права собственности на такія имущества.

2) Относительно имуществъ, назначенныхъ не для блага отдѣльныхъ лицъ, а для государственныхъ и общественныхъ цѣлей. Если бы признать наличныхъ членовъ государства или общинъ собственниками такихъ имуществъ, то назначеніе этихъ послѣднихъ вовсе бы не достигалось какъ потому, что игнорировались бы интересы всѣхъ будущихъ членовъ союза, такъ и потому, что право собственности отдѣльныхъ наличныхъ членовъ стало бы въ разрѣзъ съ общей цѣлью и препятствовало бы ея достиженію. Только посредствомъ вышеуказанной фикціи, отнимающей право у отдѣльныхъ лицъ, является возможность достигнуть правильного и цѣлесообразнаго употребленія означенныхъ имуществъ.

Правоспособность юридическихъ лицъ не настолько безгранична, какъ правоспособность лицъ физическихъ. Ограниченіе это обуславливается 1) тѣмъ соображеніемъ, что права существуютъ ради людей, юридическое же лицо наоборотъ существуетъ ради права, ради того, чтобы извѣстныя права имѣли надлежащихъ субъектовъ: Поэтому правоспособность юридического лица, въ сущности и независимо отъ особыхъ ограниченій и расширеній, должна имѣть тотъ объемъ, который необходимъ для цѣли, бывшей въ виду при созданіи юридического лица. Поэтому 2) правоспособность его ограничена одними имуще-

¹⁾ Ученые, признающіе возможность замѣнить названіе—юридическое лицо терминомъ „цѣлесообразное имущество“ (*Zweckmoege*n), повидному, забываютъ, что главное основаніе дѣленія лицъ на физическія и юридическія заключается въ субъектъ, а не въ имущество. *Прим. ред.*

ственными правами; семейственные же права, предполагающія непременно физическое лицо, для него недоступны; недоступны для него также и тѣ имущественныя права, которыя тѣсно связаны съ семейственными отношеніями. Но кромѣ того 3) у юридическаго лица могутъ быть отняты нѣкоторыя права по особымъ причинамъ, такъ, напр., способность къ наслѣдованію, если она общимъ закономъ не дарована какому-либо цѣлому роду юридическихъ лицъ, или же особою привилегіею—какому нибудь отдѣльному виду ихъ.

Право должно было особенно тщательно опредѣлить возможность для этихъ лицъ совершать тѣ или другія юридическія дѣйствія (ихъ дѣеспособность). Осуществлять признанную за ними правоспособность юридическія лица могутъ только посредствомъ представителей. Учрежденіе, уставъ юридическаго лица имѣетъ главнымъ образомъ то значеніе, что опредѣляетъ именно организацію его представительства; см. § 50 и слѣд.

Всѣ разнообразныя виды юридическихъ лицъ сводятся, какъ мы уже сказали, къ двумъ классамъ: 1) корпорации — *universitates personarum*, чувственный субстратъ которыхъ заключается въ совокупности физическихъ лицъ, и 2) учрежденія — *universitates bonorum*, субстратомъ которыхъ является извѣстная масса имущества.

§ 26.

Къ *universitates personarum* относится прежде всего само государство, какъ субъектъ имущественныхъ правъ, вступающій въ различныя гражданскія сдѣлки, — казна, *fiscus*. Когда граждане извѣстнаго государства заключаютъ договоры съ правительствомъ, то они имѣютъ дѣло съ казною. Казна же расплачивается въ тѣхъ случаяхъ, когда государство беретъ на себя отвѣтственность за дѣянія своихъ чиновниковъ.

Казна имѣетъ множество привилегій. На эти привилегіи часто смотрѣли весьма враждебно и такой взглядъ представляется не безъосновательнымъ въ томъ случаѣ, когда, при управленіи государственными имуществами, правительство не имѣетъ въ виду общественное благо, какъ основной принципъ всякаго правленія. Въ высшихъ слояхъ общества на эти привилегіи не рѣдко смотрѣли, какъ на средство для удовлетворенія частныхъ интересовъ, вслѣдствіе чего въ низшихъ слояхъ возникъ неправильный взглядъ на нихъ, какъ на вторженіе правительства въ правовую область подданныхъ. На самомъ же дѣлѣ интересы казны должны быть дороги каждому гражданину вслѣдствіе того, что онъ въ гарантіи государственныхъ имуществъ видитъ за-

щиту собственныхъ своихъ интересовъ. Наше мнѣніе о законности нѣкоторыхъ привилегій казны, конечно, вовсе не исключаетъ того правила, что преимущества казны предъ частными владѣльцами должны имѣть свои извѣстныя границы, подобно всякому другому налогу, такъ какъ эти привилегіи ничто иное, какъ особый видъ налоговъ ¹⁾.

Кромѣ государства или казны, къ первой категоріи юридическихъ лицъ относятся всѣ тѣ меньшіе союзы, общества, *publicae*, которые входятъ въ составъ государства. Эти союзы отличаются отъ прочихъ юридическихъ лицъ тѣмъ, что не имѣютъ самостоятельной цѣли, что они преслѣдуютъ одну и ту же цѣль съ государствомъ, лишь въ болѣе ограниченномъ объемѣ. Изъ числа такихъ юридическихъ лицъ въ римскомъ правѣ упомянуты только города; деревни считались придатками города. Нынѣ существуютъ самостоятельныя сельскія общества, которыя хотя и уступаютъ, съ государственной точки зрѣнія, городскимъ, однако вполне равноправны съ ними въ гражданско-имущественномъ отношеніи. Поэтому къ нимъ можно примѣнять тѣ постановленія, которыя мы находимъ въ дѣйствующемъ правѣ о городскихъ общинахъ.

Есть союзы, которые хотя и не имѣютъ одинаковой съ государствомъ цѣли, но которые своимъ существованіемъ способствуютъ, непосредственно или посредственно, ея достиженію. Эти союзы римскимъ правомъ также причисляются къ юридическимъ лицамъ и называются *collegia*, *congrega*, *societates publicae* и проч.; таковы, напр., коллегіи священнослужителей, общества чиновниковъ, арендаторовъ государственныхъ имуществъ и др.; въ нынѣшнемъ римскомъ правѣ къ этой же категоріи причислены и университеты, насколько они обладаютъ самостоятельнымъ имуществомъ, и цехи ремесленниковъ, гдѣ таковы еще сохранились.

Рядомъ съ этими корпораціями государственнаго характера,

¹⁾ Особенный интересъ представляетъ относящееся къ занимающему насъ вопросу правило „*non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*“, L. 10. D. de jure fisci (49, 14), объясняемое по господствующему нынѣ воззрѣнію, такъ же какъ и по прежнимъ, уже устарѣвшимъ взглядамъ, въ смыслѣ приказанія рѣшать тяжбу *in dubio contra fiscum*. Нѣкоторые сомнѣвались въ истинѣ такого объясненія, говоря, что слова „*non delinquere*“ означаютъ: „онъ не совершаетъ преступленія, не подлежитъ наказанію.“ Такой смыслъ былъ бы возможенъ, если бы рассматриваемое правило высказано было въ связи съ чѣмъ-либо подрывляющимъ возможность такого толкованія, напр. въ противоположность какому-либо закону о наказуемости всякаго лица, рѣшающаго дѣло въ пользу противника казны; но мы здѣсь ничего подобнаго не видимъ, а потому и раздѣляемъ переносъ въ этихъ объясненій.

юридическимъ лицомъ является признанная въ государствѣ церковь, какъ въ дѣломъ ея объемѣ, такъ и въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ, — церковныхъ общинахъ. Вопросъ о томъ, не должно ли считать юридическими лицами только послѣднія, подлежитъ разрѣшенію въ каноническомъ правѣ, послѣ предварительнаго разрѣшенія вопроса объ отношеніи государства къ церкви вообще. Церковь, по всей справедливости должна быть причислена къ юридическимъ лицамъ; если же допустить, что юридическими лицами могутъ быть лишь церковныя общины, то придется изъ числа юридическихъ лицъ исключить и само государство, причисливъ къ нимъ одни государственныя союзы (*öffentliche Gemeinden*).

Характеръ корпораціи могутъ имѣть и другіе союзы; но это уже будетъ исключеніе, основанное на особомъ снисхожденіи и разрѣшеніи правительства. По общему праву только за исчисленными видами юридическихъ лицъ признаются права корпораціи; см. также § 28 ¹⁾.

Свойства и характеръ корпораціи обуславливаютъ слѣдующія основныя черты, которыми этотъ разрядъ юридическихъ лицъ отличается отъ простыхъ товариществъ, *societates privatae*:

1) Субъектомъ права здѣсь представляется совокупность физическихъ лицъ; но эти физическія лица имѣютъ лишь значеніе представителей юридическаго лица, причемъ самый порядокъ представительства опредѣляется уставомъ корпораціи. Юридическая личность корпораціи, при полной смѣнѣ всѣхъ ея членовъ, остается неизмѣнною. Субстратомъ ея служатъ не непосредственно физическія лица, а идея совокупности, — *universitas*, т. е. нѣчто невидимое. У простаго товарищества нѣтъ другаго субъекта, кромѣ физическихъ лицъ, а потому нѣтъ и юридическаго лица.

2) Имущества простыхъ товариществъ, не имѣющихъ правъ корпораціи, не имѣютъ другаго субъекта, кромѣ физическихъ лицъ. Субъектами права собственности, требованій, долговъ являются товарищи — *socii*. Если дѣла ведутся подъ одной фирмой, то обыкновенно эта фирма служитъ представительницею. Совѣмъ иное видимъ мы въ корпораціяхъ. Здѣсь, при вопросѣ о субъектѣ имущественныхъ правъ, физическія лица не

¹⁾ Потому напр. семейство и семейственныя учрежденія, въ дѣлахъ о родовомъ имуществѣ (*Stammgut*), не должны считаться юридическимъ лицомъ; право собственности принадлежитъ здѣсь временному владѣльцу имуществъ, который ограниченъ въ правѣ распоряженія только наследственными правами прочихъ членовъ семьи. Pfeiffer, die Lehre v. d. jurist. Pers. 1827 г. стр. 28, 29.

имѣютъ никакого значенія, даже вполне игнорируются; субъектомъ является одно невидимое юридическое лицо. Ни одинъ членъ корпораціи не можетъ быть собственникомъ части ея имущества, наличныхъ или долговыхъ ¹⁾. Отсюда вытекаетъ то правило о раздѣлѣ собственности корпораціи, по которому на каждый такой раздѣлъ должно смотрѣть какъ на простое отчужденіе имущества корпораціи не членамъ, а постороннимъ лицамъ,—какъ на полнѣйшій обихъ собственности. Такимъ образомъ вполне очевидно, какъ слѣдуетъ поступать съ имуществомъ юридическаго лица въ случаѣ его прекращенія: оно не достается членамъ, не имѣвшимъ на него права при существованіи юридическаго лица, не имѣющимъ потому на него правъ и по прекращеніи; имущество становится безхозяйнымъ и, какъ таковое, принадлежитъ казнѣ, если только государство (какъ это часто, напр., случалось въ Пруссіи при закрытіи ремесленныхъ корпорацій, цеховъ) не распорядится одновременно съ уничтоженіемъ корпораціи предоставленіемъ имущества или наличнымъ ея членамъ, или назначеніемъ его для какой-либо другой цѣли; напр. при секуляризаціи имущества монастырей оно было употреблено на школы. См. ниже IX янгу § 564 о *bona vacantia*.

У прусскихъ юристовъ встрѣчается странная и вполне бессмысленная теорія, устанавливающая различіе между такъ называемыми моральными лицами и корпораціями.

§ 27.

Есть юридическія лица, у которыхъ субъектомъ служитъ имущество, ради самостоятельности существованія котораго измыслена самая юридическая личность. Къ нимъ относятся напр. наследство, *hereditas*, въ которомъ лицо умершаго субъекта мыслится продолжающимся. Ученіе о наследствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, весьма тѣсно связано съ понятіемъ о наследственномъ правѣ и потому будетъ изложено впоследствии (§ 447).

Затѣмъ къ этой же категоріи юридическихъ лицъ относятся богоугодныя заведенія—*riae causae*, *ria socioga*. Имущества, предназначенныя для богоугодной или общепользной цѣли, могутъ конечно быть предоставлены въ собственность лица физическаго или юридическаго, уже существующаго—напр. общины, церкви, съ обязанностію для послѣднихъ употреблять

¹⁾ См. L. 6. § 1. D. de div. rer. (1, 8); L. 1. § 7. D. de quaest. (48, 18); L. 2. 7. § 1. D. quod cuiusvis univ. (3, 4).

ихъ сообразно желанію жертвователя (*modus*). Такъ можетъ распорядиться жертвователь только въ томъ случаѣ, если онъ имѣетъ довѣріе къ извѣстному лицу и убѣжденъ, что оно не злоупотребитъ этимъ довѣріемъ. Но гораздо удобнѣе и проще создать изъ жертвуемыхъ цѣнностей самостоятельное имущество, которое бы само въ себѣ заключало субъектъ своихъ правъ; собственникомъ, а потому и юридическимъ лицомъ будетъ цѣль—*ria causa*. Такъ, по германскому праву, слѣдуетъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда при учрежденіи богоугоднаго заведенія не представляется никакому существующему лицу право собственности на имущество¹⁾; такимъ образомъ субъектомъ является особенное юридическое лицо, а не церковь, не государство и не община; возникновенію новаго юридическаго лица нисколько не противорѣчитъ участіе церкви, государства и общины въ управленіи его имуществомъ, управленіе можетъ быть даже совершенно передано имъ. Но во всякомъ случаѣ, хотя бы учредитель богоугоднаго заведенія и сдѣлалъ всѣ надлежащія распоряженія относительно его управленія, всѣ такія учрежденія, въ силу положительнаго закона, подлежатъ надзору и контролю церкви, по отношенію къ учрежденіямъ, преслѣдуемымъ церковныя цѣли, государства — надъ учрежденіями государственнаго характера, и общины — надъ учрежденіями съ общинными цѣлями.

Такое вмѣшательство церкви, государства и общинъ въ управленіе богоугодными и другими учрежденіями, привело нѣкоторыхъ новѣйшихъ юристовъ къ отричанію юридической личности въ этихъ учрежденіяхъ²⁾, обусловливаемому неправильнымъ пониманіемъ относящихся сюда постановленій закона, трактующихъ, какъ сказано, лишь объ участіи въ управленіи. (Съ равною справедливостью можно было бы отрицать у опекаемаго право собственности на его имущество). Эта теорія представляется даже весьма опасною для жертвуемыхъ имуществъ и способною охладить усердіе къ устройству богоугодныхъ учреждений. Охраненіе имуществъ учреждений—въ интересахъ церкви и государства, поэтому ни церкви, ни государству нѣтъ основаній присвоивать себѣ право собственности на эти имущества. И такъ господствующій на практикѣ взглядъ признаетъ вообще учрежденія юридическими лицами.

¹⁾ См. L. 23. C. de ss. eccl. (1, 2); L. 24, 28, 35, 46 (неглотоскрон.), 49 C. de ep. et cler. (1, 3); Nov. 131. c. 11, 15; Clem. 2. pr. de rel. dom. (3, 11).

²⁾ См. статьи: Roszhirt'a въ Arch. f. civ. Prax. X, 13, стр. 321 и въ Zeitschrift f. Civ-und Krim.-R. W. стр. 329; Fritz, Erlt. zu Wening—Ingenheim's Lehrb. d. Civilrechts I, стр. 153.

Въ учебникахъ, на основаніи *L. 25. D. ad munic. (50, 1)*, весьма часто къ юридическимъ лицамъ причисляются должности (*Aemter*). Физическія лица, занимающія въ одно время, или послѣдовательно одно за другимъ, извѣстную должность, не составляютъ собою, по нашему мнѣнію, этой должности (точно такъ же, какъ члены общины не составляютъ самой общины). Должность есть дѣйствительно отвлеченное понятіе, но не всякое отвлеченное понятіе есть непременно юридическое лицо. Ошибка здѣсь зависитъ отъ невѣрнаго пониманія слова—юридическій. Если бы должность была юридическимъ лицомъ, то ей принадлежало бы право собственности, право предъявлять иски и давать обязательства. Но этого нѣтъ. Субъектомъ всѣхъ подобныхъ юридическихъ отношеній являются или лица физическія, или казна. Весьма возможно, что нѣкоторыя должности, въ видѣ исключенія, имѣютъ корпоративный характеръ, что и было, напр., въ куріяхъ, по римскому государственному праву, и въ отдѣльныхъ факультетахъ, по праву нѣкоторыхъ университетовъ. Но и въ этомъ случаѣ опять таки не должность является субъектомъ личности, а совокупность нѣсколькихъ физическихъ лицъ.

Юристы, раздѣляющіе указанный ложный взглядъ, въ дѣйствительности и не утверждаютъ, чтобы всѣ должности способны были обладать правомъ собственности, правами по обязательствамъ и проч., или, другими словами, они, называя должности юридическими лицами, ошибаются не въ сущности дѣла, но въ названіи.

Неправильный взглядъ на должности, какъ на юридическія лица, нерѣдко подтверждали характеромъ ответственности чиновниковъ, образовавшихъ изъ себя родъ коллегій; но такая ответственность имѣетъ совершенно другое основаніе (такъ же, какъ и ответственность соопекуновъ). Напротивъ, если бы должности дѣйствительно были юридическими лицами, то ответственность именно и не могла бы лежать на отдѣльныхъ должностныхъ лицахъ.

Точно также и правительство не составляетъ юридическое лицо; поэтому въ случаѣ завѣщательнаго отказа правителю государства какого-либо имущества, преемникъ его можетъ требовать завѣщанное ¹⁾ не потому, чтобы послѣдовательно смѣняющіе другъ друга правители образовывали юридическое лицо, а потому, что завѣщатель имѣлъ въ виду предоставить имущество не одному индивидууму, а всякому лицу, возведенному въ санъ правителя даннаго государства.

¹⁾ *L. 56. de leg. II (31)*.

Многіе сомнѣваются въ томъ, не признавали ли еще римскіе юристы должности юридическимъ лицомъ? Одно только постановленіе ¹⁾ дало поводъ къ такому сомнѣнію. Прежде всего здѣсь необходимо замѣтить, что въ этомъ постановленіи говорится только о городскихъ чиновникахъ и ни слова не упомянуто объ юридическомъ лицѣ; выраженіе же — *unius hominis vicem*—вовсе не намекаетъ на существованіе такого лица; оно означаетъ лишь, что всѣ муниципальные магистраты при управленіи своихъ обязанностей дѣйствуютъ какъ одно лицо, а не какъ нѣсколько лицъ, и что поэтому всѣ вообще и каждый въ особенности имѣютъ право производить всѣ служебныя дѣйствія, какъ будто должность эта отправляется однимъ лицомъ (тоже видимъ мы и у римскихъ консуловъ). Поэтому *magistratus municipales* и не представляются коллегіальною должностію. Итакъ означенное постановленіе выражаетъ мысль совершенно противоположную той, которую изъ него часто выводятъ и благодаря которой находятъ возможнымъ причислить должности къ юридическимъ лицамъ.

Могутъ ли быть вещи юридическими лицами? Гейзе считалъ таковыми земельные участки, вслѣдствіе лежащихъ на нихъ вещныхъ сервитутовъ (*Realservituten*). Но такой взглядъ представляется не болѣе какъ неудачнымъ опытомъ объяснить институтъ сервитутовъ, такъ какъ субъектомъ права всегда бываетъ собственникъ и между двумя земельными участками, принадлежащими одному собственнику, невозможны сервитуты. Субъектомъ права можетъ быть только или физическое лицо, или отвлеченное понятіе—лицо юридическое. Но представлять себѣ вещи имѣющими права и вступающими въ юридическія отношенія—нелѣпость.

Нашъ взглядъ служить также опроверженіемъ новѣйшему воззрѣнію на закладное право, какъ на требованіе, обращаемое на заложенную вещь. Вступать въ юридическія отношенія, быть вѣрителемъ, должникомъ и т. п., можетъ только лицо, а потому пришлось бы всѣ годныя къ залoгу вещи признать лицами. Это значило бы обратить право въ басню, въ которой лошади, овцы и пр. являются дѣйствующими лицами.

¹⁾ L. 25. D. ad munic. (50, 1): *magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem obtinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.*

О возникновеніи и превращеніи юридическихъ лицъ.

§ 28.

Для возникновенія лица (*persona*) необходимы два элемента: субъектъ и положительный законъ, признающій за этимъ субъектомъ правовую личность. Изъ этихъ двухъ элементовъ составляетя понятие физическаго лица: первый элементъ — человекъ, второй — общій законъ, опредѣляющій, что люди суть лица. Тѣ же два элемента мы видимъ и въ юридическихъ лицахъ.

Субъектомъ корпораціи является союзъ лицъ, долженствующихъ получить ту или другую конструкцію. Поэтому прежде всего необходимо, чтобы нѣкоторое число людей соединилось съ намѣреніемъ образовать корпорацію. По нынѣ дѣйствующему государственному праву для такого соединенія необходимо дозволеніе правительства, безъ котораго всякій союзъ, всякое собраніе будетъ незаконнымъ — *collegium illicitum*, и никогда не приобрететъ никакихъ корпораціонныхъ правъ. Однимъ словомъ, только при условіи спеціальнаго юридическаго признанія существованія извѣстнаго союза, и можетъ быть рѣчь о немъ, какъ объ юридическомъ лицѣ. Безъ этого условія вовсе не будетъ субъекта, соединяющаго въ себѣ всѣ свойства юридическаго лица.

Субъектомъ прочихъ юридическихъ лицъ представляется совокупность имущества. Въ *hereditas* субъектъ возникаетъ вслѣдствіе смерти лица, обладавшаго имущественными правами; въ *piæ causæ* — вслѣдствіе юридически прочнаго учрежденія (*rechtsbeständige Stiftung*), предназначеннаго для благой цѣли. Такимъ образомъ имущество обращается въ учрежденіе вслѣдствіе дѣйствительной юридической сдѣлки (*inter vivos*, или *mortis causa*, при чемъ эта послѣдняя закрѣпляется смертью) и назначенія его для извѣстной цѣли. Цѣль эта должна быть или богоугодною, т. е. такою, стремленіе къ которой есть религиозная обязанность людей, или же общепользною, способствующею той которой лежитъ на обязанности всякаго гражданина.

Но, какъ мы уже сказали, одного существованія субъекта еще недостаточно, такъ какъ встрѣчаются напр. такого рода товарищества, общества и учрежденія, которыя не могутъ быть признаны юридическими лицами потому именно, что собственникомъ ихъ имуществовъ являются не они сами, а какое либо постороннее лицо.

Другой элементъ необходимый для возникновенія юридическаго лица — положительный законъ — можетъ быть двоякимъ:

1) или общимъ, предписывающимъ признавать юридическую личность за всякимъ союзомъ или учрежденіемъ, удовлетворяющимъ извѣстнымъ условіямъ, 2) или специальнымъ, въ видѣ особаго разрѣшенія каждаго отдѣльнаго союза или учрежденія. Многіе юристы отвергали возможность установленія юридического лица закономъ перваго рода и требовали всякій разъ особаго разрѣшенія, допуская впрочемъ, въ видѣ исключенія, и возникновеніе юридическихъ лицъ вслѣдствіе общаго закона. Напротивъ слѣдуетъ признать, что то положеніе, которое эти юристы представляютъ правиломъ, есть не болѣе, какъ исключеніе, а допускаемая ими исключенія на самомъ дѣлѣ составляютъ общее правило.

Подобно тому, какъ права вообще вытекаютъ изъ законовъ и, только въ видѣ исключенія, изъ особыхъ привилегій (концессій), точно также и лица существуютъ въ силу общаго закона и лишь изрѣдка пользуются особыми привилегіями. Никто не сомнѣвался въ вѣрности указаннаго правила относительно физическихъ лицъ, наслѣдства, и, не говоря уже о государствѣ, относительно обществъ, церкви и церковныхъ общинъ; такъ какъ поименованныя союзы имѣютъ юридически признанное бытіе, то и юридическою личностью становятся они въ силу общихъ законовъ государства.

Сомнѣніе существовало только относительно богоугодныхъ заведеній ¹⁾. Въ подтвержденіе необходимости особаго разрѣшенія каждаго такого учрежденія приводили только то обстоятельство, что положительное право не узаконяетъ противоположнаго правила, т. е., что въ немъ нѣтъ постановленія, которое бы указывало возможность существованія учрежденій въ силу одного общаго закона; но такая точка зрѣнія какъ нельзя болѣе ложна, такъ какъ возникновеніе юридического лица въ силу общаго закона должно быть признаваемо всегда подразумевающимся правиломъ; исключеніе же можетъ быть оправдано только тогда, когда оно вызвано невозможностью кратко и точно опредѣлить всѣ необходимыя условія возникновенія того или другаго рода юридическихъ лицъ, или же когда оно представляется необходимымъ по отношенію къ нѣкоторымъ субъектамъ въ силу особыхъ соображеній. Но такой необходимости въ разсматриваемомъ нами случаѣ вовсе нѣтъ, потому-что весьма не трудно убѣдиться въ назначеніи извѣстнаго имущества именно для богоугодной или общепользной цѣли, всякое же затрудненіе

¹⁾ См. наур. Muehlenbruch, *Rechtl. Beurth. des Stædel'schen Beerbungs-falles*, 1828 г. и § 1438 D. Комментарія Глюка, XL; Roth, *neber die Stiftungen*, въ *Jahrb. f. Dogmatik* I, стр. 207, 1856 г. Прим. изд.

въ этомъ отношеніи легко можетъ быть разрѣшено судьей. Кромѣ того само положительное право узаконяетъ вообще, что *rius causae* суть юридическія лица, но отнюдь не говоритъ, что таковыми могутъ быть въ видѣ исключенія и особой милости только нѣкоторыя богоугодныя учрежденія. Наконецъ нѣтъ никакой причины стѣснять возникновеніе учрежденій и опасаться того, что они черезъ-чуръ размножатся; положительное право само относится къ нимъ весьма покровительственно.

Итакъ разобранное нами мнѣніе вполне вѣрно; оно возникло изъ свойственнаго новѣйшему времени стремленія — допускать во все внимательство государственной власти и сколь возможно задерживать свободное юридическое общеніе и развитіе.

Нѣкоторые юристы требовали для законнаго существованія учрежденія — утвержденія его правительствомъ (*obligkeitliche Conſignation*) и смѣшивали это утвержденіе съ тѣмъ разрѣшеніемъ его бытія, о которомъ мы сейчасъ говорили. Если бы такое утвержденіе было необходимо, то оно имѣло бы значеніе условія возникновенія учрежденія, хотя правило о возникновеніи юридическаго лица, при существованіи субъекта, — въ силу общаго закона — осталось бы неизмѣннымъ. Но изъ предписаній дѣйствующаго положительнаго права вовсе не видно необходимости правительственнаго утвержденія, какъ условія возникновенія юридическихъ лицъ.

Встрѣчаются однако случаи, когда дѣйствительно необходимо особое признаніе юридической личности. Именно, когда какое-либо товарищество, не имѣющее значенія общественнаго учрежденія, не необходимое для общественныхъ цѣлей, стремится пріобрѣсть права корпорацій. Но, конечно, такую концессию корпораціонныхъ правъ отнюдь нельзя считать простое допущеніе существованія товарищества. Кромѣ того необходимо замѣтить, что признаніе за товариществомъ правъ корпорацій и простое дозволеніе существованія его исходятъ отъ разныхъ властей: первое отъ законодательной, второе отъ полицейской.

Прекращеніе юридическаго лица можетъ послѣдовать вслѣдствіе предписанія правительства, которое въ то же время распоряжаетъ и его имуществомъ, конечно, безъ вреда для третьихъ лицъ (т. е. для кредиторовъ юридическаго лица). Но къ лицамъ, имѣющимъ права на имущество юридическаго лица, отнюдь нельзя причислить его членовъ.

Самое прекращеніе не должно быть актомъ произвола, даже при прекращеніи лицъ, возникшихъ вслѣдствіе особаго снисхожденія; основанія, уполномочивающія государство къ такому прекращенію, должны вытекать изъ началъ государственнаго права.

Учрежденія, *riae causae*, прекращаются съ полнымъ уничтоженіемъ ихъ чувственнаго субстрата — имущества; корпорація же не прекращается вслѣдствіе смерти или выхода всѣхъ ея членовъ, ибо понятіе корпораціи обнимаетъ не только всѣхъ наличныхъ, но и всѣхъ будущихъ членовъ. Итакъ, доколѣ существуетъ возможность обновленія юридическаго лица новыми членами, оно не прекращается. Поэтому римское право узаконяетъ, что юридическое лицо продолжаетъ существовать даже при наличности одного члена, а такое продолженіе не было бы мыслимо, если бы дѣйствительно необходимо было непрерывное существованіе чувственнаго субстрата корпораціи, — союза физическихъ лицъ. Еще менѣе возможно прекращеніе корпораціи вслѣдствіе произвольнаго соглашенія членовъ, хотя бы это соглашеніе и было признано полею юридическаго лица (впрочемъ эту фикцію нельзя распространять на уничтоженіе лица); такое рѣшеніе имѣло бы также мало значенія, какъ мало бы значила высказанная человѣкомъ воля — не быть болѣе лицомъ.

Г Л А В А II.

СОДЕРЖАНИЕ ПРАВЪ.

Юридическія отношенія и права.

§ 29.

Юридическими отношеніями называются отношенія лицъ (какъ субъектовъ права) другъ къ другу. Они отличаются безконечнымъ разнообразіемъ и путаницей; но все это разнообразіе сводится, вслѣдствіе юридическаго обсужденія ихъ, къ извѣстному существенному содержанию и такимъ образомъ распутывается. Въ чемъ же заключается это существенное содержаніе?

Юридическія отношенія содержатъ въ себѣ и проявляютъ во вѣдѣ дѣятельность лица, какъ субъекта. Лицо есть субъектъ воли, имѣющей характеръ власти; дѣятельность его направлена на подчиненіе вещнаго міра; результатомъ ея является владычество лица надъ предметами этого міра; поэтому дѣятельность лица представляется стремленіемъ пріобрѣсти права, управомочить себя (отсюда возможность для лица пріобрѣсти права называется правоспособностью), а такое управомоченіе (*Berechtigung*) составляетъ содержаніе и ядро юридическихъ отношеній. Всякое юридическое отношеніе состоитъ изъ одностороннихъ или двустороннихъ управомоченій. Судебное обсужденіе отношеній должно состоять въ изслѣдованіи и открытіи заключающихся въ нихъ управомоченій, въ опредѣленіи сущности и границъ этихъ управомоченій и въ обезпеченіи ихъ послѣдствія (ихъ дѣйствія).

Но сами управомоченія исходятъ подобно радіусамъ изъ одного источника права. Право есть владычество лица надъ предметомъ ему подчиненнымъ. Поэтому каждое право состоитъ изъ извѣстнаго числа управомоченій или уполномоченій (*Berechtigungen oder Befugnissen*), которыя только тогда могутъ быть точно опредѣлены, когда извѣстно изъ какого права они вытекаютъ; напр. право пользованія вещью можетъ быть основано на правѣ собственности, на сервитутѣ, или на обязательствѣ, и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно будетъ запечатлѣно особымъ характеромъ. Поэтому,

при обсужденіи юридическаго отношенія, по которому лицо считаетъ себя въ правѣ пользоваться извѣстною вещью, мы должны изслѣдовать то право, на которомъ оно основываетъ свое притязаніе.

Такимъ образомъ существеннымъ содержаніемъ и ядромъ юридическихъ отношеній, возникающихъ между лицами, служатъ права, имъ принадлежащія. Поэтому намъ теперь необходимо познакомиться съ различнымъ характеромъ правъ.

Основаніе правъ.

§ 30.

Право лица есть юридическая, т. е. признанная правомъ, въ смыслѣ общей воли, власть лица надъ предметомъ. Право, какъ юридическая норма, есть источникъ правъ, принадлежащихъ намъ, есть основа правъ¹⁾.

Поэтому необходимымъ условіемъ всякаго права служить то, чтобы оно было основано на юридической нормѣ, было согласно съ ней. Это условіе можетъ быть выражено въ слѣдующихъ трехъ пунктахъ: необходимо, 1) чтобы возможность существованія даннаго права была допускаема юридическими нормами; напр., человекъ не можетъ быть объектомъ права собственности, надъ нимъ не можетъ быть власти, уничтожающей его личную свободу (рабство не допускается), 2) чтобы лица приобретали права извѣстнымъ, установленнымъ юридическими нормами, порядкомъ, 3) чтобы признаніе правъ лица со стороны общей воли соединилось непременно съ защитой ихъ (болѣе или менѣе полной) отъ нарушеній. Такимъ образомъ основаніемъ всѣхъ различныхъ правъ лицъ физическихъ и юридическихъ служатъ правовыя нормы.

Нормы²⁾ эти, признающія за лицомъ какое-либо право, имѣютъ обыкновенно всеобщее примѣненіе и относятся или къ *jus commune*, или къ *jus singulare* (§ 21). Права, основанныя на *jus singulare*, называются юридическими благодѣяніями, привилегіями (*privilegia*)³⁾. Уже изъ самой природы особенныхъ

1) Другими словами, терминъ „право“ употребляется въ двоякомъ смыслѣ: *in sensu subjectivo* и *in sensu objectivo*. Право въ субъективномъ смыслѣ означаетъ власть лица надъ предметомъ, владѣтельство субъекта надъ объектомъ. Право въ объективномъ смыслѣ означаетъ существованіе юридическихъ нормъ, которыми опредѣляются отношенія субъекта къ объекту.

Прим. перев.

2) Изъ Пандектъ.

3) Этотъ видъ привилегій очень часто смѣшивался съ привилегіями въ совершенно иномъ смыслѣ слова (§ 31) и тамъ сдѣлался два совершенно различныхъ понятія и ученія (напр. у Мюленбруха, *Lehrbuch*. 1. § 60—82).

правъ слѣдуетъ, что они при коллизіи съ правами, основанными на *jus commune*, получаютъ перевѣсъ; случаи же коллизіи между двумя привилегіями разрѣшаются отчасти по тѣмъ особымъ преимуществамъ, которыя признаетъ право за тою, или за другою привилегіей¹⁾, отчасти же по основнымъ началамъ того класса правъ, къ которому принадлежатъ данныя привилегіи; въ этомъ послѣднемъ случаѣ или обѣ привилегіи взаимно уничтожаютъ другъ друга и сохраняется *status quo* (*melior est conditio possidentis*), или же онѣ осуществляются *pro rata*²⁾.

Субъектъ особенныхъ правъ опредѣляется различно, смотря потому, относится ли привилегія къ извѣстнымъ лицамъ (*privilegium personae*), или къ извѣстнымъ юридическимъ отношеніямъ (*privilegium causae*). Въ послѣднемъ случаѣ субъектомъ является всякое лицо, вступающее установленнымъ порядкомъ въ извѣстное юридическое отношеніе, и такимъ образомъ субъектъ *beneficium* а смѣшивается съ субъектомъ самаго отношенія; въ первомъ же случаѣ преимущество тѣсно связано съ лицомъ и не переходитъ на юридическое отношеніе. Лицо, которому присвоена привилегія, имѣетъ впрочемъ полное право, если найдетъ это для себя выгоднымъ, отказаться отъ пользованія особеннымъ правомъ по привилегіи и дѣйствовать на основаніи общаго закона, ибо *in invito beneficium non datur*; это же подтверждаетъ и правило о томъ, что преимущество не должно клониться ко вреду лица, ради котораго оно установлено. Осуществленіе преимущества отнюдь не допускается въ тѣхъ случаяхъ, когда привилегированное лицо сдѣлалось недостойнымъ его, вслѣдствіе совершенія какихъ-либо незаконныхъ дѣйствій.

§ 31.

Существуютъ³⁾ права, которыя основаны не на *jus commune* или *singulare*. а на снисхожденіи или уступкѣ законодательной власти (*constitutio personalis*). устанавливающей извѣстное право для одного только случая, а не для всѣхъ случаевъ однородныхъ. Такое право называется *privilegium* въ особенномъ смыслѣ слова. Эти привилегіи даются всегда

1) Напр., преимущество имѣетъ *beneficium in integrum restitutionis minorum* предъ привилегіей подвластныхъ сыновей *ex S. C. Macedoniano* и женщинъ изъ *S. C. Vellejano*; дажде преимуществомъ пользуются нѣкоторыя изъ закладныхъ и исковыхъ привилегій предъ другими.

2) Напр. въ исковыхъ привилегіяхъ § 248.

3) Изъ Пандектъ.

какой-либо единицы: или известному лицу, которымъ она не можетъ быть передана другому, хотя бы само право, по своему содержанию, принадлежало къ разряду отчуждаемыхъ и наследственныхъ (личная привилегія), или известной вещи, къ каждому послѣдовательному собственнику которой привилегія и переходитъ (вещная привилегія). Содержание отдѣльныхъ привилегій различно по свойствамъ даруемаго права, которое можетъ быть весьма различно.

Тѣмъ, что привилегія *constitutio personalis* основана на особомъ снисхожденіи власти, она отличается отъ *jus singulare*; своею способностью предоставлять лицамъ нѣкоторыя исключительныя права она отличается отъ диспенсаций, т. е. отъ простаго разрѣшенія отступить отъ того или другаго предписанія закона, напр. отъ формы, установленной для совершения известной сдѣлки. Если лицу, намѣревающемуся совершить известную сдѣлку, разрѣшаютъ однажды отступить отъ установленной для нея формы и обрядовъ, то это будетъ диспенсация; если ему разрѣшается подобное отступление навсегда, то это будетъ привилегіей; если такая льгота даруется цѣлому сословию, то является уже *jus singulare*.

Юридическое обсужденіе этихъ привилегій опредѣляется:

1) особеннымъ характеромъ права, устанавливаемого ими, напр. вещнаго, обязательнаго и проч. Вообще же различаютъ *privil. affirmativa* и *negativa*; особый видъ составляютъ *pr. exclusiva*. Юристы практики безъ всякаго основанія хотѣли приравнивать къ нимъ, по аналогіи, правила сервитутовъ и потому называли искъ о привилегіяхъ *actio confessoria*;

2) тѣмъ особеннымъ вліяніемъ, которое оказываетъ ихъ установленіе на *constitutio personalis*. Теперь мы перейдемъ къ вопросу о приобрѣтеніи и потерѣ привилегій

Приобрѣтеніе привилегія совершается, какъ мы уже сказали, вслѣдствіе снисхожденія правителя (*Concessio des Regenten*). Дѣленіе привилегій на *conventionalia* и *non conventionalia* не вѣрно, ибо ихъ возникновеніе не договорное, а всегда одностороннее: принятіе привилегія необходимо, но оно не служитъ основаніемъ приобрѣтенія ея (какъ это бываетъ въ завѣщательныхъ отказахъ); причина односторонности возникновенія привилегій заключается въ томъ, что договоръ возможенъ только между лицами равноправными по отношенію къ предмету договора; договоры между правителемъ и подданными возможны только въ той мѣрѣ, въ какой правитель является частнымъ человекомъ, чего вовсе не бываетъ при дарованіи имъ той или другой привилегіи. Нѣкоторые ученые смѣшивали указанное дѣленіе привилегій на договорныя и недоговорныя съ раздѣленіемъ ихъ на *privilegia onerosa* и *gratuita*.

Другой способъ возникновенія привилегій, кромѣ концессіи со стороны верховной власти,—способъ, созданный практикою и признанный какъ каноническимъ, такъ и германскимъ правомъ, — приобрѣтеніе посредствомъ давности (*unvordenkliche Zeit*)¹⁾. Незапамятное время замѣняетъ здѣсь титулъ приобрѣтенія (см. ниже § 77).

Таковы первообразные способы приобрѣтенія привилегій. Спрашивается, возможенъ ли преемственный переходъ привилегій (*successio*).

Самое понятіе привилегіи такого рода, что она мыслится принадлежащею только одному лицу и не распространяющеюся на другихъ лицъ. Поэтому *successio* въ привилегіяхъ не мыслима. Хотя это положеніе вполнѣ очевидно только относительно личныхъ привилегій, которыя неотчуждаемы и ненаслѣдственны, однако оно вполнѣ примѣняется и къ вещнымъ привилегіямъ (напр. въ случаѣ освобожденія извѣстнаго земельного участка отъ налоговъ), которыя тѣсно связаны съ вещью и принадлежать ей собственнику. Правда, что такая привилегія переходитъ къ каждому собственнику привилегированной вещи, но это не будетъ смѣною субъектовъ привилегіи; собственно *successio* вещной привилегіи должна бы состоять въ переходѣ привилегіи съ одной вещи на другую, а это невозможно. Возмездность (*pr. onerosum*), или безвозмездность (*pr. gratuitum*) привилегіи въ этомъ отношеніи не имѣетъ никакого значенія. Весьма ошибаются тѣ, которые полагаютъ, что возмездность привилегіи обуславливаетъ вещный характеръ ея и возможность преемственного перехода.

Прекращеніе привилегіи можетъ совершиться тѣми же способами, которыми прекращаются права, къ разряду которыхъ она принадлежитъ. Эти способы прекращенія вещныхъ и другихъ правъ примѣняются и въ тѣхъ случаяхъ, когда эти права были дарованы концессіей правительства.

Но есть способъ прекращенія привилегій общій всемъ имъ потому, что онъ тѣсно связанъ съ самымъ способомъ ихъ возникновенія, это — отмѣна привилегіи лицомъ, установившимъ ее (*Ertneiler*). Распространеннымъ прежде ученіемъ было слѣдующее: договорныя привилегіи могутъ быть отмѣняемы только въ интересахъ общественнаго блага, недоговорныя же—вполнѣ произвольно. Вѣрнѣе же, по нашему мнѣнію, будетъ признать, что хотя привилегіи и исходятъ отъ законодатель-

¹⁾ C. 26. X. de V. S. 15, 40; c. 1. de præser. in VI (2. 13); Reichsabschied 1548 г., § 56; R. A. 1576 г., § 105

ной власти, однако онъ не могутъ быть произвольно отмѣняемы, подобно законамъ, ибо онѣ — *jura quaesita*, отмѣна которыхъ вовсе не подразумѣвается въ отмѣнѣ закона. Поэтому отнятіе привилегіи возможно только *ex justa causa*; такими законными причинами служатъ: прекарное дарованіе привилегіи, государственное благо и злоупотребленія; отнятіе привилегіи вслѣдствіе злоупотребленій лица привилегированнаго можетъ послѣдовать и по судебному рѣшенію, однако практика требуетъ предостереженія субъекта о грозящемъ ему отнятіи.

Общимъ всѣмъ привилегіямъ способомъ прекращенія часто считалось непользованіе ими (*Nichtgebrauch*) въ теченіи долгаго времени. Впрочемъ мнѣнія по этому предмету были весьма различны; такъ нѣкоторые юристы вполне произвольно утверждали, что вслѣдствіе непользованія могутъ прекращаться только отрицательныя привилегіи, а не положительныя; мнѣнія расходились и по вопросу о томъ, сколько времени должно продолжаться непользованіе, при чемъ одни назначали десятилѣтній срокъ, другіе двадцатилѣтній. Если вообще и было бы правильно признать возможность прекращенія привилегіи вслѣдствіе болѣе или менѣе продолжительнаго непользованія ею, то такая возможность должна бы вытекать изъ самаго способа возникновенія ея посредствомъ концессіи, но на самомъ дѣлѣ между этимъ способомъ возникновенія и рассматриваемымъ способомъ прекращенія привилегіи нѣтъ рѣшительно никакой связи. Непользованіе представляется такимъ способомъ прекращенія, которому подчинены и права, не составляющія привилегіи, напр. сервитуты; освобожденіе отъ обязанности платить десятину, вслѣдствіе неплатежа ея въ теченіе долгаго времени (30 и 40 лѣтъ), рѣшительно признано каноническимъ правомъ ¹⁾. Привилегіи, подобно правамъ вообще, подчинены этому способу прекращенія правъ, но нельзя сказать, чтобы онъ имѣлъ значеніе для привилегіи въ тѣхъ случаяхъ, когда общее право свободно отъ него. Въ римскомъ правѣ встрѣчается одно только опредѣленіе относительно прекращенія привилегіи вслѣдствіе непользованія ею, именно, право на ярмарку, *jus nundinarum*, погашается десятилѣтнею давностью ²⁾.

Различное содержаніе правъ.

§ 32.

Права, принадлежащія намъ, представляютъ разнообразнѣйшее содержаніе. Но въ основѣ всего этого разнообразія лежитъ

¹⁾ С. 6. 15. X. de privil. (5, 33).

²⁾ L. 1. D. de nundin. (50, 11).

известное единство: есть система правъ, дающая намъ возможность опредѣлить истинное содержаніе того или другаго права.

Право есть подчиненіе предмета волѣ лица. Объемъ и степень этого подчиненія различны, смотря 1) по различію предметовъ, 2) по различному положенію субъектовъ. Займемся прежде всего послѣднимъ.

Различіе правъ по положенію ихъ субъектовъ.

§ 33.

Человѣкъ ¹⁾ вступаетъ въ юридическія отношенія или какъ отдѣльный индивидуумъ, или какъ членъ какого-нибудь органическаго соединенія, — напр. семьи, народа (государства) и церкви. Такое различіе положенія лицъ имѣетъ большое вліяніе на опредѣленіе свойствъ ихъ юридической воли; сами юридическія отношенія ихъ имѣютъ различный характеръ, смотря по положенію субъектовъ. Отношенія, въ которыхъ человѣкъ вступаетъ какъ особый индивидуумъ, а не какъ членъ какого-либо союза, — будутъ имущественными отношеніями. Тѣ же, субъектомъ которыхъ является человѣкъ, какъ членъ семьи, народа, церкви, суть семейственныя, государственныя, церковныя юридическія отношенія. Имущественныя и семейственныя права носятъ также, въ отличіе отъ двухъ остальныхъ классовъ правъ, названіе права частнаго, гражданскаго (*Privatrecht*). Такимъ образомъ всѣ правовыя нормы раздѣляются на три отдѣла: гражданское (*jus privatum*), государственное (*jus publicum*) и церковное право (*jus sacrum*). Гражданское право, какъ мы уже сказали, есть частью имущественное, частью семейственное.

У Римлянъ *jus sacrum* входило въ составъ государственнаго права; такое отношеніе между этими двумя правами, хотя и дѣйствительно существовавшее въ римскомъ правѣ (такъ какъ въ Римѣ религія всегда стояла въ служебныхъ отношеніяхъ къ государству), въ наше время представляется немислимымъ.

Терминъ *jus publicum* имѣетъ различное значеніе: 1) публичнаго, государственнаго права; 2) права общаго всѣмъ гражданамъ; сюда относятся такимъ образомъ и тѣ частныя гражданскія права, которыми пользуются всѣ граждане вообще, которые находятся *in publico usu*; такимъ характеромъ отличаются права частныхъ лицъ на нѣкоторые виды государственной собственности (см. ниже); 3) значеніе права вообще.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

права въ смыслъ общей воли, въ отличіе отъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ правъ; 4) значеніе такого права, по отношенію къ которому невозможенъ произволъ частныхъ лицъ, напр. *testamentifactio publici juris est.*

Имущественное право.

§ 34.

Имущество есть совокупность правъ, субъектомъ которыхъ представляется человекъ, какъ отдѣльный индивидуумъ, въ противоположность другимъ индивидуумамъ. Имущественныя права или заключаютъ уже въ себѣ самое владычество надъ предметами внѣшней природы, или только обуславливаютъ такое владычество; поэтому, какъ право собственности, такъ и обязательственное право являются имущественными правами. Каждое имущественное право имѣетъ свой эквивалентъ въ какой-либо вещи; такой же эквивалентъ имѣетъ и все имущество вообще.

Слѣдуетъ различать имущество, *bona*, въ естественномъ и юридическомъ смыслѣ.

1) Въ естественномъ смыслѣ имущество есть совокупность правъ, простирающихся (непосредственно или посредственно) на вещи. Оно уменьшается не только вслѣдствіе отчужденія, но и вслѣдствіе принятія на себя хозяиномъ имущества тѣхъ или другихъ обязательствъ. Если лицо должаетъ, то послѣдствіемъ этого является уменьшеніе его имущества. Поэтому имуществомъ въ естественномъ смыслѣ мы называемъ все то, что остается въ рукахъ хозяина за уплатою его долговъ ¹⁾. Такъ, напр., кто имѣетъ помѣстье, стоящее 100,000 рублей, и на 100,000 долговъ, тотъ не имѣетъ имущества, въ естественномъ смыслѣ слова.

2) Въ юридическомъ смыслѣ оно есть совокупность правъ вещныхъ, обязательственныхъ и долговъ; въ немъ заключается не только активъ, но и пассивъ хозяина. Въ этомъ смыслѣ имущество будетъ и у того, кто имѣетъ болѣе долговъ, чѣмъ наличныхъ цѣнностей.

Откуда же взялось такое, какъ бы неестественное, значеніе имущества? Оно возникло изъ представленія имущества въ чисто юридическомъ смыслѣ, какъ всей имущественной дѣя-

¹⁾ L. 39, §. I D. de V. S. (50. 16): *bona intelliguntur cujusque quae de facto acre alieno supersunt.*

тельности лица, всего имущественно-гражданскаго бытія его. Поэтому такое понятіе необходимо встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество представляется цѣлою массою, *universitas*, нераздѣльною съ своимъ субъектомъ, когда оно, въ какомъ бы соотношеніи ни находилось активъ и пассивъ его ¹⁾, представляется юридическою совокупностью, напр. при наследованіи; такимъ образомъ, наследство, обремененное громадными долгами, превышающими его цѣнность, есть все-таки наследство. Въ другихъ случаяхъ является естественное понятіе объ имуществѣ, напр. въ договорѣ, которымъ я кому-либо обещаю все мое имущество, *donatio omnium bonorum*, и при назначеніи приданнаго. Во всѣхъ этихъ сдѣлкахъ нѣтъ универсальнаго преемства, а потому здѣсь должно разумѣть только дѣйствительное, наличное имущество лица, т.-е. то, что остается за вычетомъ его долговъ.

Подчиненные ²⁾ человѣку предметы внѣшняго міра называются *вещами*, гес: такимъ образомъ вещь представляется основою имущества; поэтому въ слѣдующихъ параграфахъ мы и изложимъ общее ученіе о вещахъ.

О вещахъ и ихъ свойствахъ.

§ 35.

Вещь есть тѣлесный предметъ, матеріально независимый отъ лица, но назначенный для подчиненія его волѣ; первымъ моментомъ въ понятіи вещи является такимъ образомъ тѣлесность. Относительно этого момента возникло нѣкоторое видоизмѣненіе, такъ какъ понятіе вещи потерпѣло нѣкоторое распространеніе. Такимъ распространеніемъ однако не слѣдуетъ считать дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, ибо такъ дѣлать можно собственно не вещи, а предметы вообще. Это дѣленіе, породившее множество весьма важныхъ заблужденій, основывается на римской *divisio rerum* ³⁾. Но слово *res* означаетъ здѣсь не вещь, а вообще

¹⁾ *Sive solvenda sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ *Inst. II, 2. de rebus corporalibus et incorporalibus, l. 1. §. 1 D. de div. rer. (1, 8).* Келлеръ (*Pand. § 42*) говоритъ: „гораздо вѣрнѣе дѣленіе Цицерона (top. 5. 27: на *res quae sunt*, т.-е. собственно вещи, и на *res quae intelliguntur*, т.-е. понятія.“ Различіе между Цицероновымъ и Гаемемъ представляется лишь въ томъ, что первый имѣлъ предъ глазами законъ XII таблицъ: „*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*“ и потому причислялъ *gens, tutela, agnatio* къ *res*, тогда какъ Гай и Институція должны были отнести ихъ къ *ius personarum*. У этихъ послѣднихъ *res* не

предметъ, тѣло. Подъ именемъ *res incorporales* Римляне разумѣли всѣ права, кромѣ права собственности, особенно же права, публичія своимъ послѣдствіемъ виндикацію, каковы сервитуты, право наслѣдованія и проч. (предметомъ виндикаціи въ сервитутахъ служатъ вещь, въ наслѣдованіи же самое право).

Отступленіе отъ понятія тѣлесности вещи заключается въ томъ, что праву, кромѣ вещей матеріальныхъ, призываетъ еще вещи безтѣлесныя, фиктивныя (*fungirte Sachen*): совокупность вещей тѣлесныхъ представляется и обсуждается какъ единичная вещь; при этомъ, 1) или нѣсколько вещей образуютъ физическое цѣлое (домъ, машину, корабль); въ этомъ случаѣ не будетъ никакого расширенія понятія вещи (такъ наз. *universitas rerum cohaerentium*); 2) или нѣсколько вещей, въ силу одинаковости назначенія, образуютъ какъ бы невидимое цѣлое; связь ихъ представляется не матеріальною, физическою, какъ въ первомъ случаѣ, а лишь мысленною (таковы—стадо, бібліотека, магазинъ). Стадо, бібліотека и проч. и будутъ безтѣлесными, фиктивными вещами, называемыми вообще *universitas rerum distantium*. Существенныя свойства этихъ вещей слѣдующія. Онѣ представляютъ собой

1) Совокупность физическихъ предметовъ. Ошибочное дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя было причиною того, что съ понятіемъ 'объ *universitas rerum* стали соединять понятіе о совокупности правъ или имуществъ, технически называя ихъ *universitas juris* (наслѣдство, *peculium, dos*), совокупность же вещей, дѣйствительная *universitas rerum* называлась *universitas facti seu hominis* (потому, якобы, что она основывается на произвольномъ назначеніи, даваемомъ ей человекомъ¹⁾). Эти *universitates juris* отнюдь не могутъ относиться къ сложнымъ вещамъ. Но съ этой научной ошибкой нѣкоторые юристы связали еще практическое заблужденіе. Практическое различіе между *universitas juris* и *universitas rerum* выражается, по мнѣнію ихъ, правиломъ: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Въ другомъ мѣстѣ мы докажемъ, что это правило ложно даже и по отношенію къ такъ называемой *universitas juris*²⁾.

означаетъ ли вещь (т. е. *corpus*), ни предметъ, а право, выходящее по отношенію къ лицу, т. е. имущественное право; такимъ образомъ *bonorum possessio sine re* означаетъ не владѣніе безъ надѣльности вещи, а владѣніе безъ права наслѣдованія.

Прим. изд.

¹⁾ По примѣру glossы къ L. 1. §. 8 D. quando de pec. (15, 2): *peculium est universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur: sed illud est verum de corpore aliquo vel corporea universitate ut equitio.* Прим. изд.

²⁾ Именно, если отнять правиломъ выражается мысль, что лицо становится собственникомъ вещи, вслѣдствіе простаго пріобрѣтенія ея на его деньги,

2) Совокупность фактически самостоятельных вещей, не образующихъ новаго матеріальнаго цѣлага. Вполнѣ ошибочно думаетъ Варнякѣнигъ ¹⁾, что въ такомъ соединеніи нѣтъ ничего юридическаго, что оно чисто естественное. Такое мнѣніе, неразличающее цѣлое отъ составныхъ частей, представляется страннымъ и фантастическимъ.

3) Соединеніе вещей обусловливается одинаковымъ, по самой сущности, назначеніемъ всѣхъ соединяемыхъ вещей; (поэтому напр. не всѣ вещи, находящіяся въ домѣ, могутъ входить въ составъ одной сложной вещи).

4) Связь ихъ должна быть юридическою (nexu); когда напр. нѣсколько хозяевъ уговорятся пасти своихъ коровъ подъ надзоромъ одного пастуха, то такое стадо уже не будетъ одною universitas, въ юридическомъ смыслѣ.

5) Каждая universitas должна имѣть самостоятельное бытіе; она не должна находиться въ служебныхъ отношеніяхъ къ другой вещи, или составлять часть ея, какъ напр. снасти корабля, *instrumentum fundi*.

6) Universitas, причисляемая къ вещамъ, признается способною быть объектомъ права; такъ, по отношенію къ стаду возможны права — собственности, залога, пользованія и т. п. Переменная отдѣльныхъ составныхъ частей такого объекта измѣняетъ вовсе права на весь объектъ. Составные элементы его не перестаютъ сами по себѣ быть вещами; рядомъ съ правами на всю совокупную вещь стоятъ права на отдѣльныя, входящія въ составъ ея, вещи. Поэтому нельзя не признать ошибочнымъ мнѣніе Вангерова ²⁾, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ извѣстнаго юридическаго отношенія служитъ одна сложная вещь, то вопросъ объ отдѣльныхъ вещахъ не имѣетъ никакого значенія.

см § 149 и прил. XVI. Напротивъ, характеръ владѣнія таковъ, что оно не превращается вслѣдствіе обітна отдѣльныхъ составныхъ частей владѣннаго имущества на деньги, и на оборотъ. Въ этомъ-то смыслѣ правило: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* действуетъ не только по отношенію къ наследству, L. 22. D. de H. P. (5, 3), но и по отношенію къ *peculium castrense*, стоящему даже вне наследованія, L. 1. C. de castr. res. (12, 37). Впрочемъ разсматриваемое правило не ограничивается одними *universitates juris* и универсальными исками. см. напр. L. 5. § 14. D. de trib. act. (14, 4); L. 18. D. quod metus (4, 2); L. 7. § 3; L. 28. § 3. 4. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). Древнее правило: *surrogatum sapit naturam ejus, in ejus locum surrogatum est*, принимаемое въ общемъ смыслѣ, совершенно должно.

¹⁾ Archiv f. civ. Praxis XI, 9, стр. 179.

²⁾ Leitfaden f. Pandectenvorlesungen, т. I, стр. 91.

7) *Universitas rerum* не всегда имѣть значеніе одной вещи: во всѣхъ вопросахъ о владѣніи такого *universitas* преимущество имѣть болѣе простое, естественное ея представленіе, — совокупности многихъ отдѣльныхъ вещей, подлежащихъ отдѣльному освоенію.

Вторымъ моментомъ въ понятіи вещи является безусловное подчиненіе ся человѣческому владычеству. Вещь не имѣть другаго назначенія, какъ подчиняться человѣческой волѣ. Такому понятію вещи не противорѣчить то обстоятельство, что въ дѣйствительности встрѣчаются безхозяйныя вещи; напротивъ, существованіе ихъ представляется какъ-бы юридическою необходимостью.

Но есть вещи, надъ которыми нѣтъ и не можетъ быть права собственности. Такая невозможность обуславливается или свойствами лица, которое *non habet commercium sui rei*, или свойствами вещи, *res quarum commercium non est*. Эти вещи суть *nullius in bonis*.

Къ такимъ вещамъ принадлежатъ всѣ *res divini juris*: — *res religiosae* ¹⁾ и *sanctae* ²⁾, не находящіяся ни въ чьей собственности, ни даже въ собственности церкви. Такого взгляда на *res divini juris* держится и католическая церковь; протестантская же, отвергнувъ его, причислила эти священныя вещи къ вещамъ церковнымъ, *res ecclesiae*, и подчинила ихъ праву церкви. Также абсолютно невозможно установленіе права частной собственности и на *res omnium communes* ³⁾. Такое назначеніе ихъ для всѣхъ и каждого исключаетъ возможность установленія спеціальнаго права на нихъ. Это правило относится впрочемъ только къ цѣлымъ вещамъ, находящимся въ общемъ пользованіи: освоеніе же выдѣленныхъ частей ихъ возможно, если только самое выдѣленіе не запрещено особымъ постановленіемъ; такъ напр. разрѣшаются постройки на берегу моря и даже въ открытомъ морѣ. Право собственности частныхъ лицъ на эти выдѣленные части продолжается однако только до тѣхъ поръ, пока существуетъ самое выдѣленіе.

Кромѣ того встрѣчаются вещи, невозможность освоенія которыхъ есть только относительная, которыя являются *extra commercium* только для отдѣльныхъ частныхъ лицъ. Къ нимъ относятся нѣкоторыя вещи, находящіяся въ собственности государства или общины. — *res publicae*: но это не тѣ вещи, ко-

1) Владѣнща и могилы.

2) Вещи, посвященныя богослуженію и религиознымъ обрядамъ.

3) Таковы *aer. aqua profluens et mare et per hoc litora maris*.

Натъ Пандектъ.

торыя находятся in pecunia populi seu in universitatis и принадлежатъ къ имуществу, назначенному на удовлетвореніе общественныхъ потребностей: возможность частнымъ лицамъ приобрести право собственности на вещи такого рода можетъ быть затруднена какимъ-нибудь jus singulare (напр. государственная собственность не утрачивается по давности), но не можетъ быть уничтожена совершенно. Къ означеннымъ вещамъ, изъятымъ изъ обладанія отдѣльныхъ лицъ, принадлежатъ res quae in publico usu habentur—общественныя площади, сухопутныя и водныя дороги, строенія, находящіяся въ общемъ пользованіи. Всѣ онѣ не могутъ ни подъ какимъ условіемъ сдѣлаться объектами права собственности отдѣльныхъ лицъ. Такое же назначеніе для publicus usus имѣютъ и нѣкоторыя вещи, принадлежащія частнымъ собственникамъ, напр. небольшія дороги, берегъ судоходной рѣки, насколько онъ необходимъ для пользованія самою рѣкою.

Городскія стѣны и ворота, какъ особый видъ вещей всеобщихъ, res publicae, названы res sanctae и сравнены съ res divini juris, относительно наказуемости нарушенія ихъ цѣлости, и съ res publicae in publico usu, относительно невозможности отдѣльнаго частнаго освоенія.

Вещи ¹⁾, изъятыя изъ частнаго обладанія, охранялись отъ присвоенія отдѣльными лицами особыми, специально для того назначавшимися, чиновниками; такимъ официальнымъ вѣшательствомъ обыкновенно устраняются всѣ попытки присвоенія этихъ вещей и въ настоящее время. Впрочемъ римское право открываетъ и другой путь для ихъ охраненія, предоставляя начинать преслѣдованіе противъ нарушителей или каждому члену государства, какъ естественному его представителю (actio popularis), или тому лицу, которое потерпѣло отъ нарушенія. Такіе иски, особенно же иски втораго рода, должны быть допускаемы и въ настоящее время во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда официальное охраненіе слишкомъ медленно или недостаточно.

Для охраненія res divini juris назначены: 1) интердиктъ ne quid in loco sacro fiat противъ всякаго, предпринимающаго что-либо во вредъ освященнаго мѣста ²⁾; истецъ можетъ быть каждое лицо, принадлежащее къ данному религиозному обществу; 2) интердиктъ de mortuo inferendo, уполномочивающій, въ видахъ ускоренія погребенія, всякое лицо, которое имѣетъ известное право собственности на участокъ, назначенный для

¹⁾ Изъ Пандектъ §. 33 а

²⁾ L. 1 D. ne quid in loco sacro (43, 6).

погребенія умершихъ, и право котораго кѣмъ-либо оспариваетъ,—опустить тѣло въ спорную землю до разрѣшенія тяжбы¹⁾; 3) интердиктъ *de sepulchro aedificando*, предоставленный лицу, имѣющему право соорудить памятникъ надъ могилой, но встрѣчающему къ тому препятствія²⁾; 4) искъ противъ предумышленнаго нарушителя неприкосновенности могилы, влекущій за собой различныя наказанія, смотря по свойству самаго нарушенія: въ случаѣ предъявленія иска лицомъ управомоченнымъ штрафъ опредѣлялся по усмотрѣнiю судьи; въ случаѣ *actio popularis* виновный подвергался штрафу въ 100 золотыхъ; если же нарушенiе неприкосновенности могилы произошло отъ устройства жилища внутри памятника, или посредствомъ разрушенія этого послѣдняго, то наказанiе составляло 200 золотыхъ³⁾.

Для охраненія общественныхъ площадей, путей сообщенія и свободнаго пользованія ими⁴⁾ назначены: 1) интердиктъ въ пользу всякаго лица, въ ущербъ котораго воздвигаются другимъ лицомъ на извѣстномъ *locus publicus* какія-либо сооруженія, лишающія его нѣкоторыхъ удобствъ: совладѣнiя (*Mitgebrauch*), прохода, вида и проч.⁵⁾; этотъ интердиктъ обуславливаетъ пріостановку тѣхъ сооружений, воспрещаетъ ихъ окончанiе и представляется такимъ образомъ запретительнымъ, а не охранительнымъ; полное же устраненiе законченной постройки предоставлено упомянутымъ выше специальнымъ чиновникамъ⁶⁾. Иртердиктъ этотъ лишается силы, если строитель имѣетъ разрѣшенiе начальства, имъ не нарушенное⁷⁾; 2) общій интердиктъ (*Popularinterdict*) противъ лица, чѣмъ-либо преграждающаго путь и тѣмъ затрудняющаго пользованiе имъ; онъ влечетъ за собой устраненiе преграды⁸⁾ и обязанность владѣльца снять преграждающіе предметы и очистить путь⁹⁾; 3) *actio popularis* противъ всякаго лица, строенiе

¹⁾ L. 1 pr. §. 1—4. D. de mortuo infer. (11, 8); L. 43 D. de relig. (11, 7)

²⁾ L. 1 §. 5—10. D. de mortuo infer. (11, 8).

³⁾ L. 3 pr. D. de sep. viol. (47, 12)

⁴⁾ Подъ именемъ *locus publicae* разумѣется здѣсь не всякая публичная недвижимая собственность, а лишь назначенная для всеобщаго пользованія L. 2 §. 2—3. D. ne quid in loco publ. (43, 8); Dig XLIII. 7. de locis et itineribus publicis.

⁵⁾ L. 2 §. 10—15. D. ne quid in loco publ. (43, 8).

⁶⁾ L. 2 pr. §. 17, 18; L. 7 eod.

⁷⁾ L. 2 pr. §. 10 eod. То лицо, которому препятствуютъ въ пользованіи какимъ-либо *locus publicus* не въ указанномъ случаѣ (т. е. когда эта общественная собственность не есть дорога), имѣетъ лишь *actio injuriarum* L. 21. § 9. eod.

⁸⁾ L. 2 §. 20—34 eod.

⁹⁾ L. 2 §. 35—44 eod.

котораго, выходящее на улицу, имѣтъ какія-нибудь части или вообще предметы, грозящіе паденіемъ и опасностью проходящимъ, чѣмъ затрудняется пользованіе улицей (*qui positum vel suspensum habet*); отвѣтчикомъ является не только непосредственный виновникъ, но и всякое лицо, допустившее въ своей квартирѣ существованіе такихъ опасныхъ предметовъ; наказаніе составляетъ штрафъ въ 10 солидовъ ¹⁾; 4) интердиктъ въ пользу всякаго гражданина, испытывающаго стѣсненіе въ пользованіи общественной дорогой ²⁾; 5) интердиктъ въ пользу всякаго лица, встрѣчающаго препятствіе къ исправленію общественнаго пути ³⁾; 6) интердиктъ *de cloacis publicis* — противъ всякаго, предпринимающаго что-либо ко вреду общественныхъ клоакъ; этотъ интердиктъ обязываетъ виновнаго исправить то, что имъ испорчено ⁴⁾.

Для защиты общественныхъ водъ ⁵⁾ и пользованія ими существуютъ: 1) интердиктъ противъ лица, предпринимающаго или въ самой общественной рѣкѣ, или на ея берегахъ что либо, препятствующее судоходству; онъ обязываетъ прекратить подобныя дѣйствія ⁶⁾, уничтожить сдѣланное и возстановить рѣку въ первоначальномъ ея видѣ ⁷⁾; 2) общій интердиктъ противъ всякаго, намѣнниващаго, тѣмъ или другимъ сооруженіемъ въ рѣкѣ или на ея берегахъ, то теченіе воды, которое существовало въ предшествующее лѣто; этотъ интердиктъ обязываетъ владѣльца уничтожить такіа сооружения и возстановить нарушенное ⁸⁾; 3) интердиктъ, предоставляемый лицу, стѣсненному въ пользованіи общественными водами ⁹⁾; 4) интердиктъ *de ripa munienda* — въ пользу того лица, которому препятствуютъ продолжать постройку, назначенную для охраненія берега обще-

1) L. 5 §. 6—13 D. de his qui effud. (9, 3).

2) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

3) L. 1 D. de via publ. et itinere publ. reficiendo (43, 11).

4) L. 1 §. 15, 16; L. 2. D. de cloacis (43, 2); Schmidt. Zeitschr.-f. geschicht. Rechtswiss. XV. 3 (1850).

5) Къ нимъ по римскому праву относятся всѣ проточныя рѣки; если рѣка направляется по частному земельному участку, то она вовсе не становится *flumen privatum*, а скорѣе дѣлаетъ тѣ части участка, по которымъ проходить, также общественною собственностью. L. 1 §. 2—10; L. 3 D. de fluminibus

6) L. 1 pr. §. 11—16; L. 2 eod.

7) L. 1 §. 19—22 eod. Эти интердикты распространены на моря и на несудоходныя рѣки (вѣроятно, когда онѣ имѣютъ вліяніе на судоходство другихъ рѣкъ?); L. 1 §. 17, 18 eod.

8) Dig. XLIII. 13: ne quid in flumine publ. fiat quo aliter aqua fluat, atque, uti priori aestate fluxit.

9) Dig. XLIII 14: uti in flum. publ. navigare liceat.

ственной воды или прилегающаго къ нему земельного участка. — дается подъ тѣмъ условіемъ, чтобы это лицо не препятствовало судоходству и въ теченіе 10 лѣтъ гарантировало прочныя береговладѣльцамъ *damni infecti cautio* во всѣхъ тѣхъ убыткахъ, которые можетъ причинить его предпріятіе ¹⁾. Въ эти способы охраненія не устарѣли и теперь, хотя въ государствахъ нашего времени они представляются излишними.

Возвратимся къ вещамъ, подчиненнымъ юридическому господству человека, и посмотримъ на тѣ свойства, которыя имѣютъ вліяніе на положеніе ихъ въ юридическомъ быту. Свойства эти могутъ быть физическія и юридическія.

§ 36.

Наибольшее значеніе въ правѣ имѣетъ дѣленіе вещей на *движимыя* и *недвижимыя*. Движимыми называются тѣ вещи, которыя способны къ перемѣнѣ мѣста безъ всякаго измѣненія своей сущности. Къ недвижимымъ вещамъ принадлежитъ почва со всѣми ея естественными и искусственными, существенно связанными съ нею, агрегатами, *res soli*, каковы—растенія, строенія. Отдѣльные земельные участки, *praedia*, раздѣляются на *pr. rustica* и *urbana*, причемъ различіе это обусловливается не только мѣстонахожденіемъ участка (въ деревнѣ или городѣ), но и самими его свойствами (годностью для земледѣлія или негодностью). Домъ непременно *praedium urbanum*. Но если онъ находится въ имѣніи, построенъ въ интересахъ сельскаго хозяйства и имѣетъ исключительно сельскохозяйственное назначеніе, то такой домъ принадлежитъ къ разряду *praedia rustica*. И наоборотъ, незастроенное и потому способное къ обработкѣ мѣсто, т. е. *praedium rusticum*, можетъ принадлежать къ городскимъ землямъ, если оно назначено для удовлетворенія потребностямъ городской жизни.

Вторымъ физическимъ свойствомъ вещей, имѣющимъ правовое значеніе, является продолжительное существованіе (*Dauer*). Недвижимыя вещи отличаются отъ движимыхъ болѣею продолжительностью бытія; но изъ движимыхъ вещей немногія уменьшаются и даже вовсе уничтожаются вслѣдствіе употребленія по назначенію; такимъ образомъ употребленіе нѣкоторыхъ вещей тотчасъ же существенно измѣняетъ, уменьшаетъ и даже уничтожаетъ ихъ самихъ; это уничтоженіе можетъ быть или полное, напр. употребленіе жизненныхъ припасовъ, или же

¹⁾ Dig. XLIII. 15: *de ripa munitenda*.

только относительное: вещь уничтожается лишь для ее собственника, напр. при употреблении денег. Вещи такого рода называются *res quae usu consumuntur, vel minuuntur, res quae in absuntione, in abusu sunt*, *потребляемыми* вещами (Consumptibilia). Потребляемость вещей препятствует имъ быть объектомъ тѣхъ юридическихъ отношений, которыя предполагаютъ прочность вещи, продолжительное пользованіе ею (напр. *quasi-usus fructus*).

Еще важнѣе индивидуальное значеніе вещей. Въ вещи фигурируютъ въ юридическомъ быту или какъ родовыя, или какъ индивидуальныя. Въ собственности являются онѣ какъ индивидуумы, въ обязательствахъ — или съ тѣмъ же характеромъ (этотъ земельный участокъ, такія то монеты), или съ родовымъ характеромъ (земельный участокъ такого-то объема, такое-то количество монетъ).

Въ большинствѣ случаевъ отдѣльные индивидуумы, *species*, принадлежащіе къ одному роду, *genus*, имѣютъ различную стоимость. Такіе неравноцѣнные и неравнозначащіе индивидуумы не могутъ замѣнять одинъ другаго; поэтому обязательство доставить такую индивидуальную вещь, если самый индивидуумъ точно не определенъ, — обязательство неопредѣленное, объектъ его есть *incertum* (но все таки не нуль, если только тотъ родъ, къ которому принадлежитъ данный объектъ, не содержитъ въ себѣ вполне безцѣнныхъ видовъ, „*summuu genus*“).

Но есть классъ вещей, которыя не представляютъ индивидуальнаго различія, ибо всѣ отдѣльные виды (*species*), принадлежащіе къ одному роду (*genus*), имѣютъ одинаковое значеніе для употребленія (*communi specie continentur*) и поэтому фигурируютъ не отдѣльно, а въ опредѣленномъ количествѣ. Цѣнность ихъ опредѣляется качествомъ и количествомъ. Поэтому, чтобы обязательство на такія вещи было вполне опредѣленнымъ, *obl. certa*, необходимо только опредѣленіе ихъ качества и количества. Это — вещи, *quae pondere, numero, mensura consistunt* (т. е. не такія вещи, которыя сами подлежатъ измѣренію, каковы напр. поземельные участки, а вещи, въ которыхъ опредѣленію и измѣренію подлежатъ только качество и количество). Относительно этихъ вещей можно сказать, что *tantundem—idem*; однородныя вещи этого класса, носящія названіе *res fungibiles*, *родовыя, торювыя, замѣняемыя* вещей, могутъ вполне замѣнять другъ друга. Къ нимъ относятся деньги, хлѣбъ, необработанные металлы и проч. Названіе *res fungibiles* (родовыя) дано имъ въ XVI в. Ульрихомъ Цазіемъ ¹⁾; терминъ же „замѣняемая вещь“ (*vertretbare*) ²⁾

¹⁾ Ср., Zasius ad §. 30. I. de act. (4, 6). № 17, 18. *Прим. изд.*

²⁾ Присвоенный имъ ученымъ Цазарію. *Прим. изд.*

не отличается большею характеристичностью. Въ заключение необходимо упомянуть слѣдующія ошибочныя воззрѣнія на эти вещи:

1) Заменяемость вещей весьма часто смѣшивалась съ потребляемостью ихъ; на самомъ дѣлѣ потребляемость и заменяемость— два совершенно различныя понятія, которыя вовсе неотожествляются вслѣдствіе постоянного соединенія выражаемыхъ ими свойствъ въ однихъ и тѣхъ же вещахъ. Весьма часто случается, что самая потребляемость какой-либо вещи придаетъ ей родовой, заменяемый характеръ. Съ другой стороны и заменяемыя, родовыя вещи могутъ мыслиться и безъ свойства потребляемости, напр. невыдѣланные металлы, камни.

2) Ошибочно мнѣніе, будто заменяемая вещь должна непременно считаться таковою во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ. Есть юридическія отношенія, въ которыхъ заменяемость или незамыняемость объекта не имѣетъ никакого значенія, напр. поклажа денегъ. Напротивъ даже заменяемыя вещи, будучи объектами права собственности, считаются всегда незамыняемыми. (Объектомъ права собственности не можетъ быть то или другое количество чего-либо, а лишь та или другая опредѣленная вещь; не можетъ быть права собственности на извѣстную сумму, а лишь на извѣстное количество монетъ).

3) Должно также и противоположное мнѣніе, будто каждая вещь должна считаться заменяемою. Правда, что всѣ вещи могутъ быть признаваемы незамыняемыми, но не всѣмъ имъ можно придать значеніе заменяемыхъ. Разсматриваемое воззрѣніе основано на смѣшеніи родового характера вещи съ заменяемостью. Извѣстное лицо можетъ, по своему субъективному воззрѣнію, считать всѣ свои вещи заменяемыми, признавая разницу въ стоимости индивидуумовъ незначительною, но такой субъективный взглядъ вовсе не измѣняетъ объективныхъ свойствъ вещей.

Заменяемость, (т. е. отсутствіе особыхъ, индивидуальныхъ характеристическихъ качествъ) также мало говоритъ въ пользу вещей, какъ и въ пользу человѣка.

§ 37.

Перейдемъ къ свойствамъ, которыя заключаютъ въ себѣ, или обуславливаютъ извѣстное отношеніе между нѣсколькими вещами.

Первымъ свойствомъ такого рода, имѣющимъ отчасти физической, отчасти юридической характеръ, является *производительность*, свойство—весьма важное въ правовомъ отношеніи; вещь, одаренная этимъ свойствомъ, способствуетъ увеличенію

имущества своего субъекта не только собственнымъ бытіемъ, но и всѣми заключающимися въ ней силами и средствами. Такая выгода, доставляемая вещью въ силу самого ея назначенія, называется *плодомъ*, *fructus*. Юридическое понятіе плода не всегда совпадаетъ съ естественнымъ понятіемъ его, какъ органическаго произведенія.

1) Не всѣ органическіе продукты суть плоды въ юридическомъ смыслѣ, а лишь тѣ, которые даетъ вещь въ силу своего внутренняго назначенія. Поэтому къ нимъ не принадлежатъ дѣти рабовъ (*partus ancillae*), деревья, срубаемыя для того, чтобы сравнять землю, и валежникъ ¹⁾.

2) Не всѣ *fructus*—органическіе продукты; къ нимъ принадлежатъ и разныя другія выгоды, извлекаемыя изъ вещи, напр. арендная плата, проценты съ капитала и пр. ²⁾.

Этотъ родъ плодовъ называли *юридическими плодами*, *fructus civiles*, въ противоположность *естественнымъ* плодамъ, *fructus naturales*. Между послѣдними различаются *fructus mere naturales* и *fr. industriales*, произведенные трудомъ обладателя ихъ. Въ ³⁾ понятіи о плодахъ необходимо отмѣтить слѣдующіе моменты: время соединеннаго бытія ихъ съ вещью-производительницею—*fr. pendentes*, отдѣленіе ихъ—*fr. separati*, освоеніе ихъ вообще—*perceptio* (*ihr Bezug ueberhaupt*) и возможность такого освоенія — *fr. percipiendi* (§ 170), освоеніе ихъ въ особенности—*perceptio* въ собственномъ смыслѣ слова, нахожденіе у освоившаго — *fr. extantes*, потребление или отчужденіе ихъ—*fr. consumti*.

Perceptio fructuum является весьма часто особымъ актомъ освоенія, завладѣнія плодами; иногда же она означаетъ лишь вообще возможность такого освоенія; напр., *fructus percipiendi* называются тѣ плоды, которые вообще могли быть освоены, но остались неосвоенными, *versauemte Fruechte*, какъ ихъ именуетъ Савиньи, т. е. плоды, возможность освоенія которыхъ была пропущена ⁴⁾.

¹⁾ L. 27 pr. D. de H. P. (3, 3); L. 17 §. 1 D. de R. V. (6, 1); L. 68 D. de usufr. (7, 1); L. 10 §. 2, 3 D. de jure dot. (23, 3); L. 28 §. 1 D. de usur. (22, 1); L. 7 §. 12 D. de sol. matr. (24, 3); L. 12 pr. D. de usufr. (7, 1).

Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 26 D. de usur. (22, 1): *Julianus venationem fructus fundi negavit esse. nisi fructus fundi ex venatione constet.* Въ этой цитатѣ нѣтъ тавтологіи.

³⁾ Изъ Пандектъ.

⁴⁾ Слѣдуетъ избѣгать двухъ ошибочныхъ мнѣній: 1) что право на освоеніе плода есть слѣдствіе юридическаго владѣнія (*possessio juris*); такой взглядъ привелъ бы къ выводу, что фруктуарій и арендаторъ не имѣютъ права на плоды; 2) что къ несобравнымъ, оставленнымъ плодамъ относятся лишь дѣл-

Дѣлимостью въ юридическомъ смыслѣ называется возможность раздѣлить одну вещь между нѣсколькими лицами, имѣющими на нее извѣстныя права. При этомъ возможно три случая: 1) означенныя лица имѣютъ различныя права—право собственности, пользованія и проч.; здѣсь не будетъ нужды въ дѣленіи вещи; 2) они имѣютъ одинаковыя права каждый на всю вещь, напр. кредиторы по закладному обязательству (*Pfandgläubiger*); здѣсь также нѣтъ дѣленія вещи; 3) они имѣютъ одинаковыя права на извѣстныя части вещи.

Части вещи бываютъ физическія, при чемъ между ними возможна 1) или тѣсная, существенная связь, такъ что отдѣленіе части отъ цѣлаго производитъ въ немъ существенныя измѣненія (*integrirende Theile*), именно когда часть представляется органомъ цѣлаго; въ такомъ же отношеніи находятся домъ и растенія къ землѣ; на такія части вещь не дѣлима; только собственникъ цѣлаго можетъ быть собственникомъ части, или, говоря точнѣе, даже невозможно особое право собственности на такую часть; 2) или связь несущественная, такъ что отдѣленная часть продолжаетъ существовать, нисколько не измѣнившись въ своей сущности; вещь дѣлима на такія части, а самыя части могутъ составлять собственность различныхъ лицъ.

Велѣдствіе права нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь, она представляется уже какъ бы разложенною на нѣсколько отдѣльныхъ вещей; такимъ образомъ возникаетъ право собственности *pro diviso*. Всего очевидно оно, когда части имѣютъ только мысленную связь, когда между ними нѣтъ матеріальнаго соединенія, какъ напр. между частями какой-нибудь *universitas rerum*. Но оно возможно и тогда, когда существуетъ связь матеріальная, напр. между отдѣльными частями земельного участка, между колесомъ и экипажемъ, между камнемъ и домомъ. И въ этомъ случаѣ является нѣсколько отдѣльныхъ предметовъ, если возникаетъ раздѣльное право собственности на нихъ.

Часть можетъ быть также мысленною, интеллектуальною, невыдѣляемою изъ вещи, *quota*. Каждая вещь, конечно, дѣлима на такія части; только въ видѣ чисто юридической особенности установлена нераздѣльность нѣкоторыхъ вещей. Вещь, при существованіи на нее права собственности, не распадается на нѣсколько отдѣльныхъ цѣлыхъ, и потому является общее пра-

ствительно произведенные и неосвоенные (это мнѣніе виднѣтъ напр. у Геймбахъ: *Lehre von der Frucht*, стр. 171—178). Съ этой точки зрѣнія полное преемство брешевіе плодовъ было бы извнѣчительнѣе, чѣмъ частное. Прим. изд.

во собственности нѣсколькихъ лицъ *pro indiviso*. Собственно говоря, только такія мысленныя доли можно назвать частями вещи, такъ какъ части вещей дѣлимыхъ фактически являются самостоятельными вещами ¹⁾.

За этимъ мысленнымъ дѣленіемъ слѣдуетъ уже дѣйствительное, фактическое раздѣленіе вещи, или физически, когда каждый вмѣсто идеальной доли предмета получаетъ матеріальную часть его, или юридически, по цѣнѣ вещи, когда каждому достается соответствующая часть стоимости вещи.

Принадлежностью (*Pertinenzqualität*) ²⁾ называется такое свойство вещи, по которому она, не будучи на самомъ дѣлѣ частью другой вещи, считается, благодаря своему спеціальному назначенію, какъ бы ея частью, *quasi pars* ³⁾. При этомъ наблюдаются слѣдующія условія: 1) вещь должна быть вполне предназначена для служебнаго отношенія къ главной вещи и не должна имѣть самостоятельнаго назначенія. Только такая внутренняя связь между двумя вещами дѣлаетъ одну вещь принадлежностью другой; внѣшняя же связь не всегда имѣетъ такое значеніе (вещи матеріально связанныя, *fixa, vincata*, не всегда служатъ принадлежностями, съ другой стороны нѣкоторыя принадлежности вовсе не состоятъ во внѣшней связи съ главной вещью); 2) такое служебное назначеніе вещи должно быть постоянное; временное отдѣленіе принадлежности отъ главной вещи не уничтожаетъ зависимаго отношенія между ними; 3) это служебное отношеніе одной вещи къ другой должно осуществляться въ дѣйствительности.

Главная вещь можетъ быть недвижимою или движимою. Нѣкоторые юристы ошибочно полагаютъ, что въ послѣднемъ случаѣ только части главной вещи могутъ считаться принадлежностями ея. Чаще всего, конечно, идетъ рѣчь о принадлежностяхъ вещей недвижимыхъ. Къ разряду принадлежностей не могутъ быть отнесены ни *instrumentum fundi*, ни *instrumen-*

1) L. 25. §. 1. D. de V. S. (50, 16). Слово часть можетъ имѣть двойное значеніе (субъективное и объективное): 1) значеніе составной части; части, изъ которыхъ состоитъ вещь, суть всегда физическія; 2) значеніе доли или части вещи, принадлежащей лицу; эти доли могутъ быть физическія (вещь принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ *pro diviso*), или мысленныя (вещь принадлежитъ имъ *pro indiviso*, *res eorum communis est*). Изъ Пандектъ.

2) Терминъ „*pertinentie*“ проясняется отъ *pertinentia ad fundum* и существуетъ лишь съ среднихъ вѣковъ. Ducange s. v. *civitas*—*finis dicimus qui pertinentias suas longe lateque concludunt*. Другой терминъ „вспомогательная вещь“ (*Huelssache*) имѣетъ извѣстныя достоинства, но врядъ ли ему удастся вытѣснить изъ употребленія получившее полное право гражданства и общепонятное названіе „принадлежность“. Изъ Пандектъ.

3) L. 13. §. 31. D. de A. E. V. (19, 1).

tum ædium. Подъ instrumentum здѣсь слѣдуетъ разумѣть совокупность вещей, назначенныхъ въ первомъ случаѣ для сельскаго хозяйства, во второмъ — для пользованія зданіемъ, такъ какъ невозможно признать всѣ эти вещи назначенными для самого поземельнаго участка или дома, а напротивъ слѣдуетъ считать ихъ, вмѣстѣ съ поземельнымъ участкомъ и домомъ, назначенными для сельскаго хозяйства или для житья, т. е. для достиженія одной и той же цѣли съ вещами, кажущимися, съ перваго взгляда, главными. Относительно земельныхъ участковъ (fundus) существуетъ правило, что принадлежностью ихъ является все то, что связано съ землей, поэтому *res cæsa* не могутъ считаться ихъ принадлежностью ¹⁾. Это правило объясняется тѣмъ, что только о тѣсно связанныхъ съ землею вещахъ можно съ достовѣрностью сказать, что онѣ не имѣютъ самостоятельнаго назначенія, а предназначены для даннаго земельного участка. Совсѣмъ иное слѣдуетъ сказать о принадлежностяхъ домовъ.

Особенно важенъ вопросъ о принадлежности—при отчужденіи имущества, напр. при продажѣ, отказѣ и пр., такъ какъ принадлежность всегда слѣдуетъ за главной вещью и потому продается, дарится и завѣщается вмѣстѣ съ нею. Римскими юристами ученіе о принадлежностяхъ излагается въ видѣ множества отдѣльныхъ примѣровъ, которые впрочемъ далеко не такъ поучительны, какъ самые принципы, которыми эти юристы руководствовались при толкованіи примѣровъ. Только означенные принципы должны имѣть значеніе, а не буквальный смыслъ отдѣльныхъ рѣшеній, встрѣчающихся въ римскомъ правѣ и отражающихъ на себѣ вліяніе нравовъ и быта того времени. Образецъ недоразумѣнія представляютъ замки, *segræ*, которые въ древнее время всегда были висячими и все-таки въ римскомъ правѣ считались принадлежностями домовъ ²⁾; теперь, когда существуютъ замки двухъ родовъ, повидимому, слѣдовало бы считать всѣ замки принадлежностями, но на самомъ дѣлѣ, благодаря различной конструкціи ихъ, принадлежностями дома должно считать замки внутренніе, а не висячіе. Укажемъ еще примѣръ зависимости вопроса о принадлежностяхъ отъ обычаевъ и бытовыхъ условій: печи, въ силу климатическихъ и другихъ условій нѣкоторыхъ мѣстностей, считаются тамъ простою мебелью, тогда какъ въ другихъ мѣстахъ онѣ составляютъ необходимую принадлежность дома.

¹⁾ L. 17. §. 6. D. de A. E. V. (19, 1).

²⁾ L. 17. pr. D. de A. E. V. (19, 1).

Присоединение одной вещи къ другой, вслѣдствіе котораго одна является главною, а другая, присоединяемая — зависимою въ какомъ-либо отношеніи (не требуется зависимости во всѣхъ отношеніяхъ), — называется *accessio*. То же названіе носить и присоединяемая придаточная вещь.

Такое же отношеніе можетъ существовать и между правами, напр. закладное право (*Pfandrecht*) есть *accessio* требованія (*Forderung*), требованіе съ поручителя — *accessio* требованія съ главнаго должника; иски могутъ имѣть, кромѣ главнаго предмета и второстепенные предметы (о всѣхъ этихъ случаяхъ см. ниже въ подлжашихъ мѣстахъ). Здѣсь мы будемъ говорить только объ акцессіи, какъ о зависимомъ отношеніи между вещами. Въ понятіи такого отношенія должно указать два момента:

1) нѣсколько вещей должны быть связаны между собой (матеріально или мысленно); но одного этого не достаточно: отношеніе соединенныхъ такимъ образомъ вещей можетъ быть отношеніемъ равныхъ къ равнымъ, что бываетъ напр. когда двѣ вещи, соединяясь, образуютъ третью; въ этомъ случаѣ между обѣими частями не будетъ вовсе акцессіи, напр. между камнями дома; поэтому

2) одна вещь должна еще имѣть своимъ назначеніемъ стать въ зависимость отъ другой вещи въ какомъ бы то ни было юридическомъ отношеніи; такое назначеніе имѣютъ напр. части по отношенію къ цѣлому, принадлежности — къ главной вещи, плоды — къ вещи ихъ производящей. *Fructus pendentes* представляются частями главной вещи, но и, послѣ отдѣленія ихъ, они продолжаютъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ считаться акцессіей вещи, ихъ произведшей.

Вотъ тѣ начала, по которымъ слѣдуетъ обсуждать акцессионныя отношенія вещей. Такія отношенія представляются весьма часто несомнѣнными, напр. между строеніемъ и почвой, растеніями и земельнымъ участкомъ, камнями и строеніемъ и проч. Но нерѣдко можетъ возникнуть сомнѣніе какъ о томъ, существуетъ ли въ данномъ случаѣ акцессионное отношеніе одной вещи къ другой, такъ и о томъ, которая изъ двухъ вещей есть собственно *accessio*. Стоимость и объемъ вещей не имѣютъ никакого значенія при разрѣшеніи такого сомнѣнія ¹⁾.

У римскихъ юристовъ мы находимъ впрочемъ разрѣшеніе нѣсколькихъ частныхъ случаевъ, принятое и въ Пандекты, которое мы не только не возводимъ въ принципъ, но даже счита-

¹⁾ L. 19. §§. 13, 15, 20; L. 20, 29. §. 1. D. de auro, argento (34, 2); L. 7. §. 10. D. de acqu. rer. dom. (41, 1).

емъ ошибочнымъ. Такъ Кассій, по недостатку другихъ началъ, разрѣшилъ вопросъ о соединеніи двухъ металлическихъ тѣлъ по ихъ объему и цѣнѣ ¹⁾. Вѣрнѣе было бы разрѣшить его гакимъ образомъ, какъ будто бы въ данномъ случаѣ вовсе и не существовало акцессионнаго отношенія между тѣлами, а было лишь отношеніе равнаго къ равному. принимая оба тѣла за части третьей новой вещи —металлическаго слитка. (Этотъ правильный взглядъ указанъ и въ римскихъ источникахъ; мнѣніе же Кассія въ нихъ прямо не одобрено).

Не менѣе ложно и рѣшеніе Павла ²⁾ о томъ, что сочиненіе есть акцессія бумаги, картина — акцессія полотна (см. также ниже §. 164). Павелъ говорить, что многіе, не раздѣлявшіе его мнѣнія — въ виду большей цѣнности картинъ сравнительно съ полотномъ,—основываютъ свои разсужденія на неправильныхъ положеніяхъ; мы же считаемъ тѣ основанія, которыми Павелъ фотвируетъ свое мнѣніе, еще менѣе вѣрными, такъ какъ оно коренится на смѣшеніи двухъ вопросовъ: что безъ чего не можетъ существовать? и что ради чего существуетъ? Только отвѣчая на второй изъ нихъ, можно вѣрно разрѣшить и вопросъ объ акцессіи. Взглянемъ на человѣка и его одежду; хотя человѣкъ не можетъ существовать безъ одежды, однако его нельзя признать акцессіей платья, которое, напротивъ, сдѣлано для человѣка и потому составляетъ необходимую для него принадлежность (*accessorium*).

Ц ѣ н а.

§ 38.

Цѣна есть одно изъ свойствъ вещей, имѣющее весьма большое экономическое и юридическое значеніе. Цѣна опредѣляется отчасти по объему и важности тѣхъ цѣнностей, которыя вещью ею могутъ быть произведены,—это есть дѣйствительная цѣна, внутренняя стопмость вещи (*Gebrauchswerth*). отчасти же по количеству и важности тѣхъ цѣнностей, которыя можно получить въ гражданскомъ оборотѣ за эту вещь,—внѣшняя, мѣновая цѣна (*Tauschwerth*). Первая есть стоимость вещи, какъ объекта прочнаго, длящагося права на нее; вторая — стоимость вещи, какъ объекта мѣны. Мѣновая цѣна вещи выражается деньгами. Характеристическія свойства денегъ заключаются въ томъ, 1) что онѣ являются всеобщимъ орудіемъ мѣны и выра-

¹⁾ L. 27. §. 2. de A. R. D. (41, 1).

²⁾ L. 23. §. 3. D. de R. V. (6, 1).

жаютъ собою цѣну всѣхъ вещей вообще, 2) что онѣ кромѣ того служатъ всеобщимъ орудіемъ уплаты (*Zahlungsmittel*), т. е. что всякая обязанность сдѣлать или доставить что-либо, составляющая предметъ обязательства, можетъ всегда найти себѣ эквивалентъ въ известной денежной суммѣ и замѣниться ею, если невозможно специфическое исполненіе этой обязанности. Опре- дѣленіе цѣны вещи (оцѣнка — *æstimatio* въ общемъ смыслѣ) производится всегда ради обѣихъ цѣлей, для которыхъ она необходима: какъ ради имѣющагося въ виду обмѣна этой вещи на другія цѣнности (цѣна, *Preis*), такъ и ради замѣны ея въ случаѣ невозможности доставить именно эту вещь (оцѣнка — *æstimatio* въ собственномъ смыслѣ).

Нѣтъ ни одной вещи, которая бы соединила въ себѣ всѣ свойства денегъ, такъ какъ нѣтъ вещи, имѣющей всеобщую и неограниченную годность, или составляющей всеобщую потребность. Такое свойство обыкновенно признается за одною какою-либо пещью всѣми лицами, находящимися въ гражданскомъ общеніи. Деньги не возникаютъ вслѣдствіе предписанія правительства, потому-что если бы правительство признало деньгами такую вещь, которую общественное мнѣніе не считаетъ общепольною, то принужденіе къ признанію этого рода денегъ будетъ вынужденнымъ займомъ у подданныхъ (*erzwungenes Darlehn*). Это правило не отнимаетъ однако у государства права устанавливать для вещи, за которой народнымъ убѣжденіемъ признаны свойства денегъ, известную форму и гарантію, и тѣмъ еще болѣе укрѣплять значеніе ея, какъ всеобщаго орудія мѣны. Деньгами считается обыкновенно вещь, которая имѣетъ всегда и повсюду одинаковую цѣну (какими бы условіями эта послѣдняя ни опредѣлялась), представляетъ собою по возможности меньшій объемъ и удобопереносима. Такою вещью у насъ теперь и еще прежде у Римлянъ были драгоценныя металлы — золото и серебро. Для облегченія употребленія драгоценныхъ металловъ, они получаютъ отъ правительства ту или другую форму, служащую ручательствомъ определенной стоимости даннаго куска металла, который въ такой формѣ уже называется *монетою*.

Приданіе благороднымъ металламъ формы монеты — *чеканъ* влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія:

1) по отношенію къ цѣнѣ монеты. Монета всегда должна имѣть болѣшую цѣну, чѣмъ равной ей по объему кусокъ невыдѣланнаго металла, такъ какъ въ эту цѣну должно включить расходы на чеканъ. Лицо, употребляющее монету, оплачиваетъ эту небольшую разницу то значительное удобство, что стоимость монеты гарантирована правительствомъ.

2) по отношенію къ вѣсу (Schrot). Монеты не чеканятся изъ чистаго металла, но изъ смѣси его съ нѣкоторымъ количествомъ неблагородныхъ металловъ, прибавляемыхъ для различныхъ цѣлей, напр. чтобъ уменьшить стираніе монеты. Поэтому вѣсъ монеты не равняется вѣсу равнаго ей по объему куска чистаго металла. Отношеніе благороднаго металла къ лигатурѣ называется *пробою* (Korn).

Такая примѣсь неблагородныхъ металловъ не имѣетъ вліянія на цѣну монеты и входитъ въ составъ тѣхъ издержекъ на чеканъ, суммою которыхъ увеличивается цѣна монеты. Цѣна опредѣляется по тому количеству чистаго металла, которое въ ней содержится (Feingehalt). Это же послѣднее зависитъ отъ того, сколько монетъ чеканится изъ извѣстной массы чистаго металла (Muenzfusz), напр. опредѣлено изъ марки серебра чеканить 14 талеровъ, или 24½ гульдена.

Монеты имѣютъ значеніе денегъ, когда онѣ фигурируютъ въ юридическихъ отношеніяхъ въ видѣ количествъ и служатъ для опредѣленія цѣны или для платежа (ибо, какъ мы уже объяснили выше, таковы двѣ функціи денегъ). Количество ихъ здѣсь называется суммою и выражается числомъ монетъ извѣстной пробы; въ этомъ смыслѣ монета носитъ названіе ходячей (Rechnungsmuenze). Таковою служатъ или вычеканенныя монеты, напр. прусскіе талеры, или певычеканенныя, каковы напр. рейнскіе гульдены, которые чеканятся отдѣльными монетами лишь послѣ послѣдней монетной реформы, или саксонскіе талеры. Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы сумма, выраженная извѣстною ходячею монетою, сю непременно и уплачивалась, напр., сто талеровъ могутъ быть выплачены и двуталерными монетами. Ходячей вычеканенной монеты могло бы поэтому вовсе и не существовать, какъ это и было на самомъ дѣлѣ въ Саксоніи.

Безъ значенія денегъ монеты являются тогда, когда онѣ служатъ объектомъ извѣстныхъ юридическихъ отношеній; здѣсь онѣ хотя также фигурируютъ въ видѣ количествъ, но уже имѣютъ характеръ товара, напр. при размѣнѣ денегъ (Geldwechsel); то же бываетъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда монеты являются не количествами, а какъ отдѣльные индивидуумы, когда напр. онѣ служатъ объектомъ права собственности, поклажи и ссуды.

По поводу уплаты долговъ возникаютъ нѣкоторые вопросы, разрѣшающіеся на основаніи характеристическихъ свойствъ денегъ; разъясненіемъ этихъ вопросовъ мы теперь и займемся, причемъ необходимо однако замѣтить, что они весьма часто разрѣшались ошибочно вслѣдствіе неправильнаго взгляда на свойства денегъ. Правилами, встрѣчающимися въ руководствахъ рим-

скаго права по настоящему поводу, слѣдуетъ пользоваться крайне осторожно потому, что даже Вангеровъ ¹⁾ и тотъ заимствовалъ у Глюка ²⁾ его ложное положеніе, будто внутренняя стоимость монеты зависитъ отъ ея вѣса и пробы.

1) Вопросъ о *количествѣ*. Лицо, должное известную сумму, обязано уплатить столько монетъ, чтобы количество содержащагося въ нихъ чистаго металла составило должную сумму. Перемена монетной пробы послѣ заключенія займа хотя и не измѣняетъ самой должной суммы, однако, и именно поэтому, измѣняетъ количество подлежащихъ уплатѣ монетъ; этихъ послѣднихъ необходимо будетъ столько, чтобы содержащееся въ нихъ количество драгоцѣннаго металла равнялось количеству его въ прежнихъ монетахъ. Кто напр. задолжалъ $13\frac{2}{3}$ талера въ то время, когда ихъ чеканилось именно столько изъ марки чистаго металла, тотъ долженъ уплатить теперь 14 талеровъ, такъ какъ теперь изъ марки серебра уже чеканится не $13\frac{2}{3}$, а полныя 14 талеровъ. Сумма долга его оставалась всегда одна и таже, равняясь маркѣ чистаго металла, и только вслѣдствіе измѣнившихся расходовъ на чеканъ она представляется теперь 14-ю талерными монетами ³⁾.

Отъ содержимаго монеты (*Gehalt*) слѣдуетъ отличать цѣну ея, т. е. мѣншую стоимость по отношенію къ товарамъ, которые

1) Leitfaden f. Pandectenvorlesungen § 68.

2) Comment. XII. § 783.

3) Мнѣнія писателей относительно даннаго вопроса различны, смотря кому принимается ли ими въ расчетъ номинальная, металлическая или наконецъ курсовая цѣна денегъ. Номинальная цѣна, за призваніе которой, хотя и съ некоторыми ограниченіями, въ последнее время ратовалъ ученый Souchay (Zeitschr. f. Civilr. und Procesz. нов. сер. IX, 1831, № 12), предполагаетъ существованіе принудительнаго курса, который возможенъ только въ одномъ государствѣ и притомъ только для бумажныхъ денегъ. Металлическая цѣна, принята авторомъ въ текстѣ, подходитъ только къ займу металлическихъ денегъ, но ни къ покупкѣ послѣднихъ, ни къ бумажнымъ деньгамъ; впрочемъ и въ означенномъ случаѣ она не можетъ быть принята, такъ какъ должникъ, обязанный возвратить столько же, на сколько онъ займомъ увеличилъ свои средства, не можетъ, въ случаѣ паденія цѣны денегъ, исполнить это посредствомъ уплаты суммы, равной имъ полученной; поэтому остается только руководствоваться курсовой цѣной, т. е. цѣной, признаваемой за деньгами общественнымъ мнѣніемъ (*publica ac perpetua aestimatio*,—L. 1 pr. D. de contr. em. 18, 1), такъ какъ только это послѣднее (биржа) опредѣляется, что и въ какой мѣрѣ слѣдуетъ считать деньгами не только относительно своей страны, но даже относительно заграничныхъ монетъ и бумажныхъ денегъ. Въ случаѣ различія въ курсѣ, деньги по займу уплачиваются по тому курсу, который былъ въ данномъ мѣстѣ въ срокъ платежа, деньги за покупки—по тому курсу, который существовалъ въ мѣстѣ совершенія купли—продажи. Ученіе о курсовой цѣнѣ превосходно изложено Савиньи, *Obligationenrecht*, I, 1851 г., стр. 403—509 (§ 40—49, .
Прим. изд.

за нее можно получить. На эту последнюю нечего обращать вниманія. Если сегодня на талеръ можно купить меньше хлѣба, чѣмъ вчера, то это не уполномочиваетъ кредитора требовать больше съ должника, потому-что въ объектѣ обязательства не произошло никакой перемѣны, а самое юридическое отношеніе не измѣняется вслѣдствіе уменьшенія цѣнности объекта сравнительно съ другими предметами; понятно впрочемъ, что если кредиторъ потерпѣлъ ущербъ лишь вслѣдствіе беззаконной проволочки въ исполненіи обязательства, то этотъ ущербъ долженъ быть ему возвращенъ ¹⁾. Мѣншую же стоимость монеты будетъ выражать то количество монетъ другого сорта, которое за нее можно получить, напр. количество серебряныхъ монетъ, даваемыхъ за одну золотую ²⁾. Если это количество измѣнилось вслѣдствіе перемѣны чекана, то слѣдуетъ примѣнить вышеуказанное правило. Если же измѣненіе произошло по какимъ-либо другимъ причинамъ, то оно не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій.

2) Вопросъ о *сортѣ* монетъ. Выборъ сорта монеты для уплаты зависитъ отъ должника, который, конечно, обязанъ платить ходячей монетой, а не монетой, уже вышедшей изъ употребленія; онъ ограниченъ также въ употребленіи для платежей мелкой монеты (*Scheidemuenze*). Эта мелкая монета, назначенная собственно для размѣна, чеканится низшей пробы, сравнительно съ крупными монетными единицами, а потому ея номинальная цѣна гораздо выше стоимости содержащагося въ ней чистаго металла. Въ виду этого, многія государства выпускали, съ цѣлію выгодать эту разницу, черезъ-чуръ большое количество мелкой монеты. Допустить, что должникъ можетъ уплатить всю сумму долга размѣнною монетой, значитъ признать за должникомъ право произвольно уменьшать величину долга на половину и даже больше. Вѣритель обязанъ въ уплату долга принимать размѣнную монету по номинальной цѣнѣ лишь настолько, насколько это сообразно съ ея назначеніемъ, т. е. на-

¹⁾ Вангеровъ, III, стр. 3, склоненъ признать въ наследственныхъ арендныхъ договорахъ и въ подобныхъ сдѣлкахъ право на возвышеніе цѣны на томъ основаніи, что цѣна денегъ постоянно и значительно падла въ теченіи послѣднихъ трехъ вѣковъ, хотя онъ соглашается съ тѣмъ, что будетъ затруднительно доказать сравнительное отношеніе мѣншой цѣны денегъ въ разные времена. Но такое уменьшеніе есть неотклонимая заранѣе случайность, которая только показываетъ, какъ опасно заключать вѣчныя и даже продолжительныя сдѣлки.

Прим. изд.

²⁾ Савинья справедливо возражаетъ противъ смѣшенія отношенія монеты къ мѣншой цѣнѣ товаровъ и къ цѣнѣ чистаго серебра, служащей основаніемъ курсовой цѣны. Ibid. стр. 479.

Прим. изд.

сколько она является разнѣною; въ уплату же крупныхъ суммъ онъ долженъ принимать ее лишь по металлической цѣнѣ, т. е. по количеству содержащагося въ ней чистаго металла. Положительнымъ закономъ вообще ограниченъ платежъ разнѣною монетою. Такъ, въ ¹⁾ Reichsaabschied 1576 г. § 76 говорится: „при платежахъ суммъ свыше 25 гюльденовъ никто не обязанъ принимать мелкой монеты и не можетъ быть принужденъ къ тому начальствомъ. Лицо же, которое будетъ стараться навязать своему вѣрителю уплату разнѣною монетою, должно быть наказано конфискаціей этихъ монетъ.“ Основные правила употребленія мелкой монеты точно указаны въ законѣ 30 сентября 1821 г. о монетной дѣлѣ въ Пруссіи. § 7:—„Платежи, которые можно сдѣлать монетами въ $\frac{1}{3}$ или $\frac{1}{6}$ талера, необязательно принимать зильбергрошами.“ Это же правило удержано во всеобщей монетной конвенціи государствъ, соединившихся въ таможенный и торговый союзъ 30 июля 1838 г., ст. 12:—„соединенныя государства должны по возможности заботиться о томъ, чтобы количество находящейся въ обращеніи мелкой монеты не превышало указанныхъ размѣровъ и чтобы никто не былъ принуждаемъ принимать уплату такой суммы, которую можно выразить въ крупныхъ денежныхъ единицахъ, мелкою монетою.

Если сортъ монеты, которою долженъ быть произведенъ платежъ, опредѣленъ заранее, то кредиторъ не можетъ измѣнить его. Такое опредѣленіе, хотя молчаливое, существуетъ при займѣ ²⁾. Данная въ займы сумма должна быть уплачена тѣмъ же сортомъ монеты, которымъ она была выдана. Весьма возможно, что въ періодъ времени между началомъ займа и его погашеніемъ вовсе выйдетъ изъ обращенія извѣстный сортъ монеты; тогда, вѣроятно, правительство замѣнитъ его новымъ сортомъ. Если же такой замѣны не послѣдуетъ и стороны не придутъ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 99. D. de solut. (46, 3): Debitorem (creditorem) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Флорентійское чтеніе ошибочно, потому что, руководствуясь имъ, слѣдуетъ предположить, что если дебиторъ не терпитъ ущерба, то онъ обязанъ принять заключенный заемъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ онъ можетъ перемѣнить свое намѣреніе. Съ другой стороны, принимая въ чтеніи слово egeditorem и относя это мѣсто къ уплатѣ долга, остается неизвѣстнымъ, что должно разумѣть подъ словомъ eodem—полученныя ли деньги, или общій сортъ монеты (Савиньи, Obl. Recht. I. стр. 470). Поэтому цитированное мѣсто не служитъ доказательствомъ положенія, высказаннаго въ текстѣ.

Прим. изд.

къ взаимному соглашенію, то вѣритель можетъ требовать уплаты всего содержащагося въ прежнемъ сортѣ количества чистаго металла, съ прибавленіемъ расхода на чеканъ.

Семейственное право.

§ 39.

Семейственное право опредѣляетъ тѣ отношенія, въ которыхъ находится человекъ, какъ членъ семейства, какъ членъ союза, основаннаго на половой связи, рожденіи и любви; оно преобразуетъ эти отношенія, насколько они способны къ юридической конструкціи, въ отношенія юридическія; къ послѣднимъ относятся бракъ, отношенія между родителями и дѣтьми (родительскій союзъ), и родство вообще (союзъ родственныи). Намъ надлежитъ уяснить здѣсь только это послѣднее, какъ наиболее общій, связующій элементъ семьи. Родственные отношенія являются или 1) собственно родствомъ, — cognatio въ общемъ смыслѣ, или 2) своимъ, — affinitas. Первое бываетъ или естественнымъ, cognatio въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, или юридическимъ; притомъ оно опредѣляется или римскимъ правомъ, — civilis cognatio, или же правомъ каноническимъ — spiritualis cognatio.

§ 40.

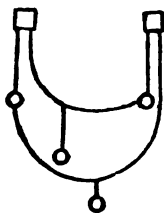
Основою естественнаго, *кровнаго* родства служитъ рожденіе, единство крови. Слова „два лица состоятъ въ родствѣ“, означаютъ, что они связаны другъ съ другомъ рожденіемъ и происхожденіемъ (Erzeugung und Abstammung). Связь эта можетъ быть двойная: 1) происхожденіемъ ихъ одного отъ другаго и 2) происхожденіемъ отъ одного общаго родоначальника, который является такимъ образомъ связующимъ ихъ звеномъ, stirps communis. Связь перваго рода есть родство по *прямой линіи* между восходящими и нисходящими, linea recta; связь втораго рода — родство *боковое* — между боковыми родственниками, linea obliqua s. transversa. Какъ въ той, такъ и въ другой линіи связь между двумя лицами можетъ быть или непосредственная, или поередетвенная — чрезъ соединительныхъ членовъ; кроме того въ боковыхъ линіяхъ одна изъ нихъ можетъ быть связана съ общимъ родоначальникомъ посредственно, а другая непосредственно, gerestus parentales; при томъ линіи могутъ быть или равно удалены отъ него, или одна ближе, а другая дальше, технически — *равныя* и *неравныя* боковыя линіи.

Въ боковой линіи имѣтъ еще важное значеніе то обстоятельство, представляется ли *stipes communis* мужемъ и женой вмѣстѣ, или кѣмъ-либо однимъ изъ нихъ; этимъ обуславливается различіе родныхъ и сводныхъ, которое впрочемъ важно только по отношенію къ братьямъ и сестрамъ,—*единокровные* и *единоутробные*, *consanguinei*, *uterini*.

Исчисленныя различія родства имѣютъ важное значеніе въ правѣ. Такое же значеніе имѣтъ различіе степеней родства т. е. близости и характера его. Родство тѣмъ ближе, чѣмъ меньшимъ числомъ роженій оно обусловлено, тѣмъ дальше, чѣмъ больше роженій соединяютъ два лица. Каждое отдѣльное роженіе образуетъ *степень* родства. Но таково только римское счисленіе родства, счисленія же древнегерманское и каноническое не обращаютъ вниманія на отдаленность двухъ лицъ другъ отъ друга, а изслѣдываютъ лишь разстояніе того и другаго отъ общаго корня, они считаютъ поколѣнія (*Generationen*), а не отдѣльныя роженія. Каноническое счисленіе сходится, конечно, съ римскимъ относительно родства по прямой линіи, но представляетъ отступленія при изслѣдованіи линій боковыхъ. По римскому счисленію дѣти братьевъ и сестеръ, т. е. двоюродные братья и сестры состоятъ въ четвертой степени боковаго родства, по каноническому же во второй. Римскаго счисленія слѣдуетъ держаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда какой-либо вопросъ подлежитъ разрѣшенію на основаніи римскихъ принциповъ, напр. въ вопросахъ наследственнаго права; когда же извѣстное юридическое отношеніе нормируется каноническимъ правомъ, какъ напр. вопросы о запрещеніяхъ брака, то степени родства должны быть опредѣляемы по каноническому счисленію.

Между двумя лицами возможно и *многократное*, *смѣтанное* родство, *mehrfache Verwandtschaft*. Неговоря уже о томъ, что встрѣчается соединеніе родства кровнаго съ гражданскимъ (*cognatio* и *agnatio*—не только посредствомъ одной *adoptio cognati*), но даже само кровное родство можетъ имѣть различныя основанія, именно въ нѣсколькихъ прямыхъ линіяхъ, или въ нѣсколькихъ боковыхъ, или наконецъ въ тѣхъ и другихъ вмѣстѣ. Такое родство возникаетъ: 1) когда какое-либо дитя родится отъ двухъ родственниковъ; оно находится въ родствѣ съ каждымъ изъ своихъ родителей чрезъ другаго родителя, кромѣ того оно состоитъ въ родствѣ по прямой линіи съ *stipes communis* отца и матери; 2) когда дитя родится отъ двухъ лицъ, имѣющихъ какого-нибудь общаго родственника; напр. дѣти, рожденныя отъ послѣдовательнаго брака одного лица съ двумя сестрами, будутъ братьями и сестрами не только родными, но и двоюродными между собою. Сюда же относится случай, указанный въ L. 10 §. 14

de gradib. (38, 10): два лица вступаютъ въ бракъ каждое съ родственникомъ другаго и рожаютъ по ребенку: *si mulieres altera alterius filio nupserint—qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrum sunt* ¹⁾.



Прежде насчитывали нѣсколько другихъ случаевъ смѣшаннаго родства, но это происходило вслѣдствіе того, что отдѣльные виды, принадлежащіе ко второму указанному нами роду, считались особыми родами.

§ 41.

Для доказательства родства необходимо доказать самое рождение, его обуславливающее. Если идетъ рѣчь о родствѣ по женской линіи, то такое доказать весьма легко. Другое дѣло, когда доказывается родство по мужской линіи, когда нужно опредѣлить, есть ли младенецъ дитя того лица, которое считается его отцомъ; опредѣленіе это необходимо для установленія какъ самаго отношенія между этими двумя лицами, такъ и родства дитяти съ родственниками отца. Неудобнонаходимое доказательство замѣнено презумціей: *pater est quem nuptiae demonstrant*. Если мать ребенка есть законная жена, то мужъ ея долженъ считаться его отцомъ.

Впрочемъ эта презумція имѣетъ свои границы: 1) рождение должно послѣдовать по крайней мѣрѣ чрезъ 6 мѣсяцевъ по заключеніи брака. Более раннее рождение не мѣшаетъ ребенку считаться законнымъ, если о томъ не будетъ спора и мужъ признаетъ его своимъ; въ случаѣ же спора и необходимости доказывать законность рожденія, презумція теряетъ свое значеніе; 2) рождение должно послѣдовать не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака. Въ этомъ случаѣ не только не примѣ-

¹⁾ Каждое изъ новорожденныхъ будетъ (по отцу) племянникомъ и въ то же время (по матери) дядей другаго.

Прим. изд.

няется указанная презумція, но и вообще вовсе не можетъ быть допущена ссылка на рожденіе дитяти отъ прекратившагося брака.

Упомянутая презумція выражается еще слѣдующимъ образомъ: отцемъ ребенка считается то лицо, которое было мужемъ матери въ промежутокъ времени между 182 и 302 днемъ до рожденія дитяти, притомъ не втеченіи всего этого 120-дневнаго промежутка, но хотя бы въ продолженіе одного дня изъ нихъ. (Числа 182 и 302 не совсѣмъ точны, см. § 74. Собственно слѣдовало бы сказать, что указанная презумція примѣняется тогда, когда до времени рожденія протекло не менѣе 182 дней отъ заключенія брака и не болѣе 300 отъ его прекращенія). Такимъ образомъ лицо, доказывающее свое происхожденіе отъ другого лица (Kindschaft), должно доказать свое рожденіе отъ его жены и самое существованіе законнаго брака. Бракъ можетъ быть даже предполагаемъ, когда мужъ въ формальномъ актѣ, подписанномъ тремя свидѣтелями, прямо назвалъ дитя своимъ, впрочемъ здѣсь необходимымъ условіемъ является возможность самаго брака между отцомъ и матерью ребенка ¹⁾.

Разсматриваемая презумція не исключаетъ возможности опроверженія законности рожденія. Но нельзя считать доказательствомъ его незаконности ни прелюбодѣяніе матери, ни даже ея собственное сознаніе въ незаконности рожденія дитяти. Контроверсомъ представляется вопросъ, возможно ли ссылаться, въ возраженіи (Gegenbeweis) на это опроверженіе, на физическія свойства ребенка, рожденнаго въ седьмомъ мѣсяцѣ брака? Нѣтъ основаній исключать этотъ способъ доказыванія, если только свѣдущіе люди удостовѣрятъ, что ребенокъ не могъ быть носимъ въ чревѣ столь краткое время. (Прусское право уничтожило возможность подобнаго недоразумѣнія тѣмъ, что возвысило первое условіе примѣнимости презумціи съ 6 на 7 мѣсяцевъ. По этому праву, опроверженіе законности рожденія должно состоять только въ удостовѣреніи того обстоятельства, что въ промежутокъ времени между 210 и 302 днемъ отъ рожденія между двумя лицами не было супружескаго сожитія). На возможности юридически доказать существованіе родства основывается различіе *законнаго* и *незаконнаго* рожденія; это различіе должно бы собственно остаться безъ вліянія на вопросъ о кровномъ родствѣ, основанномъ, какъ сказано, на одномъ естественномъ фактѣ рожденія.

Изъ всего вышеизложеннаго вытекаютъ слѣдующія два правила, которыя впрочемъ потерпѣли нѣкоторыя измѣненія:

¹⁾ Nov. 117 cap. 2.

1) По отношенію къ матери и родственникамъ съ ея стороны различіе между законнымъ и незаконнымъ рожденіемъ не имѣтъ никакого юридическаго значенія. Это положеніе измѣнено относительно дѣтей, рожденныхъ *ex damnato coitu* ¹⁾. Каноническую доктрину см. ниже въ § 316.

2) Незаконныя дѣти не имѣютъ ни отца, ни родственниковъ съ отцовской стороны.

Отъ незаконныхъ дѣтей слѣдуетъ впрочемъ отличать: а) узаконенныхъ, б) рожденныхъ въ путативномъ бракѣ, с) дѣтей невѣсты (*Brautkinder*), если только бракъ, несостоявшійся вслѣдствіе отказа жениха, судебнымъ приговоромъ *in contumaciâ* признанъ какъ-бы заключеннымъ. Всѣ исчисленные виды дѣтей имѣютъ равныя права съ законными.

Вышеуказанное правило потерпѣло нѣкоторое измѣненіе въ отношеніи прочихъ видовъ незаконныхъ дѣтей, родство которыхъ хотя и признается, но съ ограниченіемъ его значенія и объема: а) за всѣми незаконными дѣтьми признается родство съ отцомъ (если только съ нѣкоторою достовѣрностью можно предположить, кто онъ) и съ родственниками отца, впрочемъ лишь по отношенію къ вопросу о препятствіяхъ къ браку; б) за дѣтьми невѣсты, бракъ которой не состоялся вслѣдствіе смерти или безпричиннаго отказа ея жениха, признается родство съ послѣднимъ и всѣ юридическія послѣдствія этого родства, но не признается никакой связи дѣтей съ родственниками отца; для такого ограниченнаго уравненія ихъ съ законными дѣтьми не требуется поэтому особаго судебного приговора; с) за дѣтьми, рожденными въ конкубинатѣ, *liberi naturales*, признается родство съ отцомъ, а не съ родственниками отца, имѣющее вліяніе на обязанность доставлять имъ средства къ жизни, на возможность усыновленія и на ограниченное право наследованія. Довольно большой объемъ правоспособности дѣтей, рожденныхъ въ конкубинатѣ, обуславливался тѣми привилегіями, которыя преимущественно присвоивались этому союзу предъ

¹⁾ Указанное правило относится только къ слѣдующимъ видамъ незаконныхъ дѣтей: *naturales liberi*, рожденнымъ женщиной, находящейся въ продолжительномъ незаконномъ сожитіи съ однимъ лицомъ, въ конкубинатѣ, *virgini*, рожденнымъ женщиной послѣ кратковременнаго сожитія съ однимъ лицомъ, и *vulgo quaesiti*, рожденнымъ публичною женщиною; но оно отноуд не принимается къ тѣмъ дѣтямъ рожденіе которыхъ на свѣтъ было послѣдствіемъ преступленія, *ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis* (*ex damnato coitu procreati, incestuosi* и *adulterini*): между ними и матерью не должно быть никакой родственной связи. Это послѣднее мнѣніе (оверреглемое Мюленбрухомъ), имѣющее нравственное основаніе, вытекаетъ изъ Nov. 89 с. 15 и L. 6. C. de incest. nupt. (5, 5). Изъ Пандектъ.

всеми другими видами извѣрнаго полового сожитія; эти привилегіи теперь должны быть отмѣнены вовсе или же дарованы всемі незаконнымъ дѣтямъ вообще; послѣднее вошло въ Германіи во всеобщее обычное употребленіе, за исключеніемъ въ прочемъ тѣкъ дѣтей, которыя рождены *ex damnato coitu* (во Франціи же существуетъ правило: *la recherche de la paternité est interdite*, нерешедшее даже въ нѣкоторыя новѣйшія нѣмецкія законодательства, напр. въ Баденское).

Впрочемъ указанныя права незаконныхъ дѣтей необходимо предполагаютъ добровольное признаніе ребенка его отцомъ. Практика допустила, что мать можетъ предъявить искъ о прокормленіи (*Alimentenforderung*) ребенка къ отцу, отказывающемуся признать его своимъ; при этомъ слѣдуетъ замѣтить, что предметомъ иска будетъ только доставленіе средствъ къ жизни, а не признаніе младенца и что основаніемъ обязанности кормить ребенка вовсе не служитъ родство (см. § 316).

§ 42.

Переходя къ разсмотрѣнію юридическаго родства, мы лишь упомянемъ *духовное* родство, *cognatio spiritualis*, основанное на воспріятіи отъ святаго крещенія; мы ограничимся этимъ потому, что родство это, лишь намѣченное въ юстиніановскомъ правѣ²⁾, развито въ правѣ каноническомъ, а въ гражданскомъ правѣ не имѣетъ никакого значенія.

Напротивъ, въ древнеримскомъ правѣ имѣло громадное значеніе *родство гражданское*, *civilis cognatio* или *agnatio*. Основною его служить отеческая власть (по древнему же праву и власть супружеская, *maritus*). Гражданскими родственниками, агнатами, считаются лица, состоящія подъ одною и тою же отеческою властью. Благодаря послѣдней, агнатами отца семейства дѣлаются: 1) все лица, стоящія или стоявшія подъ его властью; 2) все лица, которыя находились бы подъ этою властью, еслибы былъ живъ глава, служившій имъ соединительнымъ звеномъ. Агнаты составляютъ семью въ гражданскомъ смыслѣ (*familia civilis*). Нѣтъ необходимости, чтобы власть, служащая основаніемъ этой семьи, продолжалась безконечно; но безусловно необходимо, чтобы она не была уничтожена властвіемъ *capitis deminutio*: лишеніе чести уничтожаетъ гражданское родство. Изъ того, что основою гражданской семьи служитъ отеческая власть, слѣдуетъ, что гражданское родство можетъ возникнуть только посредствомъ лица мужскаго пола, при чемъ не

²⁾ L. 26. C. de nupt. (3, 4. .

должно, конечно, забывать, что не всякое родство по мужской линии будет *cognatio civilis*.

Agnatio можетъ существовать не только между кровными родственниками, но и между лицами, несвязанными никакими кровными узамъ, вслѣдствіе усыновленія. Первый изъ этихъ видовъ агнаціи лишень въ новѣйшемъ правѣ рѣшительно всякаго значенія, тогда какъ второй видъ сохранилъ нѣкоторое значеніе. Агнаты-неродственники имѣютъ всѣ права кровныхъ родственниковъ, впрочемъ лишь до тѣхъ поръ, пока они состоятъ въ гражданскомъ родствѣ; агнаты, связанные еще кровнымъ родствомъ, даже по уничтоженіи между ними родства гражданского, остаются когнатами.

§ 43.

Свойство, *affinitas* (*Verschwaegerung*), имѣетъ свою основную бракъ. Подъ именемъ свойства разумѣется отношеніе одного супруга къ другому и къ его кровнымъ родственникамъ (а не къ простымъ агнатамъ). Между родственниками обоихъ супруговъ нѣтъ свойства. Каноническое право, обсуждая свойство какъ препятствіе къ браку (а таково главнѣйшее его значеніе), смотритъ на него, какъ на послѣдствіе не одного только законнаго брака, а и всякаго, даже незаконнаго, полового сожитія. Въ свойствѣ также различается ¹⁾ прямая линия (отношеніе къ нисходящимъ—*Stiefverwandschaft*—и къ восходящимъ другого супруга—*Schwiegerverwandschaft*) и боковыя линіи (отношеніе къ боковымъ родственникамъ другого супруга (*Schwägerschaft*). Степеней свойства не существуетъ ²⁾, потому что основой его служитъ одинъ только бракъ, а не нѣсколько; впрочемъ оно можетъ быть болѣе или менѣе близкимъ, смотря по близости кровнаго родства между однимъ супругомъ и его родственниками ³⁾. Свойство прекращается съ прекращеніемъ того брака, на которомъ оно основано, хотя прекратившееся такимъ образомъ свойство не остается безъ нѣкотораго вліянія на матримоніальное право. Аналогическое свойство возникаетъ вслѣдствіе обрученія, *sponsalia* ⁴⁾.

Вообще каноническое право слишкомъ расширило понятіе свойства, а потому подробную теорію его слѣдуетъ см. въ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 4. §; 5. D. de gradib.

³⁾ L. 10. pr. eod.; L. 5. pr. D. de injur. (47, 10); ср. Voecking, Pand. §. 55.

⁴⁾ L. 6. §. 1; L. 8 D. de gradib.

учебникахъ каноническаго права. Значеніе свойства въ гражданскомъ правѣ весьма незначительно, а потому мы и ограничимся этими не многими словами.

§ 44 ¹⁾.

Положеніе человѣка въ семьѣ вліяетъ на его имущественныя отношенія и наоборотъ, съ тѣми или другими семейственными отношеніями неразрывно связаны особенныя имущественныя права; напр. съ бракомъ и отеческою властью нераздѣльно особенное имущественное отношеніе лицъ, находящихся въ бракѣ и подъ отеческою властью; важнѣйшее юридическое послѣдствіе родства—наслѣдованіе, т. е. вступленіе въ оставшееся имѣніе покойника, носить чисто имущественный характеръ и т. д. И такъ имущественное и семейственное права образуютъ двѣ области, весьма часто и близко соприкасающіяся.

**Вліяніе общественнаго и церковнаго положенія
лицъ на гражданское право.**

§ 45.

Въ то время, когда право было еще не развито, происходило вторженіе государственнаго и церковнаго права въ имущественно-гражданскую сферу и наоборотъ. Хотя нельзя отрицать дѣйствительной близости и связи означенныхъ сферъ права, однако онѣ не должны нарушать самостоятельности другъ друга. Политическая личность человѣка будетъ, конечно, имѣть вліяніе на такія гражданскія права, которыя сами находятся въ тѣсной, существенной связи съ государственнымъ положеніемъ его; то же должно сказать и о вліяніи церковнаго положенія лица на право. Если напр. политическія права лица находятся въ зависмости отъ обладанья недвижимостью, или даже извѣстнаго рода недвижимостью, то нельзя отрицать за политическимъ положеніемъ этого лица вліянія на способность его къ приобрѣтенію такого права на недвижимое имѣніе. Далѣе, присяга напр. имѣетъ значеніе въ гражданскомъ правѣ; но такъ какъ церковное положеніе присягающаго оказываетъ свое вліяніе на присягу, то оно не остается безъ вліянія и на гражданское право. Но нельзя оправдывать воздѣйствія политическаго и церковнаго положенія лица на его гражданскую правоспособ-

1) Изъ Пандектъ.

ность, если оно преступаетъ опредѣленные границы. Юстиниановскому праву не удалось избѣгнуть этого недостатка. Нынѣ дѣйствующее право устранило эти взаимныя вторженія. Постановленія римскаго права противъ вѣроотступниковъ и еретиковъ признаны устарѣвшими, хотя запрещеніе брака между христіанами и Іудеями удержано въ полной силѣ на томъ основаніи, что оно касается юридическаго отношенія, относящагося къ области и гражданскаго права и лишь лежащаго на границѣ права каноническаго.

Для обладанія въ извѣстномъ государствѣ имущественно-гражданскою правоспособностью нѣтъ необходимости быть гражданиномъ этого государства: иностранцы, наравнѣ съроданными его, могутъ вступать во всѣ имущественныя обязанности; за ними не признаются лишь тѣ гражданскія права, обладаніе которыми тѣсно связано съ правами политическими. Преимущества извѣстныхъ сословій, напр. солдатскаго, не должны быть признаваемы вторженіемъ государственнаго права въ область права гражданскаго, такъ какъ эти преимущества имѣютъ большею частью имущественно-гражданское основаніе (не въ политической, а въ естественной сторонѣ этого сословія). Не можетъ быть точно также считаемо смѣшеніемъ правовыхъ сферъ вліяніе государственныхъ и церковныхъ интересовъ на установленіе и утвержденіе юридическихъ лицъ.

Если въ прежнее время существовала опасность того, что государственная и церковная области права слишкомъ часто будутъ вторгаться въ гражданскую сферу, то въ настоящее время представляется совершенно обратное опасеніе—слишкомъ умалить вліяніе государственнаго и каноническаго правъ на право гражданское. Теперь слишкомъ часто государственный и церковный разумъ исчезаетъ въ имущественно-гражданскомъ эгоизмѣ; большинство не признаетъ даже вовсе этого разума и весьма враждебно смотритъ на всякое малѣйшее ограниченіе гражданской сферы, предпринимаемое въ видахъ политическихъ и религиозныхъ.

Отношеніе человѣка къ государству и политическимъ корпораціямъ его составляющимъ, съ точки зрѣнія принадлежности, является двоякимъ ¹⁾

1) Отношеніемъ ²⁾ къ государству или обществу, какъ къ совокупности лицъ, принадлежностью человѣка къ самому государству и отдѣльнымъ государственнымъ корпораціямъ,—пра-

¹⁾ Полное изложеніе ученія объ *origo* и *domicilium* находится у Савинья, *System* т. VIII §. 30 и слѣд.

Прим. изд.

²⁾ Изъ Пандектъ.

вошъ гражданства, подданствомъ. Къ такому отношенію примѣняется все вышесказанное. 2) Отношеніемъ лица къ территоріи государства или общества, называемымъ временнымъ мѣстопробываніемъ (*Aufenthalt*) и постояннымъ мѣстожителствомъ (*domicilium*). Какъ то, такъ и другое имѣютъ весьма важное, многостороннее значеніе въ гражданскомъ правѣ, особенно же послѣднее: оно дѣлаетъ лицо жителемъ, *incola*, извѣстнаго государства, независимо отъ подданства его. Установленіемъ правильнаго понятія мѣстожителства мы теперь и займемся.

Терминъ *domicilium* — мѣстожителство — не совсѣмъ точно передаетъ самое юридическое понятіе. Для понятія *domicilium* вовсе не нужно владѣніе домомъ, или вообще какимъ бы то ни было недвижимымъ имуществомъ, не нужно также житье и пребываніе въ какомъ-либо мѣстѣ. Поэтому лицо можетъ имѣть одновременно нѣсколько мѣстожителствъ въ юридическомъ смыслѣ; возможно признаніе такого мѣстожителства, изъ котораго лицо уже удалилось. Есть лица вовсе безъ мѣстожителства: бродяги и лица, неизвѣстно куда переѣхавшія ¹⁾.

Domicilium есть центръ продолжительной юридической дѣятельности лица; этимъ объясняется независимость его отъ пребыванія въ извѣстномъ мѣстѣ и проч. Одинъ случай спеціально разрѣшенъ въ римскомъ правѣ: *domicilium* оумъ учащагося не можетъ считаться то мѣсто, въ которомъ онъ пребываетъ вслѣдствіе своихъ занятій (если только это мѣсто не должно считаться его мѣстожителствомъ на какомъ-либо другомъ основаніи).

Обыкновенно мѣстожителство зависитъ отъ воли лица, оно есть *domicilium voluntarium* ²⁾. Но для установленія извѣстнаго мѣстожителства не достаточно одного намѣренія и даже выраженія воли, но необходимо дѣйствительное исполненіе этой воли: *domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione* ³⁾; точно также и прекращеніе *domicilium*'а требуетъ тѣхъ же условій, а не одной переменны жилья.

¹⁾ Относительно этихъ лицъ принимается во вниманіе прежде мѣстожителство, или мѣстопроисхожденіе. Это послѣднее и есть *origo* въ новѣйшемъ смыслѣ, т. е. фактивное жителство лица въ томъ мѣстѣ, гдѣ жилъ его отецъ, тѣмъ называемое *domicilium originis* тѣмъ же отличающееся отъ римскаго *origo*, т. е. отъ права гражданства, приобретаемаго рожденіемъ (или другимъ, его замѣняющимъ актомъ), какъ и отъ *domicilium*'а въ смыслѣ свободно избраннаго мѣстопробыванія *Прим. ижд.*

²⁾ L. 27. §. 2. D. ad mun. (50, 1): *ubi domicilium habeat existimatione animi est accipiendum.*

³⁾ L. 20. D. eodem.

Но есть случаи, когда мѣстожителство опредѣляется чужою волею, такъ жена числится въ мѣстожителствѣ мужа, дѣти—отца; однако *concessio peculii* ¹⁾ способно дать сыну возможность установить свое собственное *domicilium*. Мѣстожителство чиновниковъ опредѣляется мѣстоахожденіемъ того учрежденія, при которомъ они состоятъ, солдатъ—мѣстомъ службы, если только они не имѣютъ имущества гдѣ-нибудь въ другомъ мѣстѣ; мѣстожителство ссыльныхъ есть мѣсто ссылки. Такое, опредѣляемое самимъ закономъ, мѣстожителство называется *domicilium necessarium*.

Различіе правъ по ихъ объектамъ.

§ 46.

Права ²⁾ имѣютъ различный характеръ, смотря по ихъ объектамъ; это объясняется вѣдѣйствіемъ сущности на форму, подчиняемаго на подчиняющую власть.

Каждое право имѣетъ свой объектъ, подчиняемый волѣ лица и обусловливающий содержаніе права. Объектами правъ являются вещи, дѣйствія и лица. Право должно различать права на вещи, права на дѣйствія и права на лица, но въ тоже время оно должно признать и нѣчто общее между всѣми этими видами правъ. Такимъ образомъ все содержаніе права, какъ цѣлаго, группируется на нѣсколько классовъ, которые уже и опредѣляютъ природу и свойства отдѣльныхъ правъ, къ нимъ относящихся. Таково логическое единство, къ которому намъ приходится сводить все громадное разнообразіе правъ; посредствомъ такой системы мы также добиваемся вышихъ юридическихъ понятій, на основаніи которыхъ мы охватываемъ, познаемъ и управляемъ всѣмъ юридическимъ цѣлымъ—правомъ.

1) Признаніе за сыномъ самостоятельнаго права на приобретаемое имъ имущество.

2) Тя же мысли авторъ излагаетъ въ своемъ краткомъ учебникѣ слѣдующимъ образомъ: каждое право имѣетъ произвольную и необходимую сторону. Содержаніе правъ съ произвольной стороны опредѣляется свободною волею лица, нѣсколько связаннаго общественнымъ положеніемъ и потребностямъ; съ необходимой, логической стороны содержаніе права опредѣляется тѣмъ объектомъ, на который оно простирается. Весьма логично напр. что вещнымъ права имѣютъ совершенно иной характеръ, чѣмъ права на дѣйствія и что въ самыхъ вещныхъ правахъ сервитуты рѣзко отличаются напр. отъ владнаго права. Но вовсе не такъ логически необходимо различіе одного сервитута отъ другаго, или различіе отдѣльныхъ видовъ обязательствъ. Однако разъ такое различіе установлено, оно можетъ породить логически необходимыя послѣдствія.

Каждое право опредѣляется своимъ объектомъ. Первымъ вопросомъ по поводу даннаго права долженъ быть поэтому вопросъ объ его объектѣ; опредѣленіе этого объекта даетъ уже тѣ основныя начала, по которымъ слѣдуетъ обсуждать самое право.

Есть пять классовъ объектовъ, возникающихъ изъ исчисленныхъ трехъ видовъ ихъ, такъ какъ третій видъ не можетъ быть мыслимъ, какъ первые два вида, только внѣшнимъ по отношенію къ субъекту, но мыслится и чѣмъ-то внутреннимъ, инкорпорирующимся въ субъектъ. Этотъ послѣдній случай въ свою очередь распадается на два: объектомъ можетъ быть или собственное лицо субъекта, или лицо первоначально постороннее, но потомъ имъ воспринятое. Итакъ объектами правъ будутъ вещи, дѣйствія, лица внѣ субъекта, лица перешедшія на субъектъ, слившіяся съ нимъ, и наконецъ собственная личность субъекта.

Поэтому существуетъ и 5 классовъ правъ ¹⁾.

1-й классъ. Права на собственную личность (*Rechte an der eigenen Person*); они стоятъ во главѣ другихъ правъ и обуславливаютъ ихъ. Право на собственное лицо есть право личности (*Recht der Persoenlichkeit*). Личность, на сколько человекъ сознаетъ и самостоятельно охраняетъ ее,—есть само по себѣ право. Къ этому присоединяется еще другое право, возникающее вслѣдствіе дѣятельности лица, направленной на внѣшній міръ, на подчиненіе вещей. Это подчиненіе представляется лишь фактическимъ — въ формѣ владѣнія (*Besitz*). Но и это фактическое отношеніе лица къ вещи получаетъ уже юридическое значеніе вслѣдствіе личности владѣющаго. Таковъ характеръ *права владѣнія*.

2-й классъ. Вещныя права (*Rechte an Sachen*). Подчиненіе вещи превращается изъ простаго владѣнія въ *право собственности* въ томъ случаѣ, когда оно становится юридическимъ, т. е. когда оно будетъ признано правомъ. Къ праву собственности относятся и другія *вещныя права*, *jure in re aliena*.

3-й классъ. Права на дѣйствія (*Rechte an Handlungen*). Право собственности подвижно, передаваемо; эти измѣненія права собственности готовятся и получаютъ юридическую конструкцію посредствомъ *обязательствъ*, объектомъ которыхъ служатъ

¹⁾ Мы намеренно сохраняемъ ивменную терминологию означенныхъ пяти классовъ правъ, такъ какъ она не только постоянно удерживается въ настоящемъ курсѣ, но и встрѣчается во всякъ сочиненіяхъ Пухты.

Држ. изд.

чужія дѣйствія, дѣйствія постороннихъ лицъ, имѣющія вещественную цѣнность. Въ этомъ послѣднемъ свойствѣ заключается внутреннее основаніе связи этого класса правъ съ предшествовавшимъ.

4-й классъ. Права на лицъ внѣ субъекта. (*Rechte an Personen ausser dem Berechtigten*). Къ нимъ относятся всѣ *сѣмейственныя* отношенія: бракъ, родительскій союзъ.

5-й классъ. Права на лицъ, перешедшихъ въ ихъ субъектъ (*Rechte an Personen, die in den Berechtigten uebergegangen sind*). Таково *право наследованія*, которое есть имущественно—гражданское представленіе личности умершаго наследодателя наследниками его, являющееся такимъ образомъ имущественнымъ правомъ. Такую же конструкцію имѣютъ и нѣкоторые другіе переходы имущества.

Подчиненіе объекта права субъекту представляется или полнымъ (когда весь объектъ вполне подчиненъ—*totale Unterwerfung*), или частичнымъ (*partielle Unt.*). Въ первомъ классѣ правъ такое различіе подчиненія не выступаетъ вовсе. Но во второмъ какъ тотъ, такъ и другой видъ подчиненія различаются вполне отчетливо. Въ остальныхъ трехъ классахъ правъ подчиненіе всегда является частичнымъ, такъ какъ самый объектъ не допускаетъ полного подчиненія ¹⁾.

¹⁾ Классификація автора, неоднократно имъ защищенная (мелкія сочиненія № XIII XV, Jnstit. II, § 207) и удержанная въ текстѣ, классификація правъ по объектамъ, насколько не пригодна для основательной системы, чѣмъ всякое другое подраздѣленіе ихъ, основанное не на внутреннемъ различіи правъ, только отчетливы определяемомъ посредствомъ объекта, а исходящее изъ какаго-либо внѣшняго признака, какова напр. классификація по субъектамъ, благодаря которой германское право подраздѣлили на дворянское, шляхетское, крестьянское, сельскохозяйственное, торговое право и проч.

Не самымъ еще крупнымъ недостаткомъ этой классификаціи представляется то обстоятельство, что она не можетъ быть проведена строго и последовательно, напр во второмъ классѣ, гдѣ подъ *jura in re aliena (ususfructus, pignus)* можно разумѣть права на всѣ составные элементы имущества (на гез въ этомъ смыслѣ, на *omnia bona*, которыхъ не слѣдуетъ счислять съ вещами). Эта классификація ведетъ: 1) къ произвольному въ первомъ классѣ соединенію политической свободы (*status*), которая есть всеобщее, необходимое условіе обладанія всеми гражданскими правами, съ свободой воли (владѣемъ), представляющеюся политическою ситуациею всѣхъ (абсолютныхъ) правъ, кромѣ обязательствъ; 2) въ четвертомъ классѣ—къ представле-

Г Л А В А III.

ВОЗНИКНОВЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ПРАВА.

Общія понятія.

§ 47.

Для бытія права необходимы слѣдующіе элементы: 1) признаніе, утвержденіе известнаго права закономъ; 2) объектъ, который въ силу его подчиняется; 3) лицо, которому право принадлежитъ. Право возникаетъ только вслѣдствіе пріобрѣтенія его лицомъ. Самое пріобрѣтеніе можетъ быть двойное: или пріобрѣтается право, до того времени не существовавшее, или же пріобрѣтается право, уже принадлежавшее прежде другому лицу.

нѣ семейственныхъ отношеній простымъ расширеніемъ власти лица (вмѣсто истиннаго пониманія ихъ, какъ полномочія индивидуальнаго существованія); такъ е предъложеніе дѣлаетъ невозможнымъ усвоеніе существующаго въ п индикт различія между ними и обязательствами; 3) въ пятомъ классѣ—въ всеу ств. иному и импутативному представленіи права наследства (см. ниже § 44).

Единственною видимою к. ас. индикцію представляется дѣлніе правъ по искамъ (actio), гдѣ конечно, слѣдуетъ разумѣть не являющую форму иска, въ смыслѣ по. н. е. право, самую юридическую differentia specifica этнческаго genus proximum'a, § 2^и, прим 2 (потому даже и неимѣющее обязательство). Эти классификаціи были приложены еще въ римскомъ правѣ, см. напр. L. 3. C. de praeser XXX. app. (7,39). Она различаетъ прежде всего самыя права (actiones въ тѣсномъ смыслѣ) отъ владѣнія (interdicta); 2 она въ томъ разб. ае. въ права на а) такъ называемыя вещныя права (in rem speciales actiones), б) права на дѣйствія, обязательства (personales actiones), въ самомъ узкомъ смыслѣ, с) семейственныя отношенія (praedjudiciales de statu actiones), и д) права на имущество, наследственное право (de universitate actiones); 3 она подраздѣляетъ обязательства въ особенности на а) обязательства изъ преступленій (poenales, poxales actiones), б) обязательства по сделкамъ (Geschäftsobligation, actiones, quibus rem persequimur), а эти въ свою очередь на одностороннія (condictiones) и двустороннія обязательства; эти послѣднія на случайно—двустороннія (directae contrariae), или необходимо двустороннія (utrimquae directae). Такимъ образомъ система, основанная на различіи видовъ, является повидимому и правильною до мельчайшихъ подробностей.

Прим. изд.

Это различіе совпадаетъ съ другимъ, болѣе важнымъ въ юридическомъ отношеніи, различіемъ способовъ возникновенія правъ.

Приобрѣтеніе извѣстнаго права можетъ быть:

1) Независимымъ отъ права другаго лица. Я приобретаю нѣкоторую вещь, не смотря на то, имѣетъ ли, или не имѣетъ другое лицо право на тотъ же объектъ; впрочемъ нѣкоторые виды приобретенія требуютъ непременно послѣдняго условія. Такимъ независимымъ отъ чьего-либо права приобретениемъ является напр. *occupatio*, которая только тогда рождаетъ право, когда оккупированная вещь не имѣетъ хозяина, и *usucarió*, обуславливающая приобретение права не влѣдствіе того, что какое-либо-лицо уже владѣетъ имъ, но несмотря ни на чье право. Этотъ способъ приобретения правъ технически называется *первообразнымъ*.

2) Зависимымъ отъ права другаго лица, такъ что первоначальная принадлежность его кому-либо является необходимымъ условіемъ его приобретения. Вновь приобретаемое право ведетъ свое начало отъ прежняго (*производное приобретение*) субъекта, который есть *auctor* новаго приобретателя ¹⁾. Подъ это понятіе подходитъ важнѣйшій способъ приобретения правъ—преемство (*successio*) и нѣкоторые другіе способы. Такъ, можетъ случиться, что и при существованіи перехода права отъ прежняго субъекта къ новому, перешедшее право не будетъ тождественно съ правомъ *auctora*, передавшаго лишь одинъ изъ составныхъ элементовъ своего права, какъ это бываетъ напр. въ случаѣ установленія сервитута на имѣніе собственникомъ его, или, отдачи его въ закладъ. И этотъ способъ приобретения есть производный и подходитъ къ правилу, выраженному въ прим. 1, но это уже не преемство. Преемствомъ будетъ лишь такой производный способъ, когда вновь приобретенное право тождественно съ правомъ, бывшимъ у *auctora*, когда новый субъектъ вступаетъ въ мѣсто прежняго и право послѣдняго во всей полнотѣ переходитъ на приобретателя (*Successor*).

Въ понятіе преемства входятъ два момента:

1) Приобрѣтеніе права, которое до того времени принадлежало другому. Но одного этого недостаточно, такъ какъ тоже самое видимъ мы и въ первообразныхъ способахъ приобретения, напр. при *usucarió*, при переходѣ владѣнія (приобрѣтеніе владѣнія никогда не является преемствомъ).

1) L. 175 §. 1 D. de R. J. (50, 17): non debeo melioris conditionis esse, quam *auctor* meus, a quo jus in me transit. Изъ Пандектъ.

2) Вступленіе на мѣсто прежняго управомоченнаго, происходящее вслѣдствіе извѣстнаго юридическаго отношенія между прибрѣтателемъ и аuctor'омъ. Только послѣ этого новое лицо прибрѣтаетъ такое же право, какое имѣлъ аuctor, напр. вслѣдствіе купли—продажи покупатель прибрѣтаетъ право продавца на вещь; тогда какъ лицо, прибрѣтающее въ силу давности вещь какаго либо собственника, прибрѣтаетъ право, хотя и тождественное съ правомъ послѣдняго, но совершенно новое, не находящееся съ нимъ ни въ какой юридической связи.

Преемство является или *сингулярнымъ* (in singulas res succedere), или *универсальнымъ* (in universum jus succedere). Первое есть вступленіе лица въ отдѣльныя права, второе—во всю личность прежняго субъекта, въ личность имущественно—гражданскую, такъ такъ только по отношенію къ этой послѣдней возможно преемство или вступленіе во всю совокупность имущества (per universitatem successio) Существуютъ права, преемственный переходъ которыхъ или вовсе не возможенъ, или возможенъ только сингулярно.

Для того, чтобы извѣстное право могло породить тѣ или другія юридическія послѣдствія, необходимо, конечно, чтобы оно уже возникло. Есть однако одно исключеніе изъ этого общаго правила, именно для того случая, когда всѣ условія для дѣйствительнаго существованія права находятся на лицо, кромѣ одного такого условія, вслѣдствіе котораго самое бытіе права становится сомнительнымъ, по чему и невозможно бы говорить о немъ какъ о положительно существующемъ правѣ. Не смотря на это, признаніе дѣйствительности такихъ условныхъ правъ допускается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда этого требуетъ необходимость ихъ охраненія. На этомъ основано дѣленіе правъ на *настоящія* и *будущія*.

Съ другой стороны не мыслимо существованіе права при отсутствіи какихъ бы то ни было юридическихъ послѣдствій такого существованія; поэтому какъ только является обстоятельство, вполне или отчасти лишающее право его дѣйствительности, само право должно считаться прекратившимся. Если при этомъ право прямо и не отиѣнено, то все-таки его существованіе будетъ только кажущимся (Scheindasein) ¹⁾ Впрочемъ дѣйствіе права можетъ быть отсрочено, т. е. право можетъ дѣйствительно существовать, время же осуществленія его должно быть признано еще не наступившимъ, напр. въ случаѣ дачи должникомъ обязательства на срокъ, in diem.

¹⁾ L. 66. D. de R. J (50, 17).

§ 48.

Тотъ фактъ, съ которымъ находится въ связи возникновеніе или прекращеніе права, называется *способомъ приобрѣтенія или прекращенія*. (Erwerbsart. Endigungsgrund). Чѣмъ очевиднѣе этотъ фактъ, тѣмъ удобнѣе познать самое возникновеніе или прекращеніе права, тѣмъ судья легче изслѣдовать существованіе его. Такимъ фактомъ обыкновенно является опредѣленный актъ, поэтому означенное облегченіе достигается установленіемъ извѣстной, соответствующей его содержанию, формы. Впрочемъ бываютъ и другія явленія, за которыми право признаетъ значеніе моментовъ, опредѣляющихъ возникновеніе и прекращеніе правъ; таковы: петченіе извѣстнаго времени, достиженіе извѣстнаго возраста, наступленіе извѣстнаго состоянія и проч.

Всеобщихъ же способовъ возникновенія и прекращенія правъ нѣтъ (за исключеніемъ, конечно, уничтоженія личности, какъ субъекта правъ); эти способы различны для различныхъ классовъ правъ; но есть извѣстные моменты, общіе всѣмъ тѣмъ способамъ, которые состоятъ въ какомъ-либо дѣйствіи или нѣкоторомъ промежуткѣ времени. Объ этомъ рѣчь будетъ въ слѣдующихъ параграфахъ.

Всеобщимъ ¹⁾ способомъ прекращенія правъ нѣкоторое время считали *непользованіе* ими (Nichtausuebung) въ теченіи извѣстнаго времени. Изъ этого правила исключались только нѣкоторыя права—res merae facultatis, названные такъ потому, что осуществленіе ихъ считалось вполне зависившимъ отъ произвола субъекта, не терпѣвшаго при томъ отъ неосуществленія ихъ никакихъ невыгодныхъ послѣдствій. На самомъ же дѣлѣ выходитъ совершенно наоборотъ. Весьма важно то обстоятельство, представляется ли для возникновенія или прекращенія извѣстнаго права необходимымъ какое либо дѣйствіе приобрѣтателя (во второмъ случаѣ—субъекта права), или же въ такомъ дѣйствіи нѣтъ никакой надобности, такъ что самое возникновеніе и прекращеніе совершаются ipso jure (такъ наз. *acquisitio immediata*). Нѣкоторые дѣйствія субъекта права могутъ имѣть своимъ случайнымъ, независимымъ отъ его воли, послѣдствіемъ — прекращеніе этого права (прекращеніе права вслѣдствіе какого-либо недозволеннаго дѣйствія субъекта называется у нѣмцевъ *Verwirkung*), или же при совершеніи это-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

го дѣйствія субъектъ права имѣетъ прямо въ виду прекратить оное; утрата права, основаніемъ которой служить воля его субъекта, вообще называется отчужденіемъ, alienatio (Veräußerung); отреченіемъ же, renuntiatio (Verzicht), называется такое отчужденіе права, при которомъ не имѣется въ виду передача послѣдняго другому лицу.

Отреченіе отъ различныхъ правъ совершается различнымъ образомъ, при чемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ достаточно односторонняго дѣйствія, въ другихъ же необходимъ договоръ.

Общаго ученія объ отреченіи не существуетъ, т. е. нѣтъ правилъ, дѣйствительныхъ съ одной стороны только для этого способа отчужденія, съ другой стороны для всѣхъ видовъ отреченія; титулы каноническаго права de renuntiatione относятся лишь къ одному особенному случаю отреченія. Миѣние это имѣетъ впрочемъ значеніе только относительно общаго права ¹⁾). Мѣстныя же права отчасти установили такія общія правила; такъ напр., по прусскому законодательству невозможно молчаливое отреченіе отъ права. Какъ бы твердо ни установилась сущность понятія отреченія, однако все таки будутъ возникать затрудненія въ примѣненіи его на практикѣ, вслѣдствіе смѣшенія отреченія отъ правъ съ отказомъ (Entsagung), соединеннымъ съ извѣстнымъ положительнымъ содержаніемъ.

Дѣйствія, какъ способы возникновенія и прекращенія правъ.

§ 49. *)

Юридическими дѣйствіями называются такія дѣйствія, которыя влекутъ за собой извѣстныя юридическія послѣдствія. Эти послѣдствія могутъ находиться въ двоякомъ отношеніи къ самому дѣйствію, въ особенности же къ намѣренію дѣйствующаго лица: 1) или они предполагаются дѣйствующимъ лицомъ и имъ имѣются въ виду; такія юридическія дѣйствія, совершаемыя съ цѣлью породить то или другое юридическое послѣд-

¹⁾ Опыты созданія такого ученія дѣлали напр. Graebe, die Lehre des Verzichts, 1843 г., Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts (3 е издавіе 1852 г.) § 90. Къ этому ученію относится правило о недействительности общаго отказа безъ спеціальнаго. C. 81 de reg. jur. in VI—lo (5, 12); in generali concessione non veniunt ea, quae quis non esset verisimiliter in specie concessurus. L. 4. §. 4. D. si quis caut. (2, 11); L. 3. §. 1; L. 3; L. 9. §. 1. 3. D. de transact. (2, 15). Оно впрочемъ не представляетъ ничего, кромѣ примѣненія общихъ началъ изъясненія законовъ. *Прим. изд.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

ствіе, называются *юридическими сдѣлками* (Rechtsgeschaeft); или эти послѣдствія являются помимо воли дѣйствующаго лица и представляются такимъ образомъ непроизвольнымъ результатомъ самаго дѣйствія. Это послѣднее возможно въ юридическихъ сдѣлкахъ; когда онъ кромѣ предвидѣнныхъ и желаемыхъ послѣдствій порождаетъ другія, которыя дѣйствующимъ лицомъ не имѣлись въ виду; всегда же это случается въ *дѣйствіяхъ недозволенныхъ*, беззаконныхъ, юридическія послѣдствія которыхъ постоянно наступаютъ помимо воли дѣйствующаго лица.

Условія, которымъ должно удовлетворять всякое юридическое дѣйствіе, слѣдующія: 1) воля лица (Willensvermoegen); 2) направленіе воли на что-либо (намыреніе, Entschluss); воля въ юридическихъ сдѣлкахъ направляется на юридическую сдѣлу, на объектъ ихъ, который поэтому долженъ находиться въ области юридическаго воздѣйствія лица; въ противозаконныхъ дѣйствіяхъ—на нарушеніе права, вслѣдствіе ли злаго умысла (dolus), или вслѣдствіе противозаконной небрежности и неосторожности (culpa); 3. проявленіе воли (Aeuszerung, factum) какимъ-либо положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіемъ (бездѣйствіемъ, Unterlassen) ¹⁾. Безъ такого проявленія воли во внѣ не можетъ быть юридическаго дѣйствія.

Въ примѣненіи изложенныхъ правилъ и въ ихъ вліяніи на юридическія дѣйствія вообще необходимо замѣтить слѣдующія два момента: 1) субъектъ и 2) самое дѣйствіе, какъ относительно содержанія, такъ и относительно формы его.

Примѣненіе этихъ общихъ понятій къ отдѣльнымъ вопросамъ будетъ указано въ слѣдующихъ параграфахъ.

А. Субъектъ дѣйствія.

1. Дѣеспособность.

§ 50.

Дѣеспособностью называется способность лица порождать своими дѣйствіями юридическія послѣдствія (физическія послѣдствія можетъ имѣть всякое дѣйствіе); поэтому ее и слѣдуетъ

¹⁾ Не всякое бездѣйствіе, также какъ и не всякое дѣйствіе, можетъ служить для выраженія воли волею (иначе спящаго пришлось бы также считать дѣйствующимъ), а лишь такое бездѣйствіе, которое вытекаетъ изъ прямого намыренія лица.

отличать от простой правоспособности, служащей необходимымъ ея условиемъ.

Дѣеспособность находится въ зависимости отъ всѣхъ трехъ условій, которымъ должно удовлетворять всякое юридическое дѣйствіе, т. е. отъ воли, намѣренія (*Entschluss*) и проявленія во вѣ. Лицо поэтому можетъ во всѣхъ этихъ трехъ отношеніяхъ быть лишено способности совершать юридическія дѣйствія, если оно не удовлетворитъ тому, другому или третьему условию.

1) Наибольше ограничена способность совершать юридическія дѣйствія, сдѣлки и правонарушенія,—у лицъ не имѣющихъ воли, умалишенныхъ. Это ограниченіе не юридическое, а чисто физическое, такъ какъ даже и физическія дѣйствія этихъ лицъ не возможны. Прежде всего къ нимъ относятся всѣ лишившіеся разсудка вслѣдствіе душевныхъ болѣзней: дѣеспособными эти лица бываютъ только въ ихъ свѣтлые промежутки, *dilucida intervalla*. Также слѣдуетъ относиться и къ находящимся въ горлечномъ бреду, къ лунатикамъ и вообще подверженнымъ сомнамбулизму. До такого же состоянія можетъ доводить и пьянство. Но приведеніе себя въ состояніе опьяненія является при вопросѣ о преступленіяхъ само по себѣ дѣяніемъ наказуемымъ; совершившій проступокъ при такомъ условіи отвѣчаетъ по крайней мѣрѣ за *culpa*. Гнѣвъ является только въ одномъ случаѣ препятствіемъ къ дѣеспособности, а именно разводъ съ женою (*Verstosung der Frau*) считается не дѣйствительнымъ, если онъ произошелъ въ минуту сильнѣйшаго аффекта гнѣва. Это правило должно быть распространяемо и на другія проявленія воли, напр. на отказъ отъ наслѣдства, если предположить, что вслѣдствіе аффекта произошло полное отсутствіе разумнія. Напротивъ, къ вѣтвѣнію правонарушеній гнѣвъ не считается препятствіемъ; обратное вышеуказанному правилу представляется весьма непрактичнымъ, такъ какъ возможность лица совершить всю вѣтвѣную, обрядовую сторону юридической сдѣлки будетъ обыкновенно противорѣчить признанію сильной степени гнѣва.

Съ умалишенными вполнѣ сравнены дѣти, *infantes*. Въ первые годы жизни человѣку не достаетъ правильнаго разумнія, которое необходимо для юридической воли. Неспособность дѣтей имѣть твердую волю представляется въ сущности естественною; юридическій же элементъ заключается здѣсь въ томъ, что это естественное состояніе ограничивается опредѣленнымъ числомъ лѣтъ.

Сюда же относятся, наконецъ, юридическія лица—не только *universitates bonorum*, но и *universitates personarum*. такъ

какъ волю всѣхъ членовъ корпораціи нельзя считать волею юридическаго лица. Члены могутъ имѣть только свойства представителей (§ 53).

Такимъ образомъ всѣ исчисленныя категоріи лицъ могутъ вступать въ юридическое общеніе только посредствомъ представителей. Конечно, представительство возможно только по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ; въ правонарушеніяхъ его быть не можетъ. Отсюда слѣдуетъ, что не можетъ быть и рѣчи о преступленіи юридическаго лица; противоположное этому мнѣніе произошло вслѣдствіе того, что долгое время считали дѣйствія членовъ его дѣйствіями самого лица. Поэтому къ юридическому лицу не можетъ быть предъявленъ уголовный искъ ¹⁾. Совсѣмъ иной характеръ имѣетъ обязанность юридическаго лица отвѣчать за *dolus* своихъ представителей въ той мѣрѣ, въ какой оно обогатилось, именно благодаря этому обману ²⁾. Это уже не будетъ уголовнымъ искомъ противъ юридическаго лица, а обязательствомъ *ex re*, не требующимъ какого-либо дѣйствія со стороны контрагента, а потому доступнымъ и для лица недѣеспособнаго. Притомъ, въ цитированномъ мѣстѣ прямо сказано: *quid enim municipes dolo facere possunt?*

2) Отчасти неспособны къ юридической дѣятельности, т. е. имѣютъ ограниченную дѣеспособность тѣ лица, которыя или вовсе не понимаютъ юридическаго значенія дѣйствій, или не понимаютъ его настолько, насколько это необходимо для ихъ дѣйствительности; эти лица не способны къ тѣмъ дѣйствіямъ, въ которыхъ такое пониманіе имѣетъ значеніе.

Къ этому разряду принадлежатъ прежде всего *impuberes infantia majores*. Они ограничены

а) по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ. Они не способны къ отчужденіямъ и къ принятію на себя обязательствъ, т. е. ко всѣмъ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя заключаютъ въ себѣ уменьшеніе имущества лица дѣйствующаго, которыя вслѣдствіе недостаточности разумія могутъ повлечь за собой невыгодныя для него послѣдствія. Есть институтъ, который служитъ для восполненія недостаточной дѣеспособности. Такая восполняющая сила признана за формальнымъ уполномоченіемъ младшаго къ дѣйствію чрезъ опекуна, *tutoris auctoritas* (§ 347).

¹⁾ L. §. 1. D. quod metus (4, 2): sive singularis persona sit, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. Завѣсь разумется, что все равно, принадлежит ли страхъ одно лицо, *singularis persona*, или *populus, corpus*, etc., т. е. именно означенныхъ лицъ.

²⁾ L. 15. §. 1 D. de dolo m. (4, 3).

Благодаря опекуновой власти, чисто естественное, личное действие опекаемого получает юридическое значение, что не мыслимо вовсе по отношению къ *furiosis* и *infantes*; благодаря тому, что малолѣтній имѣет опекуна (и одѣлается такимъ образомъ *sui juris*), онъ становится способнымъ во всѣмъ вышеуказаннымъ дѣйствіямъ; но безъ этой власти малолѣтній можетъ вступать только въ такіе обязательства, слѣдствіемъ которыхъ является его обогащеніе; для совершенія этихъ договоровъ отсутствіе дѣеспособности не можетъ служить препятствіемъ. Однако *auctoritas tutoris* слѣдуетъ отличать отъ простаго представительства опекаемаго его опекуномъ (§ 53), когда опекаемый самъ вовсе не дѣйствуетъ, а дѣйствуетъ по его подлинъ опекуна. Институтъ опеки имѣлъ въ римскомъ правѣ большее значеніе, чѣмъ въ нынѣшнемъ потому, что онъ былъ почти единственнымъ способомъ предоставить полную дѣеспособность лицамъ, не обладающимъ такою, тѣмъ болѣе что представительство допускалось далеко не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ какихъ оно допускается въ нынѣшнемъ правѣ. Малолѣтніе считаются однако способными къ дѣятельности, направленной на приобретеніе безсрочное, т. е. несоединенное ни съ отчужденіемъ, ни съ принятіемъ на себя обязательства; въ этомъ заключается различіе малолѣтнихъ отъ *infantes*, неспособныхъ, по недостатку воли, ни въ какихъ пріобрѣтеніяхъ. Ненормальное разуміе не служитъ въ этомъ случаѣ препятствіемъ. Для этихъ лицъ не доступенъ еще одинъ видъ юридическихъ дѣйствій, не принадлежащій ни къ одному изъ исчисленныхъ видовъ, — составленіе завѣщаній. Здѣсь необходимо собственное полное разуміе и не можетъ быть допускаемо завѣщательство опекуна.

б) по отношенію къ не дозволеннымъ дѣйствіямъ. Эти лица не способны ни на *dolus*, ни на *culpa*, потому что правонарушенія малолѣтнихъ не влекутъ за собою никакихъ послѣдствій; *auctoritas* опекуна здѣсь, конечно, не мыслима. Отступленіе отъ этого правила представляетъ положеніе, что лицо *pubertati* прохитиши можетъ совершать не дозволенные дѣйствія и потому обязано отвѣчать за нихъ. Подъ именемъ *pubertati prohitus* разумѣется такое лицо, которое настолько близко къ совершенноразумію, что въ немъ не возможно отрицать (подъ этого пониманія законности и не законности дѣяній. Въ этомъ случаѣ различіе между *dolus* и *culpa* не имѣетъ значенія (еслибы это различіе существовало, то пришлось бы признать, что малолѣтній долженъ раньше отвѣчать за *dolus*, чѣмъ за *culpa*, такъ какъ отвѣтственность за эту послѣднюю есть требованіе сильтѣйшее и болѣе строгое, чѣмъ требованіе, чтобы лицо не дѣйствовало

dolose). Указанное положеніе объ отвѣтственности лицъ *pubertati proximi* не имѣетъ никакого значенія по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ.

Съ *impuberes* сравнены *prodigi*, которые своимъ расточительнымъ образомъ жизни показали недостатокъ разумнiя и непониманіе цѣны вещей. Впрочемъ для такого сравненія необходимо оффиціальное признаніе и объявленіе лица расточителемъ (*Prodigialitaetserklaegung*). Это уравненіе расточителей съ малолѣтними подлежитъ слѣдующимъ тремъ ограниченіямъ:

а) Оно возможно только по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ, такъ какъ въ нихъ только можетъ быть гибельна недостаточность разумнiя и такъ какъ ихъ только имѣетъ въ виду правило: *prodigi nulla voluntas est*;

б) Для расточителей, также какъ и для *fugiosi*, не существуетъ *auctoritas tutoris*;

в) Имъ доступны нѣкоторыя юридическія сдѣлки, предметомъ которыхъ служить принятіе на себя обязательства и отчужденіе, если только эти сдѣлки выгодны ¹⁾. Уравненіе расточителей съ умалишенными относится только до попечительства (*cura*), а не до дѣеспособности.

Женщины, когда имъ приходилось вступать въ юридическія сдѣлки, считались, за немногими отступленіями, въ древнѣйшемъ правѣ равными малолѣтнимъ, такъ что и для нихъ нужна была *auctoritas tutoris*. Въ новомъ правѣ этого уже нѣтъ, и принадлежность къ женскому полу не уничтожаетъ дѣеспособности лица. Только въ видѣ исключенія за ними не признава способность въ нѣкоторымъ юридическимъ сдѣлкамъ, именно къ интересіямъ.

3) Частичная неспособность къ дѣятельности можетъ возникать также и изъ третьяго условія дѣйствій—выраженія воли во внѣ. Такое ограниченіе представляется большею частію чисто естественнымъ, зависящимъ отъ физической невозможности для лица проявить свою волю во внѣ установленнымъ способомъ. Такое же препятствіе мыслимо и по отношенію къ преступленіямъ (напр. человекъ, лишенный конечностей, не можетъ совершить убійства, развѣ только чрезъ подстрекательство). Оно возможно и по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ, вслѣдствіе той или другой формы, свойственной этимъ сдѣлкамъ (напр. вслѣдствіе отсутствія, когда нужно присутствовать, вслѣдствіе нѣмоты и глухоты, когда совершеніе сдѣл-

¹⁾ L. 3. D. de novat. (46, 2), L. 5. D. de adqu. hered. (29, 2).

ки требуетъ живаго слова и слуха). Ограниченіе дѣеспособности не простирается здѣсь за физическія границы.

Но есть видъ неспособности, относящейся сюда же и основывающійся на юридическихъ началахъ, это — неспособность малолѣтнихъ къ судебнымъ актамъ, каково бы ни было ихъ содержаніе (отсутствіе права лица *standi in judicio*). И здѣсь возможно восполненіе этого недостатка чрезъ *auctoritas tutoris*, немислимое, конечно, при неспособности лица, основанной на упомянутыхъ, чисто физическихъ недостаткахъ.

2. Право распоряженія.

§ 51.

Юридическія сдѣлки состоятъ обыкновенно въ распоряженіи какинъ-либо предметомъ. Поэтому право распоряженія (*Dispositionsbefugnisz*) представляется также необходимымъ условіемъ дѣйствительности сдѣлокъ: предметъ ихъ долженъ находиться въ области юридическаго воздѣйствія дѣйствующаго лица.

Лицо можетъ быть лишено права распоряженія по слѣдующимъ причинамъ:

1) Вслѣдствіе особыхъ свойствъ самого объекта сдѣлки, когда напр. онъ повсемѣстно изъятъ изъ частнаго распоряженія. Объектами юридическихъ сдѣлокъ прежде всего не могутъ быть сами законы (*jus publicum* въ этомъ смыслѣ): законы не могутъ быть измѣняемы по волѣ частныхъ лицъ; всякая сдѣлка, направленная на такое измѣненіе, будетъ недействительна: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Поэтому, если данный законъ что-либо предписываетъ или запрещаетъ, то никакая юридическая сдѣлка не можетъ допустить противоположное; напр., всякій опекунъ обязанъ давать отчеты по опекѣ, поэтому онъ никакимъ распоряженіемъ частнаго лица не можетъ быть освобожденъ отъ этой обязанности (*tutor a neclogistus* не возможенъ). Вообще законы не подлежатъ отиѣнѣ частныхъ лицъ съ какой бы то ни было стороны; напр. наследодатель не можетъ дать наследнику *beneficium inventarii* чрезъ самоличное составленіе инвентарія: наследодатель не можетъ установить въ своемъ завѣщаніи наслѣдованія по закону. Другими словами: юридическія сдѣлки не могутъ создавать законовъ, а могутъ давать лишь права. (Отступленіе отъ этого правила, обусловленное правомъ автономіи, указано было выше въ § 11). Кроме того есть вещи, изъятія изъ частнаго распоряженія, *res quae commercium non est*, которыя также какъ и вещи, составляющія собствен-

ность общинъ, не могутъ подлежать произвольному распоряженію. Какъ тѣ, такъ и другія вещи должны прежде утратить свой характеръ священности или всеобщности, а это можетъ произойти только по волѣ законодательной власти.

2) Въслѣдствіе извѣстнаго отношенія лица распоряжающаго къ объекту права. Объектъ долженъ подлежать не только распоряженію вообще, но распоряженію данного субъекта въ частности. Юридическія сдѣлки никогда не могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе чужихъ правъ. На этомъ основаніи могутъ быть недействительны договоры, объектомъ которыхъ служатъ чужая вещь. Однако не все такіе договоры недействительны (вполнѣ возможны напр. договоры о передачѣ владѣнія чужою вещью, объ обязанности доставить чужія вещи). Но невозможно передать другому лицу право собственности на такую вещь, которая имъ не принадлежитъ, установить на нее сервитутъ, заложить ее и проч. (если только лицо, передающее вещь, не уполномочено къ тому какимъ-либо другимъ правомъ).

Препятствіе къ распоряженію вещью, представляемое правомъ третьяго лица на ту же вещь, можетъ быть устранено согласіемъ субъекта права, consensus (насколько онъ къ тому уполномоченъ). Соглашающійся (Consentient) является по отношенію къ сдѣлкѣ, на которую онъ даетъ свое согласіе, — лицомъ второстепеннымъ, а не главнымъ. Онъ долженъ признать все тѣ послѣдствія, которыя будетъ имѣть юридическая сдѣлка, благодаря его согласію; но на него отнюдь не переходятъ никакія обязанности, изъ нея вытекающія; согласившійся напр. на продажу кѣмъ-либо его вещи не отвѣчаетъ по *actio empti*, согласившійся на залогъ своей вещи не будетъ отвѣтчикомъ по *pignoratitia actio contraria*.

Точно такое же послѣдствіе имѣетъ и признаніе сдѣлки послѣ ея заключенія, *ratihabitio*. Такая одинаковость послѣдствій существуетъ даже по отношенію ко времени: дѣйствительность сдѣлки считается не съ момента *ratihabitio*, но съ минуты заключенія самой сдѣлки: *omnis ratihabitio retrotrahitur*. Это правило признается согласнымъ съ волею лица *ratihabiru*ющаго, а потому оно ограничивается въ тѣхъ случаяхъ, 1) когда можетъ быть доказано, что лицо, признающее сдѣлку, вовсе не имѣло намѣренія утверждать ее съ момента заключенія; 2) когда воля этого лица сама по себѣ не могла имѣть означеннаго послѣдствія: *ratihabiru*ющій не можетъ никому посредствомъ способомъ предоставить такое право, которое онъ не могъ бы передать лично отъ себя путемъ совершенія какой-либо сдѣлки; напр. лицо, сдѣлавшееся лишь за подарокъ собственникомъ извѣстнаго имущества, не можетъ *ratihabiru*вать

распоряженія этимъ имуществомъ, совершеннаго другимъ лицомъ за годъ до того.

3) Вслѣдствіе особеннаго положенія лица распоряжающаго. Это положеніе можетъ быть такого рода, что лицу, предписаніемъ закона, запрещено распоряжаться своими правами. Сюда ¹⁾ относятся лица, находящіяся подъ опекой: установленіе надъ кѣмъ-либо опеки лишаетъ это лицо права на управленіе (Administration) имуществомъ и отнимаетъ у него возможность предпринимать юридическія сдѣлки, могущія повести къ уменьшенію его имущества, каковы отчужденія и обязательства. Если лицо, попадающее подъ опеку, дѣеспособно, то опека не отнимаетъ у него его дѣеспособности, такъ какъ оно для самаго совершенія того или другаго юридическаго дѣйствія не нуждается даже въ содѣйствіи (auctoritas) опекуна. Но отнятіе у лица права управленія имуществомъ влечетъ за собою тождественныя послѣдствія, т. е. дѣлаетъ лицо неспособнымъ вступать въ указанные виды сдѣлокъ безъ разрѣшенія, безъ consensus опекуна. Препятствіемъ къ свободной правовой дѣятельности служить здѣсь не недостатокъ дѣеспособности, а отсутствіе права распоряженія, при чемъ послѣдствія того и другаго совершенно одинаковы.

На основаніи этихъ началъ слѣдуетъ разрѣшать спорный вопросъ о томъ, какія ограниченія испытываютъ въ своихъ юридическихъ дѣйствіяхъ несовершеннолѣтніе, вслѣдствіе установленія надъ ними опеки?

Puberes minores вполнѣ дѣеспособны какъ по отношенію къ преступленіямъ, такъ и по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ. Это правило нѣсколько не измѣняется вслѣдствіе возможности реституціи in integrum, такъ какъ самая реституція предполагаетъ вполнѣ дѣйствительный актъ лица.

Какое же вліяніе имѣетъ установленіе опеки?

Для правильнаго пониманія древнеримскихъ законовъ мы считаемъ необходимымъ напомнить, что въ римскомъ правѣ опека была добровольною (puberes minores получали опекуна не противъ воли, но только тогда, когда онъ самъ просилъ о назначеніи такового) и что только въ нынѣшнемъ правѣ она сдѣлалась необходимою. Нѣкоторые ученые утверждали, что уже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ опека существовала въ большинствѣ случаевъ. Если мы даже и признаемъ справед-

¹⁾ Въ такомъ положеніи находятся всѣ малолѣтніе, состоящіе подъ опекой и тѣ изъ дѣеспособныхъ несовершеннолѣтнихъ, которые имѣютъ почетеля. Изъ Пандентъ.

ливость этого положенія, то все-таки придется сознаться, что фактъ всеобщности опеки не может имѣть значенія юридическаго правила въ виду того, что принятіе опеки несовершеннолѣтнимъ зависѣло въ то время отъ его воли.

Отданный подъ опеку несовершеннолѣтній, *pubes minor*, рѣшительно утрачиваетъ способность самолично отчуждать свою собственность; ему необходимо согласіе *curator'a* ¹⁾, потому что отчужденіе есть составная часть права управленія, отнятаго у несовершеннолѣтняго и предоставленнаго куратору.

Все вышеназложенное безспорно признано всѣми. Но за то неоднократно была оспариваема необходимость согласія куратора для принятія лицомъ несовершеннолѣтнимъ на себя какаго-либо обязательства. Общее мнѣніе признаетъ такую необходимость; нѣсколько новѣйшихъ юристовъ отвергаютъ ее ²⁾. Они утверждаютъ, что *minores* не могутъ считаться неспособными къ принятію на себя обязательствъ, что они въ этомъ отношеніи не сравнены съ *impuberes*. Поэтому имъ для заключенія обязательствъ вовсе не нужно содѣйствія и поддержки куратора, тогда какъ для *impuberes* необходимо въ тѣхъ же случаяхъ содѣйствіе опекуна (*tutor*). Свой взглядъ они подкрѣпляютъ ссылкой на *L. 101. D. de V. O. (45, 1)*, ср. съ *fr. vat. § 110: non curatore praesente*. Но этими словами, по нашему мнѣнію, вовсе не разрѣшается вопросъ о необходимости согласія куратора, которое можетъ, какъ извѣстно, предшествовать юридическому дѣйствію или слѣдовать за нимъ. Всѣ подобныя объясненія указаннаго мѣста ошибочны именно вслѣдствіе такой ссылки на *consensus curatoris*, о которомъ здѣсь нѣтъ и рѣчи; ошибка заключается въ томъ, что всѣ считаютъ слова *sine curatoribus suis* вполне однозначными съ словами *sine consensu curatoris*. Эту ошибку мы видимъ 1) у защитниковъ вышеупомянутаго общаго мнѣнія, не только позволяющихъ себѣ равныя произвольныя предположенія для того, чтобы согласить эту цитату съ своимъ воззрѣніемъ (они напр. предполагаютъ, что въ ней идетъ рѣчь о сдѣлкахъ, касающихся имущества, тогда какъ тамъ прямо сказано объ обязательствахъ: *ex stipulatu obligari*), но и старающихся достигнуть своей цѣли различными, ни на чемъ не основанными, исправленіями, тѣмъ они напр. вмѣсто *possunt* читаютъ *non possunt*:

¹⁾ *L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2, 22)*.

²⁾ *Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. II. 12 (1829)*; *Savigny, вь Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. X. стр. 287*; *Rudorff, Recht der Vormundschaft. стр. 284*; *Vangerow, Leitfaden I. стр. 463*.

этотъ способъ устранения противорѣчій безъ сомнѣнія весьма легокъ, но врядъ ли можетъ быть одобренъ; 2) у послѣдователей противоположнаго воззрѣнія, главнѣйшимъ основаніемъ котораго также считается цитированіе мѣсто; на самомъ же дѣлѣ оно является единственнымъ основаніемъ, такъ какъ другихъ основаній у нихъ почти нѣтъ (L. 101. cit. вовсе и не говорить о согласіи опекуновъ, а лишь о присутствіи ихъ при сдѣлкахъ опекаемыхъ, и устанавливаетъ, что мѣлогъ вовсе не долженъ привлекать попечителя лично къ заключенію сдѣлки ¹⁾).

Одно только указанное общее мнѣніе представляется разумнымъ и выдерживающимъ критику какъ по внутреннимъ, такъ и по внѣшнимъ своимъ основаніямъ.

1) Внутреннія основанія.

Возможность произвольно вступать въ различныя обязательства есть такая же составная часть права управленія, какъ и возможность отчуждать свое имущество. Когда идетъ рѣчь о дѣеспособности, то отчужденіе и принятіе обязательства всегда уравниваются, напр. относительно расточителей ²⁾). Устанавливать между ними какое-либо различіе совершенно невозможно. Савиньи, впрочемъ, раздѣляетъ противоположное мнѣніе на томъ основаніи, что будто бы, при принятіи лицомъ на себя какого-либо обязательства, изъ его имущества ничего не отнимается, и слѣдовательно, для охраненія лица отъ всѣхъ могущихъ послѣдовать для него отъ даннаго обязательства убытковъ и ущербовъ, вполне достаточно одной *in integrum restitutio*. Но *restitutio in integrum* есть способъ охраненія правъ, допускаемый въ весьма рѣдкихъ случаяхъ; поэтому нельзя не признать этого способа охраненія въ данномъ случаѣ совершенно недостаточнымъ, такъ какъ, при принятіи на себя обязательства, лицо, нуждающееся въ реституціи, легче можетъ

¹⁾ Мнѣ приходится неоднократно опровергать принятое въ текстѣ общее воззрѣніе. Въ L. 141 cit. мы читаемъ: *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulata obligari, et in fr. vat. §. 110:—P. respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore presente promitti debere, sed tutore auctore*. Итакъ Павелъ говоритъ, что для дачи приданаго (*datio dotis*), являющейся актѣмъ отчужденія, необходимо содѣйствіе попечителя; для объявленія же приданаго, *promissio dotis*, какъ акта принятія на себя обязательства, онъ считаетъ излишнимъ не только присутствіе, но и всякое содѣйствіе опекуна. Такъ какъ *auctoritas tutoris* исчезла изъ юстиниановскаго права, то слѣдуетъ заключить, что несовершеннолѣтнее лицо можетъ принимать на себя обязательства безъ всякаго содѣйствія опекуна и что въ L. 101. cit. отрицается необходимость согласія куратора, а не его присутствія, каковое при существованіи *consensus*, не имѣло вовсе никакого значенія.

Прим. ред.

²⁾ L. 6. D. de V. O. (45, 1).

пропустить реституционный срокъ, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда оно уже въ дѣйствительности чего-либо лишилось. Къ этому присоединяется еще и то обстоятельство, что принятіе на себя обязательства есть на самомъ дѣлѣ то же отчужденіе: должныя цѣнности не увеличиваютъ собою нашего имущества, а напротивъ уменьшаютъ его, благодаря существованію обязательства. Признавъ, что принятіе на себя обязательства и отчужденіе въ сущности имѣютъ одинаковое послѣдствіе—уменьшеніе имущества лица обязавшагося, нельзя думать, чтобы римскіе юристы были настолько неблагоразумны, что, придерживаясь только внѣшности и пренебрегая дѣйствительностью, они допустили ту ошибку, которую имъ приписываютъ упомянутые ученые.

2) Внѣшнія основанія: случаи, разрѣшенные положительнымъ правомъ.

Consensus необходимъ: а) при аррогаціи (со времени Клавдія); б) при договорахъ объ отчужденіи и обязанностяхъ, вытекающихъ изъ этихъ договоровъ ¹⁾, по отношенію къ которымъ несовершеннолѣтніе сравниваются съ расточителями; в) при веденіи процессовъ и, конечно, при принятіи на себя обязательства такого веденія; д) при обѣщаніи приданого, къ которому, въ виду *favor dotis*, конечно, относились столь же благопріятно, какъ и къ другимъ обѣщаніямъ; е) при принятіи наслѣдства, но той единственной причинѣ, что съ наслѣдствомъ всегда связаны какія-нибудь обязанности. Этихъ примѣровъ достаточно для разрѣшенія нашего сомнѣнія.

Выше мы говорили о ратигабиціи третьяго лица, право котораго служить препятствіемъ къ дѣйствительности юридической сдѣлки, заключенной между двумя лицами. Но весьма возможно, что такое препятствіе заключалось въ одномъ изъ лицъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ; въ этомъ случаѣ также мыслима ратигабиція, но она должна исходить отъ самого участвовавшаго въ сдѣлкѣ лица. Этимъ и отличается этотъ видъ ратигабиціи отъ вышеуказаннаго вида ея. Напр., совершеннолѣтній можетъ ратигабировать недѣйствительную сдѣлку, заключенную имъ во время несовершеннолѣтія; сумасшедшій можетъ ратигабировать по выздоровленіи и т. п. Имѣетъ ли такая ратигабиція обратную силу (*Retrotraction*)? При разрѣшеніи этого вопроса надобно различать два случая: ратигабируемое юридическое дѣйствіе можетъ быть или совершенно ничтожно (*nichtig*), или только по чему-либо недѣйствительно (*anfechtbar, revocabel*).

¹⁾ I. 3. D. de in integr. restit. minor. (2, 22).

Въ первомъ случаѣ сдѣлка, вслѣдствіе ратигабиціи, не можетъ получить дѣйствительной силы съ момента ея заключенія, такъ какъ нѣтъ возможности создать какую бы то ни было связь между наступившею дѣйствительностью и прежнею ничтожностью ея. Ратигабиціею здѣсь будетъ собственно новое заключеніе сдѣлки, со всѣми необходимыми условіями и послѣдствіями таковаго заключенія.

Хотя относительно втораго случая и должно вообще сказать, что ратигабиція имѣетъ обратное дѣйствіе, но выраженіе это не будетъ соответствовать дѣйствительности, такъ какъ напр. сдѣлка можетъ подлежать реституціи *in integrum*, или можетъ быть оспариваема, какъ заключенная по принужденію (см. ниже). На самомъ дѣлѣ мы видимъ, что сдѣлка дѣйствительна, но ея послѣдствіямъ противопоставляется право извѣстнаго лица опровергать, оспаривать ее. Такъ какъ это право оспаривать сдѣлку прекращается при ратигабиціи, то слѣдуетъ, конечно, придти къ заключенію, что сдѣлка точно также дѣйствительна, какъ будто права оспаривать ее вовсе и не существовало.

На границѣ между двумя указанными случаями ратигабиціи сдѣлки третьимъ лицомъ, находится случай даренія чего-либо отцемъ подвластнымъ дѣтямъ и даренія между супругами. Самое дареніе ничтожно, но оно можетъ получить дѣйствительное значеніе вслѣдствіе смерти дарителя, не успѣвшего взять подаренное обратно или при жизни подтвердившаго актъ даренія. Только при этихъ двухъ условіяхъ ничтожность означенныхъ сдѣлокъ разматривается юстиніановскимъ правомъ какъ простой порокъ ея, допускающій возможность опроверженія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обратное дѣйствіе ратигабиціи. Этимъ не только не опровергается, а скорѣе подтверждается вышеуказанное правило о томъ, что обратная сила ратигабиціи не мыслима въ сдѣлкахъ ничтожныхъ.

Если же указанные два вида даренія недѣйствительны еще по какой-либо другой причинѣ, напр. вслѣдствіе того, что подаренное имущество осталось переданнымъ лицу одаренному, то такой недостатокъ сдѣлки можетъ быть устраненъ подтвержденіемъ самой сдѣлки въ завѣщаніи, но дѣйствительно становится она лишь со времени этого послѣдняго подтвержденія.

3. Дѣйствія чрезъ представителей.

§ 52.

Можно ли совершить сдѣлку чрезъ представителя съ тѣми же самыми послѣдствіями для представляемаго, какъ если бы онъ

лично участвовалъ въ ея совершеніи? Этотъ вопросъ рождается прежде всего при мысли о лицахъ недѣеспособныхъ, но затѣмъ принимается и къ лицамъ дѣеспособнымъ, которые могутъ нуждаться въ представителяхъ или вслѣдствіе физическихъ причинъ, напр. отсутствія и другихъ препятствій, или просто вслѣдствіе предполагаемаго въ представителяхъ большаго знанія дѣла и опытности.

Поставленный выше вопросъ имѣеть, конечно, въ виду только юридическія дѣйствія: въ правонарушеніяхъ представительство не мыслимо. Поручить кому-нибудь совершить преступленіе то же, что совершить его самому (приказывающей есть интеллектуальный виновникъ, а исполняющій — физическій), да и вообще въ дѣйствительной жизни никто не бываетъ въ такомъ положеніи, чтобы могъ совершить недозволенное дѣйствіе отъ имени другаго лица.

Но и въ юридическихъ сдѣлкахъ необходимо указать два случая, гдѣ нѣтъ представительства. Представительство заключается, какъ извѣстно, въ томъ, что лицо, принимающее активное участіе въ сдѣлкѣ, дѣйствуетъ за другое лицо, для котораго это чужое дѣйствіе имѣеть значеніе собственнаго. Поэтому не будетъ представительствомъ: 1) дѣятельность лица, состоящая не въ заключеніи юридической сдѣлки, а въ простой передачѣ, въ простомъ сообщеніи чужой воли; посланный поэтому — не представитель, и сдѣлка, совершенная при участіи посланнаго, будетъ сдѣлкою, заключенною самимъ контрагентомъ; 2) совершеніе какииъ-либо лицомъ отъ себя такой сдѣлки, которая хотя можетъ повлечь за собой извѣстные послѣдствія для третьяго лица, не принимавшаго никакого участія въ ея заключеніи, но которая отнюдь не можетъ считаться совершенною этимъ третьимъ лицомъ и потому для него обязательною. Такое юридическое отношеніе возникаетъ напр. при принятіи кѣиъ-либо на себя чужаго обязательства, вслѣдствіе чего прежній должникъ освобождается отъ обязанности платить; или, когда кто-либо заплатитъ за должника, то этотъ послѣдній становится свободнымъ отъ своего обязательства къ прежнему кредитору, но все таки не считается лично заплатившимъ за себя; напротивъ, если должникъ самъ поручитъ кому-нибудь уплатить за себя извѣстный долгъ, то здѣсь является уже дѣйствіе его чрезъ представителя.

Возможность представительства есть, очевидно, искусственный юридическій институтъ, могущій, пожалуй, нѣсколько колебать прочность и правильность юридическихъ отношеній. Привлеченіе въ дѣлу посредствующихъ лицъ не можетъ никогда повести къ лучшему уразумѣнію этого дѣла. Поэтому, съ есте-

ственной точки зрѣнія, слѣдуетъ отдать предпочтеніе принципу, по которому лицо, намѣревающееся вступить въ то или другое юридическое отношеніе, должно само совершать всѣ необходимыя для того дѣйствія. Если же напр. пріобрѣтеніе какого-нибудь права должно совершиться при помощи посредствующаго лица, то это послѣднее (если только данное юридическое отношеніе не противорѣчитъ такому образу дѣйствій) вступаетъ въ юридическую сдѣлку отъ себя лично и затѣмъ уже совершается перенесеніе пріобрѣтеннаго права съ этого лица на то лицо, которое первоначально намѣревалось пріобрѣсть его (*dominus*); такимъ образомъ можетъ быть напр. пріобрѣтено право собственности (Представительство же существовало бы здѣсь въ томъ только случаѣ, когда праву не было бы вовсе необходимости на нѣкоторое время сосредоточиваться на посредствовавшемъ лицѣ). Хотя принципъ невозможности представительства и существуетъ въ римскомъ правѣ, однако оно допустило отступленія отъ него во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это было крайне необходимо; случаи же необходимости представительства постоянно умножаются съ развитіемъ цивилизаціи и съ увеличеніемъ государства.

Но бывають отношенія такого рода, что въ нихъ представительство является существенно необходимымъ и потому само собой предполагается; сюда относится напр. случай, когда одно лицо находится подъ такою властью другаго, что все пріобрѣтаемое первымъ считается принадлежащимъ послѣднему. Если такое пріобрѣтеніе признается совершеннымъ чрезъ представителя, то и послѣдствія его будутъ такіа же, какъ и при личномъ пріобрѣтеніи лицомъ представляемымъ, а потому на этотъ случай и не распространяется вышеуказанное ограниченіе представительства. Это ограниченіе примѣняется главнымъ образомъ къ представительнымъ отношеніямъ, основаннымъ на свободномъ выборѣ представителя.

По отношенію къ дѣйствительности представительства (въ особенности свободнаго) слѣдуетъ различать три случая:

1) *Полное* представительство. Оно состоитъ въ томъ, что извѣстное юридическое отношеніе, обусловленное сдѣлкою представителя, непосредственно возникаетъ въ представляемомъ лицѣ, не сосредоточиваясь вовсе на представителѣ. Полное представительство является такимъ образомъ исключеніемъ изъ вышеуказаннаго принципа. Римское право допускаетъ этотъ видъ представительства только при пріобрѣтеніи владѣнія, а выстъ съ тѣмъ и права, находящагося отъ него въ зависимости, напр. при *traditio*, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности. Иначе это выражается слѣдующимъ образомъ: *naturalis acqui-*

stitutio возможна посредствомъ свободнаго представительства. Выраженіе это съ перваго взгляда кажется слишкомъ общимъ, но имъ однако выражается то же самое, что и предшествовавшими словами. Затѣмъ было допущено свободное представительство при приобретѣніи bonorum possessio и, подъ известными условіями, даже при приобретѣніи наслѣдства (именно для лицъ совершенно недѣеспособныхъ). Юстиніанъ присоединилъ еще одинъ случай: непосредственное приобретѣніе закладнаго права путемъ договора, заключеннаго повѣреннымъ ¹⁾. Въ нынѣшнемъ правѣ полное представительство распространено еще на множество случаевъ: посредствомъ него возможно не только всякое активное (durch Handlung) приобретѣніе права собственности, за исключеніемъ приобретѣнія его путемъ гражданскаго наслѣдованія, Civilerbrecht (кромѣ нѣсколькихъ случаевъ, разрѣшаемыхъ еще римскимъ правомъ, а именно при приобретѣніи наслѣдства отцомъ или опекуномъ малолѣтняго и представителями юридическаго лица) но и приобретѣніе всѣхъ вещныхъ правъ вообще (jura in re).

2) *Неполное* представительство. Оно состоитъ въ томъ, что известное юридическое отношеніе сосредоточивается на нѣкоторое время на представителѣ и уже съ него, чрезъ перенесеніе или другой кому подобный актъ, переходитъ на лицо представляемое. Неполное представительство дѣйствительно по римскому праву только во всѣхъ тѣхъ civiles acquisitiones, которыя не упомянуты въ первой рубрицѣ, за исключеніемъ случаевъ необходимаго представительства (см. выше). Такъ, mancipatio могла совершаться только такимъ образомъ, что mancipia переносились прежде всего на представителя, который въ свою очередь переносилъ ихъ на представляемое имъ лицо. Во всѣхъ относящихся сюда случаяхъ новое право стало допускать полное представительство.

Однако, какъ по римскому, такъ и по нынѣ дѣйствующему въ Германіи праву, къ неполному представительству относится возниновеніе обязательствъ (§ 273). Путемъ договора кредиторомъ дѣлается представитель, но право требованія переходитъ посредствомъ (молчаливой) уступки (cessio) на представляемое лицо. У лицъ, находящихся in potestate и приобретающихъ для лица владычествующаго, право требованія возникаетъ непосредственно въ лицѣ этого послѣдняго. По отношенію къ обязанностямъ, вытекающимъ изъ договора, существуетъ правило,

1) См. L. 9. C. per quas pers. (4, 27), ср. L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7); L. 21. пр. D. de pignor. (20, 1).

что лицо, заключившее договоръ, является должникомъ; это правило примѣняется и къ находящимся *in potestate* (такъ какъ они способны дѣлать долги). Но иногда, вслѣдствіе извѣстныхъ причинъ, отвѣтственность по договору падаетъ и на лицо представляемое, такъ что должниками являются уже и заключившій сдѣлку представитель и *dominus eя*—лицо представляемое.

Нѣкоторые юристы, какъ напр. Савиньи ¹⁾, думали, что уже по римскому праву допускалось полное представительство въ сдѣлкахъ естественныхъ, негражданскихъ (каковы напр. купля-продажа, заемъ), въ гражданскихъ (напр. въ стипуляціи) же не допускалось, и что въ новомъ правѣ оно допускается всегда. Этотъ взглядъ коренится въ неумѣстномъ обобщеніи естественнаго и гражданского приобрѣтенія правъ и въ непониманіи *L. 53. D. de acquir. rer. dom. (41, 1) ²⁾*. Изъ словъ „*veluti stipulationem*“ они заключаютъ, что обратное правило распространяется и на обязательства. Но эти слова приведены, очевидно, въ видѣ примѣра, вмѣсто слова *mancipatio*, въ чемъ можно убѣдиться: 1) изъ того, что здѣсь ему противопоставляется *possessio*, иначе названъ былъ бы также какой-нибудь договоръ; 2) изъ того, что не всѣ стипуляціи суть *contractus juris civilis*; 3) изъ другаго римскаго постановленія ³⁾, ограничивающаго означенное исключеніе однимъ только владѣніемъ.

Недопущеніе полнаго представительства въ обязательствахъ не имѣетъ особыхъ историческихъ основаній, но коренится въ самой природѣ этого юридическаго отношенія и потому остается неизмѣннымъ и въ нынѣшнемъ правѣ.

3) *Отсутствіе* представительства. Оно встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда неполное представительство не возможно вслѣдствіе того, что не мыслимъ переходъ извѣстнаго права на личность представителя, а полное представительство не допускается закономъ. Сюда относится приобрѣтеніе наслѣдства, составленіе завѣщанія (въ этихъ случаяхъ необходимо было бы предположить предварительное перенесеніе имущества, какъ совокупности, на представителя, который потомъ долженъ бы былъ завѣщать его представляемому, что совершенно невозможно) и семейственныя отношенія: усыновленіе, эманципация, заключеніе брака.

¹⁾ System. III. §. 113.

²⁾ Ea quae civiliter acquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiratur, sicut est possessio, per quemlibet. volentibus nobis possidere adquirimus.

³⁾ L. 1. C. per quas pers. nobis acquir. (4, 27): Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juris non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est.

О представительныхъ отношеніяхъ въ особенности.

§ 53.

Когда ¹⁾ какое-либо дѣйствіе можетъ быть совершено извѣстнымъ лицомъ съ непосредственными или посредственными послѣдствіями для другаго лица, то между лицами дѣйствующимъ и представляемымъ предполагается извѣстное представительное отношеніе.

1) Представительное отношеніе можетъ быть основано на власти представляемаго надъ представителемъ; когда резуль-татъ дѣйствія послѣдняго есть необходимое послѣдствіе власти представляемаго, то согласія перваго на совершеніе дѣй-ствія вовсе не нужно. Исключеніе представляется лишь для вла-дѣнія (см. §. 130). При отчужденіи и принятіи обязательствъ необходимо имѣть въ виду волю лица владѣствующаго, вы-ражающуюся или предварительнымъ, или послѣдующимъ согла-сіемъ на сдѣлку; кромѣ того въ первомъ случаѣ это согласіе можетъ быть или специальнымъ (приказаніе), или общимъ (по-средствомъ *cessio peculii*).

2) Представительное отношеніе существуетъ также между на-слѣдникомъ и наслѣдодателемъ; но о немъ будетъ рѣчь въ на-слѣдственномъ правѣ.

3) Третій видъ представительныхъ отношеній — предстawi-тельство юридическихъ лицъ, именно корпорацій. Оно опредѣ-ляется уставомъ (*Verfassung*) ихъ, при чемъ право представ-лять корпорацію можетъ принадлежать или одному, или нѣсколь-кимъ, или даже всѣмъ членамъ ея, или наконецъ различнымъ должностнымъ лицамъ. Состоявшееся согласно съ уставомъ кор-пораціи рѣшеніе представителей считается законною волею юри-дическаго лица. Приведеніе этой воли въ исполненіе можетъ ле-жать или на тѣхъ же самыхъ представителяхъ ея, постоянныхъ или временныхъ, или на другихъ лицахъ. (Ходатай по проце-самъ юридическаго лица называется *actor*.)

Въ естественномъ представительствѣ корпораціи членами ея необходимо обратить вниманіе на слѣдующее обстоятельство. Такъ какъ въ корпораціи, назначенной для продолжительнаго бытія, наличные въ данное время члены представляютъ собою весьма небольшую часть всѣхъ (считая будущихъ) естествен-ныхъ представителей ея, то эти наличные члены не въ правѣ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

дѣлать такихъ распоряженій, которыя могутъ повести къ сокращенію бытія корпораціи или уменьшенію средствъ, необходимыхъ для ея существованія; въ этомъ случаѣ необходимо заступленіе будущихъ членовъ какою-нибудь властью, стоящею надъ корпораціею. Поэтому-то отчужденіе корпораціоннаго недвижимаго имѣнія возможно только съ высочайшаго разрѣшенія (точно также какъ и отчужденіе имущества лицъ, находящихся подъ опекой). Разумность этого правила, по отношенію къ общинамъ, вытекаетъ изъ того положенія, которое онѣ занимаютъ въ государствѣ, изъ ихъ значенія — составныхъ частей государства, на нихъ основаннаго. Тоже самое слѣдуетъ сказать и по поводу церковныхъ общинъ и ихъ отношеній ко всей церкви вообще.

4) Далѣе слѣдуетъ представительство чиновниковъ. Представительныя отношенія могутъ также борестись и на исправленія лицомъ извѣстной должности; таково наупр. законное представительство чиновниковъ юридическаго лица, опекуновъ и управителей, назначаемыхъ государственною властью. Представительство основывается здѣсь не на волѣ лица представляемаго и находится въ зависимости отъ положительнаго закона, опредѣляющаго объемъ правъ и обязанностей представителя. О представительныхъ отношеніяхъ опекуна и опекаемаго см. ниже въ ученіи объ опекѣ.

5) Представительство повѣренныхъ, *procuratores* (—*domini*). Это свободнѣйшее представительное отношеніе (оно свободно со стороны представляемаго и представителя, тогда какъ первый изъ четырехъ исчисленныхъ видовъ отношеній свободенъ только со стороны представляемаго, а остальные свободны только со стороны представителя). Оно основано на волѣ *dominus'a*, на порученіи, довѣренности, или на ратигабиции (*Mandat, Vollmacht oder Ratihabition*), и отъ этого уполномоченія зависитъ объемъ правъ представителя.

Довѣренность бываетъ или спеціальною, или общею; но эти два понятія относительны. Къ одной и той же довѣренности могутъ съ различныхъ точекъ зрѣнія примѣняться оба эпитета ¹⁾). Впрочемъ оба понятія весьма часто берутся слиш-

1) Напр. повѣренный, которому получено веденіе извѣстнаго процесса, является спеціальнымъ (*specialis procurator*, сравнительно съ повѣреннымъ, уполномоченнымъ въ видѣне всѣхъ тяжбъ или на уроченіи: всякъ имуществомъ извѣстнаго лица; по отношенію же ко всѣмъ оговѣннымъ процессуальнымъ дѣламъ, входящимъ въ составъ тяжбы и спеціально въ томъ отношеніи не перечисленнымъ, этотъ же повѣренный является *procurator generalis*. Изъ *Mandat*).

комъ абсолютно; напр. говорятъ, что *procurator universalis* (*omnium bonorum*), *generalis* есть повѣренный по всемъ дѣламъ одного известнаго рода, а *pr. specialis* — уполномоченный къ одному дѣлу. Этотъ послѣдній есть, конечно, *procurator specialis* по отношенію къ первому; но такъ какъ и одно его дѣло представляется совокупностью различныхъ отдѣльныхъ дѣйствій, то и онъ въ свою очередь можетъ быть названъ *procurator generalis*.

Чтобы спеціальнѣе довѣренность, тѣмъ, естественно, менѣе возможности сомнѣваться въ объемѣ правъ представителя. При толкованіи родовой довѣренности не слѣдуетъ выходить за предѣлы существеннаго содержанія известнаго рода дѣлъ, напр. довѣренность на веденіе тяжбы не уполномочиваетъ на заключеніе мировыхъ сдѣлокъ ¹⁾.

О повѣренномъ, называемомъ *procurator omnium bonorum*, выработаны слѣдующія правила. Прежде всего необходимо убедиться въ томъ, ввѣрено ли ему только охраненіе имущества (*custodia*), или полное управленіе имъ (*administratio*). Въ первомъ случаѣ онъ не имѣетъ права отчужденія, если только это послѣднее не необходимо для сохраненія самой вещи; во второмъ же онъ уполномоченъ отчуждать, но не имѣетъ права употреблять управляемое имущество на акты щедрости (*Liberalitatis*).

Таковъ только впрочемъ общій характеръ довѣренности; примѣненіе же изложенныхъ правилъ къ отдѣльнымъ случаямъ должно обуславливаться ясно выраженнымъ, или съ достовѣрностью предполагаемымъ содержаніемъ довѣренности. Такъ, если повѣренный имѣетъ право отчуждать вообще, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ заключать, что онъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ уполномоченъ пользоваться этимъ правомъ.

Въ средніе вѣка для удобнѣйшаго разрѣшенія всѣхъ возникающихъ вопросовъ создали слѣдующую теорію: все зависитъ отъ того, употреблено ли въ довѣренности выраженіе *cum libera* (sc. *administratio*), или нѣтъ. Если оно употреблено, то повѣренный можетъ всегда воспользоваться своимъ правомъ отчужденія и *dominus* не можетъ возражать; если же этого выраженія нѣтъ, то повѣренный въ правѣ отчуждать только при крайней въ томъ необходимости; въ первомъ случаѣ онъ безпрепятственно можетъ заключать мировыя сдѣлки и пр., во второмъ же онъ этого дѣлать не можетъ. Такимъ рѣшеніемъ во-

¹⁾ L. 60. D. de procur. (3, 3); L. 17. §. 3. D. de iurejur. (12, 2).

проса думали согласить по видимому противорѣчащія другъ другу мѣста источниковъ ¹⁾).

Но теорія эта противорѣчитъ какъ римскому праву, такъ и самой сущности дѣла. Истиннымъ ученіемъ будетъ слѣдующее: при употребленіи повѣреннымъ даннаго ему права управленія; все будетъ зависѣть отъ того, снабдилъ ли dominus своего повѣреннаго ограниченою инструкціею, т. е. изъялъ ли онъ изъ власти повѣреннаго нѣсколько такихъ дѣйствій, которыя иначе входили бы въ составъ его дѣятельности по управленію. Если этого сдѣлано не было, то повѣренный имѣетъ libera administratio. Въ этомъ случаѣ къ его правамъ не присоединяется ничего новаго, а лишь видно, что у него никакихъ правъ не отнято. Но и при libera administratio повѣренный находится въ зависимости отъ предполагаемой воли довѣрителя; онъ поэтому обязанъ дѣйствовать такъ, какъ дѣйствовалъ бы этотъ послѣдній. Кромѣ того, если повѣренный преступилъ границы своихъ правъ, то его неправильныя дѣйствія для довѣрителя не обязательны. Поэтому необходимо принять за правило, что повѣренный не долженъ отчуждать имущества своего довѣрителя безъ особенной необходимости; это правило конечно, должно допускать исключенія, когда напр. самъ довѣритель смотритъ на свое имущество какъ на продажный товаръ, какъ на средство получать выгоду путемъ постояннаго обиха его на другія цѣнности и тому подобныя обороты. Поэтому указанный нами принципъ можетъ привести къ разрѣшенію сомнѣній относительно права отчужденія въ одномъ случаѣ въ пользу этого послѣдняго, въ другомъ противъ него; наше мнѣніе подтверждается и положительнымъ правомъ, которое не представляетъ никакихъ противорѣчій относительно даннаго вопроса.

В. Актъ дѣйствій.

§ 54.

Актомъ ²⁾ дѣйствій недозволенныхъ является такое дѣяніе или бездѣйствіе, которыми нарушаются чужія права: актъ же или существо юридическихъ слѣлокъ состоитъ въ такихъ проявленіяхъ воли, вслѣдствіе которыхъ возникаютъ, видоизмѣняются или прекращаются юридическія отношенія. Общее во всемъ юри-

¹⁾ См. L. 59, 59 de procur. (3, 3); L. 17. §. 3. D. de jurejur. (12, 9) и L. 12. D. de pign. act. (13, 1), L. 63 D. de procur. (3, 3).

²⁾ Изъ мандата.

дическимъ сдѣлкамъ содержаніе состоитъ въ бытіи опредѣленной воли, ея проявленіи и въ согласіи между тѣмъ и другимъ; особое же содержаніе каждой сдѣлки обуславливается особенною цѣлью ея и тѣми постановленіями, которыя изданы для достиженія и охраненія этой особенной цѣли.

Юридическія сдѣлки распадаются на двѣ большія категоріи: на *одностороннія*, содержащія выраженіе воли одного лица, дѣйствующаго самостоятельно, единолично, и на *двустороннія*, въ которыхъ выражается воля нѣсколькихъ, согласно дѣйствующихъ, лицъ. Двустороннія сдѣлки называются *договорами* (*Vertrage*). Весьма часто понятіе договора произвольно суживалось и относилось къ однимъ обязательствамъ. Послѣдствіемъ этого было то, что и всѣ договоры стали обсуждать по началамъ обязательственнаго права (даже брачный договоръ). Въ дѣйствительности же договоръ есть самая общая форма юридическихъ сдѣлокъ; договоромъ будетъ всякая сдѣлка, состоящая въ выраженіи согласной воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ, направленной на созданіе новаго или на измѣненіе прежняго юридическаго отношенія (все равно, будетъ ли предметомъ такого юридическаго отношенія вещное, обязательственное, или семейственное право).

1. Воля.

А. Вліаніе мотивовъ.

§ 55.

Такъ какъ ¹⁾ всякое дѣйствіе предполагаетъ направленіе воли лица на объектъ, то, по общему правилу, юридическое значеніе имѣетъ только бытіе этой воли, самый же процессъ появленія того или другаго намѣренія лица, мотивы, вызвавшіе это намѣреніе, лишены всякаго значенія при юридическомъ обсужденіи дѣйствія. Юридически важно присутствіе воли, а не мотивъ ея, имѣющій значеніе лишь при обсужденіи дѣянія съ точки зрѣнія нравственности. Необходимо однако указать слѣдующія отступленія отъ этого правила: 1) въ недозволенныхъ дѣйствіяхъ должна быть всегда на лицо беззаконная воля, *dolus* и *culpa*; *dolus* не есть простое намѣреніе обмануть, а воля, сознательно направленная на беззаконіе; мотивъ, могущій иногда побуждать человѣка дѣйствовать пови-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

дому *dolose*, мотивъ иногда въ сущности извинительный и даже похвальный, исключаетъ возможность считать дѣйствіе лица, совершенное подъ вліяніемъ такого мотива, за *dolus* или *culpa*. 2) Мотивъ юридическихъ сдѣлокъ дозволенныхъ принимается въ расчетъ лишь настолько, насколько имъ опредѣляется содержаніе сдѣлки (напр. отдача чего-либо *ob causam futuram*), а не насколько оны побудили къ ея заключенію. Но и тутъ представляются исключенія для сдѣлокъ, совершенныхъ подъ вліяніемъ страха, а иногда и невѣдѣнія и заблужденія.

Страхъ.

§ 56.

Лицо весьма легко можетъ рѣшиться на что-нибудь и даже привести свое рѣшеніе въ исполненіе, находясь подъ вліяніемъ страха. Не будь этого вліянія, лицо это не совершило бы извѣстнаго дѣйствія, однако послѣднее произошло по его волѣ, самый актъ есть дѣйствительное являющееся; хотя намѣреніе лица совершить извѣстную сдѣлку возникло подъ вліяніемъ опасенія какого-нибудь угрожающаго бѣдствія, но поэтому самому дѣйствіе, которымъ это намѣреніе осуществилось, выражаетъ собою собственную волю лица. Хотя такіа дѣйствія и называли несвободными, но необходимо помнить, что это выраженіе совершенно не подходящее. Логическимъ послѣдствіемъ такого факта является дѣйствіе несомнѣнно существующее какъ фактически, такъ и юридически, а потому нельзя сказать, что это дѣйствіе ничтожно ¹⁾.

Указанное правило настолько просто и разумно, что нѣтъ никакой нужды отыскивать для него какія-либо особыя историческія основанія, подобно Мюленбруху, который объясняетъ его вліяніемъ на римскихъ юристовъ слѣдующаго правила стоической философіи: никто не долженъ подчиняться въ своихъ рѣшеніяхъ принужденію или страху. Было время, когда объясненіе права такимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ считалось историческимъ его изученіемъ, — время такъ называемой элегантною юриспруденціи, царствовавшей въ прошломъ столѣтіи. Указываемая причина возникновенія упомянутаго правила о дѣйствительности сдѣлокъ, заключенныхъ правоспособнымъ лицомъ, хотя бы и подъ вліяніемъ страха, представляется, по нашему мнѣнію, сомнительною уже потому, что если даже и

¹⁾ L. 21. §. 5. D. quod metus (4,2).

предположить, что оно было установлено въ первый разъ древними юристами, то придется заключить, что Римляне должны были быть природными философами — стоиками. Но это правило представляется еще болѣе сомнительнымъ, благодаря вытекающему изъ него положенію, будто вовсе не слѣдуетъ обращать вниманія на страхъ и принужденіе, такъ какъ это — слабости недостойныя мужчины; подобнаго вывода мы вовсе не встрѣчаемъ въ римскомъ правѣ.

Хотя вынужденное страхомъ дѣйствіе не можетъ быть названо ничтожнымъ, однако совершившій его имѣетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, право на возмѣщеніе всѣхъ тѣхъ убытковъ, которые онъ отъ этого дѣйствія потерпѣлъ и кромѣ того право оспаривать дѣйствительность самой сдѣлки; не признать за нимъ этихъ правъ было бы *contra bonos mores*. Средствами, которыми онъ можетъ добиваться возстановленія прежняго порядка вещей, служатъ по римскому праву: *in integrum restitutio* и особые иски и возраженія—*actio, quod metus causa, exceptio metus* (см. ниже § 385). Объемъ упомянутого права оспаривать актъ, совершенный подъ вліяніемъ страха, будетъ зависѣть отъ значенія самаго акта, что технически выражается такъ: *metus causam dans—incidens*. (Если вся сдѣлка вызвана страхомъ, то она можетъ быть оспариваема въ цѣломъ объемѣ—*metus causam dans*; если подъ вліяніемъ страха возникъ лишь какой-нибудь второстепенный элементъ сдѣлки, то оспариванію подлежитъ только эта часть ея—*metus incidens*).

Но для наступленія указанныхъ юридическихъ послѣдствій необходимы слѣдующія условія: 1) Угроза должна быть дѣйствительною и легко осуществимою—*metus praesens, non suspicio inferendi jus*¹⁾. Пустой, безпричинный страхъ не принимается въ расчетъ. Поэтому не обращаютъ вниманія на такъ называемый *metus reverentialis*.

2) Угроза должна быть противозаконною.

3) Угроза должна быть такого рода, чтобы вызванная ею боязнь угрожающаго бѣдствія не давала возможности обвинять угрожаемое лицо въ недостойной трусости и разстроенномъ воображеніи, *metus justus—qui in constantem virum cadere potest*; при чемъ слѣдуетъ обращать вниманіе на особенности пола и возраста (но не на личныя особенности отдѣльных индивидуумовъ).

4) Юридическая защита должна простираться не противъ одного принудителя, такъ что возможны иски и возраженія про-

¹ L 9 pr. D. quod metus (4,2).

тивъ третьихъ лицъ, но необходимо однако, чтобы эти послѣдніи или знали объ угрозахъ и принужденіи, или извлекли изъ оспариваемаго дѣйствія для себя какую-нибудь выгоду.

Ошибочныя воззрѣнія: прежде не рѣдко считали сдѣлку, совершенную подъ вліяніемъ страха, совершенно ничтожною; ошибочность этого взгляда признана теперь всеми, хотя нѣкоторые юристы все еще стремятся установить нѣсколько исключительныхъ случаевъ (путемъ особыхъ узаконеній), въ которыхъ принужденіе дѣлаетъ сдѣлку ничтожною:

1) При *bonae fidei contractus*. Такое исключеніе представляется намъ весьма страннымъ въ виду того, что основаніе дѣйствительности сдѣлки *ipso jure* не находится ни въ какой связи съ различіемъ между *bonae fidei* и *strictum iudicium*. Основано это исключеніе на ложномъ пониманіи L. 116. D de R. J. (50, 17) ¹⁾. Принужденіе воплѣтъ противно понятію *bona fides*; приказаніе судья обратить на него вниманіе и безъ того заключается въ формулѣ *ex fide bona*, такъ что къ ней не за чѣмъ присоединять особую экцепцію. Только въ этомъ смыслѣ принужденіе и имѣетъ значеніе *ipso jure*. Это подтверждается даже другимъ мѣстомъ ²⁾, въ которомъ юристъ идетъ дальше, чѣмъ это было бы собственно нужно при *bonae fidei negotia*, именно, отрицая искъ по договору и ошибочно указывая на *actio quod metus* (слова *et ideo* и проч. могутъ быть понимаемы такъ: а потому возможенъ и преторскій искъ).

2) При завѣщаніяхъ; ошибочность здѣсь признана рѣшительно всеми; см. въ наследственномъ правѣ.

3) При обѣщаніи приданого. Въ томъ мѣстѣ источниковъ, на которое обыкновенно ссылаются ³⁾, высказано только, что обѣщаніе приданого, вынужденное страхомъ, не есть установленіе приданого со всеми его послѣдствіями потому, что оно не дѣйствительно. Но какимъ образомъ проявляется эта не дѣйствительность, цитированное положеніе объ этомъ умалчиваетъ, да притомъ оно и не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія занимающаго насъ вопроса.

4) При договорѣ товарищества (*societas*). Въ нѣкоторыхъ

¹⁾ *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est.*

²⁾ L. 21. §. 4. D. quod metus (4,2): *si metu coactus sim ab emtione, locatone discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, ut similis species acceptilatione sit et ideo praetoria actio nascitur.*

³⁾ L. 21. §. 3. eod.: *Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.*

мѣстахъ источниковъ ¹⁾ сказано, что товарищество, въ которомъ одинъ товарищъ дѣйствуетъ обманомъ въ ущербъ другаго, вовсе и не есть товарищество, *ipso jure nullius momenti*. Существеннымъ условіемъ товарищества служитъ справедливая пропорціональность: *in vicem se circumscriptere* не допускается, равно какъ и нельзя признавать, безъ наличности *dolus*, различныя преимущества за однимъ изъ товарищей въ ущербъ другимъ. Всѣ эти правила римскаго законодательства стали ошибочно относить и къ принужденію, хотя въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ объ обстоятельстве, несогласномъ съ сущностью товарищества, въ вопросъ же о принужденіи можно говорить лишь о неправильномъ заключеніи договора *societas*, не представляющемъ, по самой природѣ этого договора, ничего отличнаго отъ заключенія другихъ договоровъ.

5) При *tutoris auctoritas*. Это исключеніе возникло вслѣдствіе непростительнаго непониманія *L. 1. §. 1. D. de auctor.* (26,8), гдѣ говорится только о вынужденномъ присутствіи опекуна при совершеніи сдѣлки.

6) При отпущеніи на волю ²⁾. Законъ, на который ссылаются въ данномъ случаѣ, гласитъ только, что вынужденное отпущеніе недѣйствительно: *ille servus liber non erit, qui coegerit etc*; о видѣ недѣйствительности нѣтъ ни слова (когда господинъ не оспоритъ факта отпущенія, то рабъ остается свободнымъ).

Заблужденіе и невѣдѣніе.

§ 57.

Общее правило, что на мотивы дѣйствія или бездѣйствія не слѣдуетъ обращать вниманія, что юридическое обсужденіе факта опредѣляется однимъ его существованіемъ, безъ изслѣдованія причинъ этого существованія, относится не только къ страху, но и къ заблужденію и невѣдѣнію (*error et ignorantia*). Поэтому сдѣлка, основанная на какой-нибудь ошибкѣ, не должна считаться ничтожною. Но такъ какъ лицо можетъ хотѣть только того, что ему извѣстно, то вслѣдствіе ошибки въ нѣкоторыхъ случаяхъ невозможно признаніе бытія воли, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самой юридической сдѣлки. Сюда относит-

¹⁾ *L. 3. §. 3. D. pro soc.* (17, 9); *L. 16. §. 1. D. de minor.* (4, 4).

²⁾ *L. 9. pr. D. qui et a quib. man.* (40, 9: *Ille servus liber non erit, qui coegerit, ut dominus eum manumittat, et ille perterritus se ipsit, liberum eum esse.*

ся случай, когда заблужденіе препятствуетъ признанію народнаго убѣжденія (§ 13), затѣмъ вопросъ о томъ, можетъ ли дѣйствіе считаться молчаливымъ выраженіемъ воли, напр. оставленіе сдѣлки безъ протеста можетъ ли считаться согласіемъ на нее; этому, въ нѣкоторыхъ случаяхъ весьма удовлетворительно, толкованію молчанія можетъ противостоять заблужденіе или невѣдніе; въ такомъ смыслѣ и употребляется выраженіе *errantis nulla voluntas* ¹⁾. Мотивомъ исключаящимъ дѣйствительность сдѣлки является не само заблужденіе, а отсутствіе воли, сопровождаемое заблужденіемъ, в зможное даже въ томъ случаѣ, когда нѣтъ никакой ошибки, и также обусловливающее ничтожность сдѣлки. Тоже самое должно сказать и о томъ случаѣ, когда заблужденіе порождаетъ несогласіе, несоответствіе воли договаривающихся лицъ (§ 65). Правило, что наличность ошибки не имѣетъ никакого значенія для бытія юридическихъ сдѣлокъ, представляетъ нѣкоторые исключенія по отношенію къ завѣщаніямъ и принятію наслѣдства, о которыхъ см. въ наслѣдственномъ правѣ (§ 462, 472, 497). Ошибка въ сдѣлкѣ не имѣетъ значенія не только для бытія, но и для юридическаго ея обужденія. Изъ этого общаго правила слѣдуетъ однако сдѣлать два рода исключеній.

1) Всѣ тѣ случаи, въ которыхъ свойства ошибокъ не имѣютъ никакого значенія, когда напр. съ сознаніемъ противозаконности извѣстнаго положенія, *mala fides*, и съ противозаконнымъ умысломъ, *dolus*, сопряжены особыя невыгоды. Сдѣлки съ такого рода послѣдствіями недѣйствительны, когда лицо, по невѣднію даннаго юридическаго отношенія, не считало извѣстное положеніе противозаконнымъ или не понимало преступности своего образа дѣйствій. Отсутствіе недобросовѣстности и обмана прямо обусловливается ошибкой, какого бы свойства эта послѣдняя ни была. Если даже ошибка сама по себѣ предосудительна, то все таки нельзя сказать, что лицо, впавшее въ заблужденіе, находилось *in mala fide* или *in dolo*, такъ какъ наибольшая его вина — *culpa lata*. Обыкновенно не допускается лишь объясненіе ошибки незнаніемъ запрещенія закона.

Далѣе, когда ошибка лица вызвана противозаконнымъ обманомъ его другимъ лицомъ, или употреблена этимъ послѣднимъ во зло, вслѣдствіе чего лицо, сдѣлавшее ошибку, потерпѣло ущербъ, то ему дается судебная защита — предоставленіемъ права иска или возраженія. Также умышленное, противозаконное

¹⁾ См. L. 20. D. de aqua pluv. (39, 3); L. 8. 9. C. de jur. et. f. igndr. (1, 18) и др.

введеніе кого-либо въ заблужденіе, или злоупотребленіе чужою ошибкою называется обманомъ, *dolus malus* (въ отличіе отъ *dolus bonus*, обмана безъ злаго умысла). Хотя обманъ не мыслимъ безъ ошибки, но не ошибка служитъ причиною судебной защиты противъ обмана, а лишь противозаконное дѣйствіе обманщика, почему свойство самой ошибки также лишено всякаго значенія.

2) Исключенія, допускаемыя ради извинительныхъ только ошибокъ. Сюда относится *bona fides*, какъ основаніе нѣкоторыхъ видовъ приобрѣтенія (давности, приобрѣтенія плодовъ) Подъ именемъ *bona fides* разумѣется убѣжденіе лица въ правотѣрности того положенія, въ которомъ оно находится; убѣжденіе это можетъ быть основано на ошибочныхъ данныхъ, вслѣдствіе чего извиняется ошибка лица, вытекшая изъ этого убѣжденія; *bona fides* слѣдуетъ отличать отъ простаго отсутствія недобросовѣстности (*mala f.*), такъ какъ и это послѣднее носитъ иногда тоже названіе, хотя не имѣетъ никакого положительнаго содержанія, а представляетъ лишь отсутствіе сознанія несправды. Невѣдніе какого-нибудь обстоятельства служитъ основаніемъ *condictio indebiti*, адильскихъ исковъ. Но и здѣсь не принимается въ расчетъ невѣдніе, само по себѣ предосудительное.

Тоже самое должно сказать и по отношенію къ путативному браку ¹⁾, къ изъятію по *S. C. Macedonianum* (незнанію того, что извѣстное лицо есть *filius familias*) и по *S. C. Vellejanum* (незнаніе того, что женщина принимаетъ на себя интерпессію).

Относительно нѣкоторыхъ видовъ давности постановлено, что теченіе ея приостанавливается для лицъ невѣдущихъ, но и въ этомъ случаѣ заблужденіе должно быть извинительное напр. при приобрѣтеніи вслѣдствіе давности *bonorum possessio*, при *beneficium inventarii* и т. д.

Кромѣ всѣхъ этихъ случаевъ, при упущеніяхъ, происшедшихъ вслѣдствіе заблужденія, можетъ примѣняться *in integrum restitutio*, опять таки подъ вышеуказаннымъ условіемъ извинительности ошибки. И такъ, во всей второй категоріи исключеній прежде всего спрашивается: извинительно ли заблужденіе (*justus, probabilis error*) или нѣтъ. На разрѣшеніе этого вопроса имѣетъ громаднѣйшее вліяніе предметъ ошибки: ошиблось ли лицо относительно закона, или относительно факта, *error juris, error facti*; напр. нѣкто можетъ думать, что онъ не наслѣдникъ: 1) вслѣдствіе незнанія о смерти своего род-

¹⁾ L. 4. C. de incest. nupt. (5, 5); L. 57. §. 1. D. de R. N. (23, 2).

Прим. изд.

ственника, 2) вследствие предположенія, что по закону преимущество въ наследованіи имѣть другое лицо.

1) Заблужденіе относительно закона не извинительно; оно влечетъ за собой извѣстныя невыгоды для лица, сдѣлавшаго ошибку, не предоставляя ему тѣхъ преимуществъ, которыя влечетъ за собой ошибка извинительная. Отъ всякаго лица должно требовать знанія законовъ въ той мѣрѣ, въ какой они ему бываютъ нужны въ жизни; незнаніе ихъ восполняется возможностью справиться въ сводахъ по поводу каждаго отдѣльнаго случая; не простительна небрежность того, который не воспользовался этою возможностью и вследствие этого потерпѣлъ убытки.

Исключенія:

a) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда послѣдствіемъ ошибки могла бы быть потеря права собственности, за лицомъ, впадшимъ въ заблужденіе, необходимо признать право ссылаться на ошибку, для того чтобы избавить его отъ убытка, еще окончательно не причиненнаго. Сюда относятся: *indebite* данное обѣщаніе и признаніе кого-нибудь сонаслѣдникомъ ¹⁾. Нѣкоторые ученые вполне ошибочно полагали, что этимъ исключеніемъ вполне отмѣняется самое правило объ отличіи ошибки къ праву отъ ошибки въ фактъ.

b) Нѣкоторымъ лицамъ прощается въ извѣстныхъ случаяхъ ошибка относительно закона (*jus ignorare permissum est*): женщинамъ, людямъ, въ силу своего общественнаго положенія принадлежащимъ къ разряду необразованныхъ, и солдатамъ, при томъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) при совершеніи такихъ дѣйствій, которыя запрещаются не естественнымъ чувствомъ человека, а положительнымъ закономъ; эти дѣйствія извиняются всѣмъ поименованнымъ лицамъ; 2) при пропускѣ срока, назначеннаго для пріобрѣтенія наследства; это преимущество принадлежитъ только послѣднимъ двумъ категоріямъ лицъ и положительно отнято у женщинъ; 3) при платежѣ долга, принятаго на себя лицомъ *contra S. C. Vellejanum*; это конечно относится только къ женщинамъ; 4) при принятіи недостаточнаго поручительства, у женщинъ.

Гораздо болѣе извиняется незнаніе законовъ несовершеннолѣтнимъ, что обусловливается установленною для этихъ лицъ всеобщю *in integrum restitutio propter aetatem*, предоставленною имъ въ случаѣ убытковъ, происшедшихъ какъ отъ незнанія законовъ, такъ и вообще отъ всякаго рода невѣднія и

¹⁾ Къ этимъ двумъ случаямъ слѣдуетъ прибавить общія правила, высказанныя въ *L. 1 pr. D. ut in poss. leg* (36. 4), *L. 79. D. de leg. II.* (31), ср. *L. 7. 8. D. de jur. et f. ign.* (22, 6) и прим. III.

легкомыслия. Означенное преимущество несовершеннолѣтнихъ ограничивается впрочемъ исключительно областью этой *in integrum restitutio*; поэтому необходимо отвергнуть мнѣнiе, будто *error juris* извиняется несовершеннолѣтнимъ при давности (*usucapio*) и при приобрѣтенiи плодовъ ¹⁾.

с) Некоторые законы по самому характеру своему весьма легко могутъ быть неизвѣстны большинству, вслѣдствiе чего и ошибка относительно ихъ представляется извинительною. Таковы всѣ законы, основанные на произволѣ законодателя и потому само собой не предполагаемые, далѣе—законы не достаточно обнародованные, вслѣдствiе чего невѣдѣнiе ихъ также представляется извинительнымъ; кромѣ того сюда же относятся чужое право, мѣстныя права дальнихъ областей, наконецъ спорныя законы; никому нельзя вѣнѣить въ вину ошибку относительно истиннаго смысла закона, когда сами юристы сомнѣваются въ немъ.

d) Наконецъ извиняется такого рода *error juris*, который состоитъ лишь въ неудачномъ примѣненiи закона къ данному случаю, такъ какъ правильность примѣненiя обуславливается особой наукой или искусствомъ, которыя не могутъ быть достоянiемъ всякаго. Напр. кто-нибудь при *condictio indebiti* считаетъ себя должникомъ, не смотря на то, что ему извѣстна возможность освобожденiя отъ долга, вслѣдствiе удовлетворенiя кредитора другимъ лицомъ; но обстоятельства могли для должника сложиться такъ, что у него существовало сомнѣнiе въ возможности такого освобожденiя въ данномъ именно случаѣ.

Error juris, при неопредѣленности самаго закона или же его примѣненiя, упомянутыхъ въ двухъ послѣднихъ пунктахъ, извиняется подъ однимъ еще условiемъ, а именно, чтобы лицо, впавшее въ ошибку, не имѣло прежде возможности ознакомиться съ законами ²⁾.

¹⁾ Мнѣнiе это разделяетъ напр. Гавианъ, *System*, III, стр. 481.

²⁾ L. 9. §. 3. D. de jur. et f. ign. (22, 6): *Sed juris ignorantiam non prodesse. Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.* Слово *quod raro accipiendum est* не относится къ предположенiю *ut cui facile etc.*, а къ мнѣнiю Лабеева вообще, который въ своемъ изъясненiи, повидимому, заходитъ слишкомъ далеко. Мысль юриста такова: не слѣдуетъ начинать съ правила, что ошибка относительно закона, сдѣланная лицомъ свѣдущимъ въ законахъ, или имѣвшимъ возможность ознакомиться съ ними, неизвинительна; такъ, впрочемъ, говорилъ Лабеевъ (и изъ него, не вѣнѣнiе юристы); если бы это было такъ, неизвинительность ошибки являлась бы весьма рѣдкимъ исключенiемъ. Напротивъ, принятiе ошибки въ расчетъ представляется исключенiемъ болѣе рѣдкимъ, такъ какъ

Ошибки въ фактъ вообще извинительны; но и это правило допускаетъ исключенія для тѣхъ случаевъ, когда ошибка прямо произошла вслѣдствіе необдуманности и крайней небрежности, напр. по отношенію къ самому простому, общеизвѣстному факту. Не извиняется, по общему правилу, и *error facti propterii*. Глупость лица не должна доставлять ему преимущества.

В. Содержаніе юридическихъ сдѣлокъ.

§ 58 ¹⁾.

Воля дѣйствующаго лица опредѣляетъ содержаніе юридической сдѣлки. Содержаніе это можетъ быть существеннымъ, необходимымъ для бытія сдѣлки, такъ что воля лица, несоответствующая этому содержанію, можетъ уничтожить или измѣнить самую сдѣлку (такъ наз. *essentialia negotii*). Кроме того съ извѣстною юридическою сдѣлкою можетъ быть связано нѣкоторое, хотя и несущественное содержаніе (такъ наз. *naturalia negotii*); оба эти вида содержанія сдѣлокъ представляютъ ту общую черту, что они неразрывно связаны съ бытіемъ юридической сдѣлки и разумѣются сами собой, безъ особаго выраженія воли; но *naturalia negotii* отличаются отъ существеннаго содержанія тѣмъ, что допускаютъ полный просторъ воли лица и произвольныя измѣненія безъ опасности для бытія самой юридической сдѣлки. Наконецъ, сдѣлка можетъ имѣть случайное, основанное на особомъ распоряженіи контрагентовъ, содержаніе, которое не только не существенно, но даже и не предполагается (такъ наз. *accidentalia negotii*).

Опредѣленія (*Bestimmungen*) юридической сдѣлки, образующія собою ея содержаніе, представляются частью главными, нормирующими самую цѣль сдѣлки, частью второстепенными, побочными, измѣняющими или охраняющими бытіе, дѣйствіе, характеръ главныхъ опредѣленій сдѣлки. Изъ этихъ второстепенныхъ опредѣленій юридическихъ сдѣлокъ особенно слѣдуетъ замѣтить: условія, опредѣленія времени (сроки) и *modus*; всѣ остальные виды побочныхъ опредѣленій сдѣлки разумѣются подъ однимъ общимъ именемъ *clausulae*.

нельзя часто предположить, чтобы кто-нибудь могъ безъ своей вины не знать закона (такъ какъ всякій обязанъ знать законъ на столько, на сколько это ему необходимо въ жизни), и что кроме того не имѣлъ возможности ознакомиться съ законами, когда сомнѣвался относительно ихъ примѣненія.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

Условія ¹⁾.

§ 59.

Терминъ условіе, *conditio*, употребляется въ обширномъ и въ тѣсномъ смыслѣ, такъ что есть множество ступеней условій. Условіемъ называется:

1) Все, само собой предполагающееся въ сдѣлкѣ (*Voraussetzung*); сюда относятся *juris conditiones*, юридическія предположенія, *conditiones tacitae*, напр. при назначеніи приданого предполагается вступленіе въ бракъ. По своимъ послѣдствіямъ эти предположенія сходны съ условіями въ собственномъ смыслѣ, однако отнюдь не слѣдуетъ примѣнять къ нимъ теоретическихъ правилъ объ обратной ихъ силѣ (*Retrotraction*).

2) Предположенія, дѣлаемые наѣвренно, *facti conditiones*; это—условія въ истинномъ смыслѣ слова.

3) Предположенія, отъ которыхъ исполнѣ или отчасти представляется въ зависимость бытіе юридической сдѣлки или ея объекта. Ими исключается возможность другихъ побочных опредѣленій, именно *modus*^а. Въ этомъ смыслѣ условія подраздѣляются на *conditiones in praeteritum*, *praesens*, *futurum conceptae*.

4) Истиннымъ условіемъ является только *conditio in futurum concepta*, т. е. когда значеніе условія получаетъ какое-либо будущее обстоятельство.

5) Для дѣйствительной наличности условія необходима неизвѣстность условнаго обстоятельства. Условіемъ не можетъ быть постановлено ни такое обстоятельство, которое необходимо наступитъ, *conditio necessaria*, ни такое, которое наѣврно не наступитъ, *conditio impossibilis*. Условіемъ можетъ быть назначено какъ наступленіе, такъ и ненаступленіе какого-либо обстоятельства, при чемъ для обоихъ случаевъ необходима неизвѣстность наступленія условнаго событія. Впрочемъ неизвѣстность эта не предполагаетъ непременно случайности событія; на этомъ основывается дѣленіе условій на *conditiones casuales*, *potestativae*, *mixtae* ²⁾

¹⁾ Въ учебникѣ условіе опредѣляется слѣдующимъ образомъ: *conditio* есть предположеніе будущаго неизвѣстнаго обстоятельства, въ зависимость отъ котораго воля дѣйствующаго лица поставляетъ бытіе юридической сдѣлки и ея содержаніе, исполнѣ или только отчасти.

²⁾ L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6, 51).

Случайнымъ условіемъ называется такое, наступленіе котораго нисколько не зависитъ отъ того лица, для котораго оно установлено, при чемъ вполне безразлично, будетъ ли оно независимо отъ человѣческой воли вообще (напр. если въ будущемъ году будетъ урожай, если я не пострадаю отъ градобитія), или же будетъ зависеть отъ воли третьяго лица (напр. если А. продать свою землю). Если для наступленія условія необходимо (положительное или отрицательное) дѣйствіе того лица, для котораго оно установлено и такимъ образомъ само условіе прямо поставлено въ зависимость отъ его воли, то оно будетъ *потестативнымъ* условіемъ, *conditio quae in potestate ejus est* (напр. *si volueris*, если ты не откажешься жениться на такой-то особѣ). Но если съ такимъ потестативнымъ условіемъ будетъ связано еще какое-нибудь случайное событіе, то условіе называется *mixta* или *promiscua*.

Провести вообще грань между двумя послѣдними видами условій трудно, даже невозможно. Только отрицательное условіе абсолютно можетъ мыслиться зависящимъ отъ одной нашей воли (напр. если ты не женишься на такой-то особѣ). Всякое положительное условіе абсолютно подвержено случайности, даже напр. условіе *si volueris* (см. выше второй примѣръ), такъ какъ исполняющій его можетъ сойти съ ума, или *si capitolium ascenderit*, такъ какъ къ этому можетъ встрѣтиться препятствіе со стороны высшей власти. Поэтому-то нѣкоторые римскіе юристы называли этотъ видъ условій *promiscua conditio*, причисляя къ нимъ и потестативныя условія. При различіи этихъ двухъ видовъ условій, весь вопросъ сводится къ тому, придадо ли лицу, установившее условіе, преимущественное значеніе воли исполнителя, вслѣдствіе чего исполненіе слѣдуетъ считать зависящимъ какъ бы отъ нея одной, или же оно признавало за самымъ фактомъ исполненія по меньшей мѣрѣ одинаковую важность, какъ и за волею исполнителя.

Исполненіе условія ¹⁾.

§ 60.

Условіе считается выполненнымъ, когда совершилось то, что должно было совершиться, согласно воли лица, установившаго

¹⁾ Условная сдѣлка находится въ неопредѣленномъ состояніи до разрѣшенія условія (*conditio pendente*); это разрѣшеніе является для исполненія, наступленія условія (*conditio existit, impletur*); или не наступленіемъ, неисполненіемъ его (*conditio deficit*).
Изъ Пандектъ.

условіе (Disponent). При положительномъ условіи такимъ исполненіемъ будетъ наступленіе извѣстнаго положительнаго обстоятельства, при отрицательномъ—ненаступленіе того, что поставлялось въ условіе. Отрицательное условіе считается выполненнымъ только тогда, когда условное обстоятельство не можетъ наступить вовсе, или не можетъ наступить такимъ именно образомъ, какъ это было установлено. Укажемъ здѣсь нѣсколько основныхъ правилъ, по которымъ слѣдуетъ обсуждать исполненіе условій.

1) Все, касающееся выполнения условія, есть *quaestio facti*, при чемъ слѣдуетъ обращать вниманіе не на слова, а на волю диспозитора; когда напр. условіемъ поставлено, чтобы лицо умерло бездѣтнымъ, то здѣсь слѣдуетъ разумѣть лишь отсутствіе дѣтей родныхъ, а не усыновленныхъ.

2) Потестативное условіе должно быть выполнено, какъ только это становится возможнымъ, иначе оно считается неисполненнымъ.

3) Если условіе поставлено въ зависимость только отъ одной доброй воли лица, то его слѣдуетъ считать выполненнымъ уже въ томъ случаѣ, когда со стороны этого лица не представляется ничего такого, что уничтожило бы возможность исполненія, хотя бы это послѣднее сдѣлалось немыслимымъ вслѣдствіе какого-нибудь случайнаго обстоятельства. Но это правило не можетъ быть примѣнено къ такому условію, для исполненія котораго требуется какое-либо положительное дѣйствіе; въ этомъ случаѣ скорѣе слѣдуетъ признать необходимымъ дѣйствительное наступленіе того послѣдствія, которое имѣлъ въ виду диспозиторъ, до тѣхъ поръ пока не будетъ доказано противоположное намѣреніе ¹⁾; условіемъ напр. назначено, чтобы

1) *L. 54. §. 2. D. de leg. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. L. 23. §. 2. ad l. Aquil. (9, 2): Iulianus scribit, si institutus fuero sub conditione: si Stichum manumisero, et Stichus sit caecus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem oculi defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrosum quanti plurimi fuit, inspicitur. Во второй цитатѣ признается недействительность назначенія наследника, въ первой же, повидимому въ тождественномъ случаѣ, она не признается. Въ чемъ же здѣсь различіе? Можно было бы думать, что оно заключается въ предположеніи, высказанномъ словами первой цитаты, quia per te non stetit etc., во второй же случаѣ вина лица, связаннаго условіемъ, состоитъ какъ бы въ проволочкѣ. Но противъ такого взгляда необходимо сказать, 1) что ничего такого въ цитатахъ не говорится и 2) что даже упоминается о случаѣ убійства раба до смерти завѣщателя, когда естественно не могло быть и рѣчи о проволочкѣ. Хотя во второй цитатѣ и отвергается aestimatio оставша-*

А женился на В, но эта последняя умирает до свадьбы; если бы диспONENTЪ имѣлъ въ виду одну добрую волю А, то условіе въ этомъ случаѣ слѣдовало бы считать исполненнымъ; но здѣсь необходимо признать, что диспONENTЪ требовалъ дѣйствительнаго исполненія, т. е. заключенія брака, а потому условіе слѣдуетъ считать ненаступившимъ.

4) Доказывать исполненіе условія лежитъ на обязанности того, кто на этомъ исполненіи основываетъ какія-либо права. Если же не можетъ быть доказано лишь одно какое-нибудь побочное обстоятельство, сопровождающее наступленіе условія и вслѣдствіе этого самый вопросъ о наступленіи или ненаступленіи условія является спорнымъ, то въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ слѣдуетъ признавать *benignior sententia* и рѣшать вопросъ въ пользу исполненія; напр. условіемъ поставлено, чтобы первенецъ отъ брака былъ мальчикомъ; между тѣмъ родятся два близнеца разнаго пола и нѣтъ возможности опредѣлить, который изъ нихъ родился прежде.

5) Когда диспONENTЪ назначеніемъ извѣстнаго условія предоставилъ нѣкоторыя выгоды третьему лицу, а между тѣмъ это послѣднее препятствуетъ наступленію условія, то такое дѣйствіе его должно считаться отказомъ отъ предстоящихъ ему выгодъ, равносильнымъ самому полученію ихъ, а потому и условіе слѣдуетъ признать исполненнымъ.

6) Когда извѣстное лицо, на которое подъ условіемъ возложено то или другое обязательство, само намѣренно препятствуетъ наступленію условія, то это послѣднее можетъ считаться не наступившимъ, напр. когда довѣритель не ратифицируетъ сдѣлки, а повѣренный склоняетъ его къ ратификаціи. Если же такое противодѣйствіе обязаннаго условіемъ лица не имѣлось въ виду, то условіе признается фиктивно исполненнымъ ¹⁾.

гося наследства, но не потому, чтобы въ данномъ случаѣ не утрачивалось право наследованія, а потому, что самой *aestimatio* противорчатъ основныя правила Агвиліева закона. Итакъ обѣ цитаты не противорчатъ другъ другу, а лишь взаимно восполняются; вся разница между ними заключается въ намѣреніи наследодателя.

¹⁾ L. 161. D. de R. I. (50, 17): *In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Ulpian.* Могло бы казаться, что, благодаря дополненію *per promissorem factum est* и пр., сюда же относится и L. 24. D. de cond. (35, 1): *jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset.*

Напр. доверенный, заключая сдѣлку, обязывается отвѣтствовать по ней отъ своего лица, если доверитель не ратифицируетъ ея. Въ этомъ случаѣ воздѣйствіе повѣреннаго на доверителя прямо принято въ расчетъ, а потому нельзя считать условіе наступившимъ, если доверитель, первоначально отказавшійся отъ ратификаціи, впоследствии, благодаря убѣжденію повѣреннаго, все-таки ратифицируетъ сдѣлку ¹⁾).

7) Невозможность исполненія условія обуславливаетъ признаніе его ненаступившимъ. Здѣсь, конечно, предполагается условіе вполне дѣйствительное, иначе о наступленіи или ненаступленіи его не можетъ быть и рѣчи. Теперь необходимо перейти къ ученію о невозможныхъ условіяхъ.

Терминъ *условіе* имѣетъ двойное значеніе; условіемъ называется 1) то обстоятельство, отъ котораго поставлена въ зависимость юридическая сдѣлка, и 2) самое установленіе, назначеніе такого обстоятельства. Опредѣлительное слово „невозможное“ можетъ относиться или къ обстоятельству (*условіе невозможное*, не могущее быть исполненнымъ, *unmoegliche Bedingung*), или къ назначенію условія (*условіе недѣйствительное*, не могущее быть назначеннымъ, *unstatthafte Bed.*). Мы исходимъ отъ послѣдняго понятія.

Условіе недѣйствительно

1) Въслѣдствіе невозможности его исполненія, это—невозможное условіе въ первомъ и собственномъ смыслѣ слова, *conditio impossibilis*. Здѣсь собственно нѣтъ условія, такъ какъ не существуетъ неизвѣстности. Необходимо различать два вида невозможныхъ условій: а) условія, наступленіе которыхъ физически невозможно, напр. проѣхать изъ Берлина въ Магдебургъ по желѣзной дорогѣ въ 15 минутъ, или (отрицательно) если солнце болѣе не взойдетъ; условіе, которымъ требуется, чтобы что-либо невозможное не произошло, *conditio necessaria*, также не составляетъ условія; б) условія, наступленіе которыхъ юридически невозможно, которыя не могутъ быть исполнены по

Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Julian. и что здѣсь также слѣдуетъ вставить частицу non, тѣмъ болѣе что оба дѣтаты поразительно сходны. Предложеіе quibus exemplis—pareret, не имѣетъ здѣсь особаго значенія, такъ какъ оно встрѣчается въ другихъ мѣстахъ. Но это вовсе не такъ. Цитированное мѣсто предполагаетъ, что promissor что нибудь непременно получить, такъ что можно сказать, что онъ заинтересованъ какъ въ исполненіи, такъ и въ неисполненіи условія.

¹⁾ Ср. L. 12. §. 2. D. ratam rem (46, 8).

Прим. изд.

юридическимъ основаніемъ, напр. если ты продашь *res sacra* или *publica*, если ты уплатишь долгъ, который не существуетъ.

Возможно двойное отношеніе къ недѣйствительнымъ условіямъ: 1) хотя такое условіе само по себѣ и недѣйствительно, однако невозможность его исполненія имѣетъ одинаковыя послѣдствія, какъ и неисполненіе условія дѣйствительнаго, т. е. право, поставленное въ зависимость отъ такого условія, считается несуществующимъ. Такое рѣшеніе вопроса, вообще говоря, наиболее соответствуетъ самому акту назначенія условія и должно быть считаемо общимъ правиломъ; 2) такъ какъ условіе недѣйствительно, то оно считается вполне ничтожнымъ, *pro non scripta habetur*. Такой взглядъ имѣетъ при завѣщательныхъ распоряженіяхъ и подкрѣпляется тѣмъ соображеніемъ, что въ нихъ необходимо прежде всего признать намѣреніе завѣщателя оставить что-либо въ пользу лица, такъ что встрѣтившееся въ завѣщаніи невозможное условіе является непонятнымъ осложненіемъ и потому должно быть уничтожено. Здѣсь возникаетъ вопросъ, такъ же ли должно поступать при затрудненіи исполнить условіе, равносильномъ полной невозможности исполненія (неисполнимое условіе, *unerschwingliche Bed.*)? Отвѣтъ долженъ быть утвердительный, если невозможность является только индивидуальной; однако сюда не можетъ быть отнесенъ тотъ случай, когда невозможность исполненія условія наступила уже впоследствии; условіе это само по себѣ дѣйствительно, но считается неисполненнымъ.

2) Вслѣдствіе недовольнаго содержанія; таковы условія, поощряющія дѣйствія противузаконныя или безнравственныя, влекущія за собою ущербъ для лицъ, неисполнившихъ ихъ, и выгоду для исполнителей, *conditiones turpes*, напр. условіе совершить преступленіе, или относиться непочтительно къ родителемъ. Назначеніе такого условія само по себѣ уже безнравственно. Условіе, которымъ хотя и не требуется что-либо безнравственное, но которое, по своему скрытому порочному мотиву, дѣлаетъ безразличное дѣйствіе безнравственнымъ, будетъ также *conditio turpis*. Точно также и намѣреніе вовлечь кого-либо въ безнравственное дѣйствіе дѣлаетъ условіе постыднымъ, напр. запрещеніе брака (впрочемъ условіе, чтобы дѣвица или вдова не выходила замужъ, можетъ имѣть своимъ основаніемъ или заботу диспенса о ней, или же предположеніе его, что бракъ ея повлечетъ за собой потерю ея расположенія), запрещеніе отлучки съ извѣстнаго мѣста, условіе перемѣнить религію. Впрочемъ безнравственность этого послѣдняго условія весьма часто ограничивали лишь принятіемъ какой-либо запрещенной религіи. Однимъ словомъ, если мотивомъ назначенія

условія служить желаніе диспонаента оказать свое вліяніе воздѣйствіе на такіе поступки лица, которые должны основываться лишь на внутреннемъ его убѣжденіи, то такое условіе должно считаться постыднымъ, безнравственнымъ. Другое дѣло, если напр. побудительной причиной къ назначенію условія служить забота о лицѣ, которое, вслѣдствіе перемѣны религіи, отлучен и пр., могло потерять извѣстныхъ средства къ жизни. Послѣдствія разсматриваемаго вида условій одинаковы съ послѣдствіями невозможныхъ условій. Договоры, заключенные подъ такими условіями, недействительны, потому что въ безнравственности принимали участіе обѣ договаривавшіяся стороны и что самое назначеніе такого условія есть уже безнравственность. При завѣщательныхъ распоряженіяхъ лицо, награжденное подъ такимъ условіемъ, представляется невиннымъ и потому не должно нести отвѣтственности за безнравственное дѣйствіе завѣщателя. Совершенно особо обсуждается встрѣчающаяся въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ, *conditio jurisjurandi*, то есть - условіе обѣщать что-либо подъ клятвою. Условіе это само по себѣ считалось бы исполненнымъ, если бы клятва была дана лицомъ обязаннымъ (здѣсь еще нѣтъ безнравственности), дѣйствительное же исполненіе его зависѣло бы тогда отъ произвола лица, которому въ завѣщаніи назначено что-либо подъ такимъ условіемъ. Но если завѣщатель не имѣетъ никакого особаго интереса въ исполненіи этого условія, тогда оно является злоупотребленіемъ клятвою (вовлеченіемъ въ клятвопреступленіе), если же оно для него важно, въ такомъ случаѣ оное избрано нечестное средство для достиженія своей цѣли. Обыкновенно держатся послѣдняго взгляда и условіе уничтожается; лицо же, для котораго оно назначено, все-таки обявлено его исполнить, такъ что условіе превращается въ *modus*.

3) Вслѣдствіе несоотвѣтствія со сдѣлкой. Бываютъ юридическія дѣйствія, съ природою которыхъ несовмѣтна условность: принатіе наслѣдства, *auctoritas tutoris*, *datio tutoris*, *adoptio*, заключеніе брака, лишеніе наслѣдства. Другія юридическія дѣйствія допускаютъ лишь извѣстнаго рода условія, напр. при назначеніи въ завѣщаніи законнаго наслѣдника возможны одни потестативныя условія. Съ каждою сдѣлкой несовмѣтна такъ называемая *conditio perplexa*, т. е. условіе, противорѣчащее сущности сдѣлки, напр. отказъ по завѣщанію чего-либо подъ условіемъ потери права составлять завѣщанія (въ томъ смыслѣ, что лицо все-таки можетъ дѣлать отказы, хотя лишено права назначать наслѣдника), или я отказываю тебѣ все мое имущество съ тѣмъ условіемъ, чтобы все-таки кое-что осталось моимъ законнымъ наслѣдникамъ. Во всѣхъ нечисленныхъ случаяхъ

несоответствія сдѣлки съ условіемъ самая сдѣлка становится недействительною; условныя завѣщательныя распоряженія въ данномъ случаѣ не составляютъ исключенія:

Дѣйствіе условія.

§ 61.

Отъ условія всегда находится въ зависимости существованіе всей сдѣлки, или какой-нибудь составной части ея. Однако необходимо замѣтить возможность различія въ положеніи сдѣлки *conditione pendente*; на этомъ различіи основано дѣленіе условій на *резолютивныя* и *суппенсивныя*.

Условіе можетъ быть поставлено такимъ образомъ, что отъ него зависитъ возникновеніе известнаго юридическаго отношенія, *negotium conditionale, sub conditione contrahitur*, это условіе отдѣляетъ существованіе сдѣлки и называется *суппенсивнымъ*. *Pendente conditione*, данное юридическое отношеніе не существуетъ (нѣтъ обязательства, нѣтъ собственности), однако условная сдѣлка порождаетъ связь известнаго юридическаго отношенія съ будущимъ наступленіемъ условія, такъ что произвольно отказаться отъ сдѣлки нельзя, ибо бытіе или небытіе ея находится въ неизвѣстности, только ненаступленіе условія разрѣшаетъ это состояніе окончательно. Исполненіе условія даетъ дѣйствительное бытіе юридическому отношенію, оно превращаетъ прежнюю неизвѣстность въ прочую дѣйствительность, оно представляетъ положеніе юридически прежде существовавшее—наличнымъ. Отъ того бытіе юридическаго отношенія считается не со времени наступленія условія, но съ момента заключенія условной сдѣлки: *conditio existens retrotrahitur ad initium negotii*, какъ будто-бы наступленіе условнаго обстоятельства было навѣрно известнымъ съ самаго начала. Это вполне соответствуетъ естественному намѣренію лица, установившаго условіе: я даю кому-нибудь что-либо подъ известнымъ условіемъ; мое намѣреніе, чтобы лицо получило даруемое тотчасъ же, лишь бы оно исполнило условіе. Поэтому вполне неправильными представляются взгляды Тибо на указанное правило, какъ на особенность римскаго права, и попытки его ограничить это правило ¹⁾.

¹⁾ Безусловное призываніе (открытаго лица глоссаторами) догмата ретроградціи было бы конечно особенностію римскаго права въ вопросѣ (*quaestio voluntatis*): дѣйствительно ли воля лица съ момента исполненія ея или съ момента ея выраженія? Ибо такова на самомъ дѣлѣ точка зрѣнія тѣхъ мѣстъ

Необходимо однако замѣтить, что только то получаетъ обратную силу, что поставлено въ зависимость отъ условія; когда напр. передается подъ условіемъ не право собственности, а лишь право требованія, то естественно обратную силу получаетъ не собственность, а требованіе: напр. когда я общаю *sub conditione* отдать свой домъ.

Кромѣ этого, дѣйствіе ретротракціи заключается въ слѣдующемъ:

1) Лицо, управомоченное подъ условіемъ къ чему-либо, считается субъектомъ по отношенію къ распоряженіямъ прежняго субъекта права. То же слѣдуетъ сказать и объ отказахъ по завѣщанію. Наслѣдникъ не считается собственникомъ отказанной кому-либо вещи, а потому его распоряженія этою вещью признаются *ipso jure* ничтожными. Отступленіе представляетъ лишь тотъ случай, когда бытіе условія поставлено въ зависимость отъ воли прежняго субъекта, которому предстоитъ потерять свое право, или отъ воли лица, состоящаго *sub conditione* должникомъ. Здѣсь нельзя признать ретротракцію входящею въ наміренія лица, такъ какъ отъ него зависѣло, если бы онъ желалъ тотчасъ же сдѣлать юридическій актъ дѣйствительнымъ, допустить въ то же время самое наступленіе условія.

2) Другимъ послѣдствіемъ ретротракціи является и то, что всѣ выгоды и плоды, полученные отъ вещи въ промежуточный періодъ времени, *existente conditione* считаются собственностью того лица, которое есть условный субъектъ права. Исключеніе представляютъ завѣщательные отказы, хотя это исключеніе часто выражали слишкомъ обще—будто въ отказахъ ретротракція вовсе не имѣетъ мѣста ¹⁾. Обратное дѣйствіе ретротракціи мо-

источниковъ, которые отрицаютъ ретротракцію какъ вообще, такъ и въ примененіи къ препятствіямъ дѣйствительности сдѣлокъ. L. 2. D. de M. C. D. (39, 6), L. 8. pr. D. de regis. (18, 6), L. 3. 4. D. de reg. Cat. (34, 7). Остальные аргументы, которые приводились въ послѣднее время противъ ретротракціи, не имѣютъ рѣшающаго значенія: L. 7. pr., L. 9. pr. D. de jure dot. (23, 3) касается простой *conditio juris*, L. 14. §. 3., L. 22. pr. D. quando dies (36, 2) отрицаютъ не ретротракцію, а наступленіе условія.

¹⁾ Сюда слѣдуетъ отнести: L. 42. pr. D. de O. et A. (44, 7): *Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Итакъ *placet* — *creditorem esse* не значитъ, что онъ еще прежде былъ кредиторомъ, но что онъ *impleta conditione* долженъ считаться какъ будто уже бывшимъ имъ въ то время. Истинный смыслъ и связь (по заголовку §. 1. L. 42. cit. и L. 2. D. de cess. bon. (42, 3), L. 134. pr. D. de R. J. (50, 17), взятыхъ изъ той же книги) скрѣпе будутъ слѣдующіе: вопросъ состоялъ въ томъ, вл. правъ ли *conditionalis creditor* (L. 54. 55. D. de V. S. 50, 16) оспаривать до наступленія

жетъ быть устранено и въ сдѣлкахъ *inter vivos* по волѣ сторонъ, ясно обнаруженной, такъ что ретротракція окажется на эти сдѣлки дѣйствию, указанное только въ 1-мъ пунктѣ.

При назначеніи наследниковъ о ретротракціи не можетъ быть и помину, такъ какъ вопросъ о ней устраняется основнымъ правиломъ наследованія, что каждый наследникъ, когда бы онъ ни приобрѣталъ наследство, считается таковымъ съ момента смерти наследодателя. Это правило относится какъ къ безусловному назначенію наследниковъ, такъ и къ назначенію ихъ *sub conditione*. Итакъ, что въ другихъ юридическихъ актахъ обуславливается вышеуказаннымъ правиломъ ретротракціи, то при назначеніи наследника является необходимостью, заключающеюся въ самой природѣ наследственнаго права.

Второй случай при назначеніи условія — поставленіе отъ него въ зависимость прекращенія извѣстнаго юридическаго отношенія. Сдѣлка заключена уже *in conditionem*, поэтому она не можетъ собственно считаться условною, она — безусловна. Условіе такого рода называется *резолутивнымъ*. *Pendente conditione*, данное юридическое отношеніе существуетъ, неизвѣстность его продолжительности не препятствуетъ ему въ настоящее время быть дѣйствительнымъ. Незавѣстность эта прекращается съ наступленіемъ условія (*Defizienz*) и продолжительность бытія юридическаго отношенія дѣлается определенной. Наступленіе условія уничтожаетъ данное юридическое отношеніе, притомъ такимъ образомъ, что самое бытіе этого отношенія до момента наступленія условія становится какъ бы кажущимся. Другими словами: ретротракція примѣняется и къ условію резолутивному, т. е. данное юридическое отношеніе считается какъ бы вовсе несуществовавшимъ. Но и въ этомъ случаѣ возможны отступленія по волѣ сторонъ, напр. относительно возвращенія собранныхъ плодовъ, которое по общему правилу обязательно. Особый случай указанъ въ концѣ §. 263.

Резолутивное условіе, для того чтобы оказывать свое дѣйствіе, должно быть поставлено при самомъ заключеніи сдѣлки,

условія сдѣлки, которыми умаляются права кредиторовъ? Юристъ отвѣчаетъ отрицательно по отношенію къ легатарію, назначенному *sub conditione*, такъ какъ онъ получаетъ право требованія лишь послѣ наступленія условія; отвѣтъ его напротивъ положительный по отношенію къ вѣрителямъ, назначеннымъ условно въ договорѣ, такъ какъ они получили право требованія по договору и притомъ такимъ образомъ, что ихъ право, если они умрутъ *pendente conditione*, переходитъ къ ихъ наследникамъ, тогда какъ въ томъ же самомъ случаѣ право на легатъ прекращается, 27. *pr. D. qui et a quib. (40, 9)*.

Прим. изд.

нимъ обусловленной. Въ противномъ случаѣ оно будетъ имѣть значеніе особаго договора; оно явится соглашеніемъ о прекращеніи юридическаго отношенія, подъ известнымъ суспенсивнымъ условіемъ, напр. вѣритель, подъ такимъ-то условіемъ, не будетъ уже имѣть права требовать, или, подъ такимъ-то условіемъ, собственникъ вещи потеряетъ свое право собственности ¹⁾.

Сроки ²⁾.

§ 62.

Опредѣленіе времени можетъ, подобно условію, обозначать или 1) начало сдѣлки, *ex die, in diem (terminus a quo)*,— въ этомъ случаѣ оно аналогично съ суспенсивнымъ условіемъ, или же 2) оно можетъ, аналогично съ резолютивнымъ условіемъ, обозначать конецъ сдѣлки—*ad diem (terminus ad quem)*. Но дѣйствіе условій и сроковъ совершенно различно, такъ какъ отъ послѣднихъ зависитъ не бытіе, а осуществленіе юридическаго отношенія. Вѣритель *in diem* есть уже вѣритель, но ограниченный въ томъ, что не можетъ до известнаго времени осуществлять свое право требованія ³⁾.

Таково же точно положеніе дѣла и при назначеніи конечнаго срока сдѣлки: наступленіе его не прекращаетъ *ipso jure* даннаго отношенія, а только лишаетъ его силы, то есть устраняетъ его косвенно. Исключеніе представляютъ нѣсколько случаевъ, напр. *usufructus, societas, mandatum* и др. Древнѣйшее отличіе опредѣленій срока отъ условій заключается въ томъ, что они никакимъ образомъ не могутъ имѣть обратной силы.

Вслѣдствіе указаннаго различія между опредѣленіями времени (сроками) и условіями, необходимо установить строгое разграниченіе между ними. Вышній признакъ, заключающійся въ частицахъ *если и когда, si-cum*, не имѣетъ рѣшительнаго зна-

¹⁾ Смотри также конецъ §. 299 и L. 1, 2 D. de praescr. verb. (12, 5), L. 2. C. de pact. inter. emt. (4, 54). Ср. Савинья. III. §. 127.

²⁾ Сроку (*dies*) нѣтъ то общее съ условіемъ, что содержитъ въ себѣ будущее обстоятельство, отличается же отъ условія тѣмъ, что наступленіе этого обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію, а потому и *еяго* бытіе даннаго отношенія не находится въ неопредѣленности. *Dies incertus* есть условіе, выраженное лишь въ формѣ опредѣленія времени; *dies certus* бываетъ тогда, когда наступленіе обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію, хотя неизвѣстно, когда именно оно наступитъ. Изъ Пандектъ.

³⁾ L. 41. §. 1. D. de V. O. (45, 1): *dies adiectus efficit, ne praesenti die debeat, sed deberi utroque tempore in eadem sententia.*

значенія, такъ какъ условіе можетъ быть выражено въ формѣ опредѣленія времени, не ~~имѣя~~ ~~высши~~ ~~писи~~ отъ этого нисколько, напр. вмѣсто словъ „если ты женишься на А“ можно употребить выраженіе „въ день твоей женитьбы на А“.

Разница между ними заключается въ несомнѣнности бытія или наступленія извѣстнаго обстоятельства, которой не должно быть въ условіи, но которая необходима при назначеніи срока; то дополнительное опредѣленіе въ сдѣлкѣ (*Nebenbestimmung*), вслѣдствіе котораго самое бытіе юридическаго отношенія становится сомнительнымъ (*ungewisz*), будетъ условіемъ.

Относительно момента времени можетъ быть неизвѣстно 1) наступитъ ли онъ вообще (*das ob, an?*) и 2) когда именно онъ наступитъ (*das Wann, quando?*). *Dies* признается за *certus* не только когда извѣстно и то и другое, но и когда несомнѣнно, что онъ рано или поздно наступитъ, напр. день смерти, прекращеніе брака, погашеніе сѣчки, продолжительность перѣзда съ одного мѣста на другое. Итакъ, въ обохъ этихъ случаяхъ опредѣленіе времени въ сдѣлкѣ не можетъ считаться условіемъ. Напротивъ *dies incertus* признается условіемъ не только въ случаѣ неизвѣстности *an* и *quando* вмѣстѣ, но даже въ томъ случаѣ, если сомнительно одно *an*, напр. въ день твоего совершеннолѣтія (какъ конечный срокъ опеки это будетъ *dies*, такъ какъ не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что онъ наступитъ, потому что самая опека, въ случаѣ смерти опекаемаго до достиженія совершеннолѣтія, также прекращается до срока).

Выше мы сказали, что *dies certus an, incertus quando* есть *dies certus*. Такъ день смерти человѣка. Однако въ связи съ какимъ либо обстоятельствомъ онъ можетъ сдѣлаться *incertus*, когда напр. назначено, что А долженъ пережить В.

Если срокомъ полученія кѣмъ-либо отказа по завѣщанію назначенъ день смерти третьяго лица, то признано необходимымъ, чтобы легатарій пережилъ это послѣднее; такимъ образомъ тутъ является условіе ¹⁾. Другое дѣло, если полученіе зависитъ отъ дня смерти легатарія, такъ какъ не подлежитъ сомнѣнію, что онъ его долженъ пережить ²⁾.

Есть ³⁾ юридическія отношенія, которыя не допускаютъ опредѣленій времени, то есть сроковъ, такъвы: назначеніе наследника, принятіе наследства, назначеніе опекуна правительствомъ и проч. ⁴⁾.

1) L. 79 §. 1. D. de cond. (35,1).

2) L. 79. pr. eod.

3) Изъ Пандектъ.

4) L. 77. D. de R. J. (50,17).

Modus.

§ 63.

Modus представляется понятіем спорнымъ. Нѣкоторые считаютъ его добавочнымъ обязательствомъ, налагаемымъ на пріобрѣтателя. Многие ограничиваютъ примѣненіе его одними актами щедрости: дареніями и легатами; такое ограниченіе положительно невѣрно, такъ какъ онъ возможенъ напр. при отдачѣ квартиры внаймы, при чемъ нанимателю дается извѣстная сумма денегъ для тѣхъ или другихъ приспособленій ¹⁾. Но во всякомъ случаѣ modus слѣдуетъ отличать отъ эквивалентнаго дѣйствія (Gegenleistung) въ возмездныхъ сдѣлкахъ, такъ какъ первый есть добавочное опредѣленіе, а второе—опредѣленіе главное, существенное. Впрочемъ первое изъ указанныхъ опредѣленій понятія modus слишкомъ широко.

Modus есть такое добавочное опредѣленіе въ сдѣлкѣ, которымъ рекомендуется употребленіе чего-либо для извѣстной цѣли. Въ опроверженіе этого опредѣленія ссылались на *L. 1. C. de his qu. sub modo* (6,45) ²⁾, которымъ допускается возможность требовать выхода за мужъ за извѣстное лицо. Но хотя указанное мѣсто можетъ дѣйствительно подходить къ означенному понятію о modus, однако же въ немъ прямо сказано, что такое требованіе слѣдуетъ считать условіемъ. Нѣкоторые называли такое добавочное опредѣленіе *modus mixtus*, смѣшаннымъ съ условіемъ, въ отличіе отъ *modus purus*. (Но это подраздѣленіе совершенно излишне, потому что *modus mixtus*, какъ въ упомянутой цитатѣ, есть собственно условіе, кажушееся только модусомъ).

Modus выражается словомъ *ut*, съ тѣмъ чтобы, а условіе словомъ *si*, если; однако слѣдуетъ обращать главное вниманіе на наиѣреніе лица распоряджающаго. Въ *L. 1. cit* сказано, что

¹⁾ *L. 58. §. 2. D. locati* (19,2). Здѣсь однако modus не является обоимъ юридическимъ институтомъ; таковымъ служитъ онъ лишь въ дареніяхъ и легатахъ, для которыхъ *lex Cincia* и *Furia* назначили *maximum* (modus), влѣдствіе чего долженъ былъ родиться вопросъ: на сколько, отъ прибавленія извѣстнаго количественнаго бремена, *immodica donatio* и пр. превращается въ дареніе или легатъ *sub modo*, т. е. *infra modum*, или въ сдѣлку возмездную. *Voecking, Einl. in d. Pand. стр. 404. Прим. и сл.*

²⁾ *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere jussa es. quominus id, quod tibi relictum est. obtineas, non oberit.*

опредѣленіе, выраженное въ формѣ модуса, должно быть обсуждаемо, какъ условіе.

Въ относящемся сюда же L. 80. D. de cond. (35,1) ¹⁾ modus противопоставляется условію. Между тѣмъ и другимъ однако представляется общимъ то, что въ обоихъ случаяхъ должно произойти нѣчто такое, чего теперь еще нѣтъ. Смыслъ цитаты безъ частицы *non* слѣдующій: добавочное опредѣленіе, имѣющее своимъ послѣдствіемъ то, что немедленное предъявленіе иска кажется невозможнымъ (*protinus* относится слѣдовательно къ *agentem*), есть условіе, или же оно есть modus (*moram cum sumtu*, причемъ съ обязанностью дать извѣстное назначеніе имуществу соединена отсрочка сдѣлки), когда искъ можетъ быть предъявленъ тотчасъ же по представленіи обезпеченія (*Caution*). Такова разница между выраженіями, начинающимися съ *si* и *ut*.

Принявъ въ цитатѣ частицу *non*, придется признать первое предложеніе противоположнымъ второму, то есть предположить тотъ случай, что условіе уже разрѣшено, что оно не наступитъ; тогда слово *protinus* слѣдовало бы относить къ *repellunt*. Впрочемъ здѣсь нѣтъ условія, ибо нѣтъ приостановки дѣйствительности сдѣлки. Если бы здѣсь было условіе, то слѣдовало бы употребить выраженіе *si monumentum fecit*.

Впрочемъ, при допущеніи частицы *non*, возможно еще одно объясненіе указанной цитаты, при чемъ слово *protinus* также будетъ относиться къ *agentem*, а слова *non pro cond. oportet* должны быть понимаемы такъ: нѣтъ необходимости считать ихъ (*causas*) условными, (т. е. какъ бы *non statim*), такъ какъ они могутъ быть и опредѣленіями времени, допускающими немедленное предъявленіе иска. Тогда юристъ имѣлъ бы передъ глазами всѣ три рода добавочныхъ опредѣленій: 1) тѣ, которыя исключаютъ возможность немедленнаго иска, *conditio* и *dies*; 2) тѣ, которыя допускаютъ эту возможность, *modus*. Во всѣхъ этихъ случаяхъ существуетъ обязанность исполненія: условія, времени и модуса.

Дѣйствіе модуса.

1) *Modus*, назначенный безъ намѣренія возложить на лицо какую-нибудь обязанность, (*modus simplex*) — не болѣе какъ хорошій совѣтъ. Таковы всѣ тѣ случаи, когда исполненіе его важно лишь въ интересахъ одного исполнителя ²⁾.

¹⁾ *Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (g. alias deest non) pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admitteremus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat.*

²⁾ L. 71. pr. D. de cond. (35,1).

2) Если же имѣлось намѣреніе связать лицо обязательствомъ (*modus qualificatus*), то отъ исполненія его зависитъ не самое бытіе сдѣлки (главное отличіе модуса отъ условія), а лишь осуществленіе ея.

3) *Modus* включаетъ въ себя какъ бы обязанность его исполненія (чего нѣтъ въ условіи).

4) Даже осуществленіе сдѣлки не подлежитъ отсрочкѣ въ случаѣ представленія лицомъ, связаннымъ модусомъ, обезпеченія (*cautio*). Такого обезпеченія въ договорахъ можетъ требовать должникъ, если онъ заинтересованъ въ дѣлѣ; при отказахъ по завѣщанію—наслѣдникъ, на котораго возложена выдача легата, хотя бы онъ и не имѣлъ въ томъ интереса. Его интересъ—подчиненіе волѣ наслѣдодателя.

5) Для понужденія къ исполненію модуса дается искъ на основаніи обезпеченія; впрочемъ право иска имѣютъ названныя выше лица и помимо обезпеченія; кромѣ того оно предоставлено и всякому постороннему лицу, которое такъ или иначе заинтересовано въ исполненіи модуса; по отношенію же къ завѣщательнымъ распоряженіямъ, въ случаѣ неимѣнія лицъ заинтересованныхъ,—это право иска принадлежитъ верховной власти, если въ виду имѣется общественный интересъ, или если это согласно съ волей завѣщателя.

2. Выраженіе воли.

§ 64.

Выраженіе ¹⁾ воли вовнѣ составляетъ *corpus* юридической сдѣлки, способъ этого выраженія составляетъ форму ея. Способъ выраженія воли можетъ быть или произвольнымъ, лишь бы онъ соотвѣтствовалъ волѣ участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ и могъ считаться ея проявленіемъ, или же онъ опредѣленъ заранее закономъ, предписывающимъ извѣстныя формальности. Эти способы слѣдующіе: необходимость устности вообще и произнесенія нѣкоторыхъ словъ въ особенности; соединеніе живой рѣчи съ извѣстными символическими дѣйствіями; письменность вообще или опредѣленныя формы актовъ; привлеченіе свидѣтелей (*testes rogati* служатъ свидѣтелями по приглашенію лицъ, совершающихъ сдѣлку, и добровольно присутствуютъ при ея заключеніи); содѣйствіе нотаріуса, то есть чиновника, который

¹⁾ Изъ Пандектъ.

своимъ участіемъ въ сдѣлкѣ сообщаетъ актамъ ея характеръ публичныхъ, достовѣрныхъ, и наконецъ содѣйствіе судьи.

Наиболѣе употребляемымъ въ новѣйшемъ правѣ способомъ выраженія воли служить проявленіе ея при содѣйствіи чиновника — нотариуса или судьи, совершеніе сдѣлки и утвержденіе ея судомъ. Эта сторона судейской функціи называется *voluntaria jurisdiction* (въ противоположность *contentiosa jurisdiction*). Итакъ всѣ юридическія сдѣлки служатъ для судьи или актами (*actus*) *merae voluntariae jurisdictionis*, при чемъ функція судьи опредѣляется одною волею сторонъ, съ тѣмъ конечно ограниченіемъ, что онъ не имѣетъ права оказывать содѣйствіе сдѣлкѣ, очевидно недѣйствительной, или *actus voluntariae jurisdictionis mixtae*, въ которыхъ онъ дѣйствуетъ по собственному усмотрѣнію, при полномъ знакомствѣ съ данною сдѣлкою (*cum causae cognitione*).

Такіе опредѣленные способы выраженія воли могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ: 1) огражденіе воли отъ всякаго сомнѣнія въ ея дѣйствительности и гарантію подлинности ея выраженія, 2) устраненіе (по возможности) противозаконнаго вліянія на нее, 3) удостовѣреніе самаго заключенія сдѣлки и 4) сохраненіе этого удостовѣренія на будущее время. Достиженіе этихъ цѣлей будетъ зависѣть отъ достоинствъ того или другаго способа выраженія воли. Наилучшимъ въ этомъ отношеніи способомъ считалось судебное содѣйствіе. Но удобство заключенія сдѣлокъ судебнымъ порядкомъ, устраняющимъ постороннія вредныя вліянія, уменьшается вслѣдствіе громаднаго множества случаевъ, въ которыхъ прибѣгаютъ къ содѣйствію судей, вслѣдствіе чего самая тщательность совершенія сдѣлокъ исчезаетъ и число процессовъ по сдѣлкамъ, заключеннымъ судебнымъ порядкомъ, обыкновенно бываетъ не менѣе, чѣмъ тамъ, гдѣ сдѣлки заключаются *privatim*. Самыя неудобства и дороговизна этого способа перевѣшиваютъ всѣ доставляемыя имъ выгоды. Назначеніе опредѣленной формы для заключенія сдѣлки имѣетъ всегда своимъ послѣдствіемъ то, что сдѣлка, заключенная безъ ея соблюденія, считается недѣйствительною. Однако, лишь болѣе важныя послѣдствія сдѣлки могутъ быть поставлены въ зависимость отъ соблюденія предписанной формы.

Форма сдѣлки не замѣняетъ необходимыхъ внутреннихъ условій ея дѣйствительности. Содѣйствіе суда заключенію сдѣлки называли судебнымъ утвержденіемъ ея (*gerichtliche Confirmation*). Это выраженіе отнюдь не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что, благодаря такому утвержденію, сдѣлка, недѣйствительная по матеріальнымъ недостаткамъ, порокамъ, можетъ сдѣлаться дѣйствительною. *Confirmatio nil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.*

Въ новомъ, дѣйствующемъ правѣ принято за правило не предписывать для сдѣлокъ заранее опредѣленныхъ формъ и предоставлять способъ ихъ заключенія произволу дѣйствующихъ лицъ, при чемъ эти способы не должны удовлетворять никакимъ условіямъ, кромѣ тѣхъ, которыя существенно связаны съ самымъ выраженіемъ воли. Это выраженіе можетъ быть или 1) внѣшнимъ, нагляднымъ (*ausdrueckliche Erklaerung*) посредствомъ словъ (устно или письменно) и знаковъ, ихъ замѣняющихъ, *putus*, или 2) молчаливымъ, посредствомъ такихъ дѣйствій, которыя не только выражаютъ волю дѣйствующаго лица, но и даютъ возможность заключать о ея существенномъ содержаніи; эти дѣйствія называются *concludente Handlungen* (впрочемъ и слова могутъ содержать въ себѣ молчаливое проявленіе такой воли лица, которая хотя прямо ими и не выражена, однако сама собой предполагается), напр. *pro herede gestio*, возвращеніе росписки должнику (если только не имѣется въ виду другаго намѣренія лица, при которомъ невозможно предположеніе о прощеніи долга), молчаливое согласіе лица на написаніе и подписаніе такой сдѣлки, для дѣйствительности которой требуется его согласіе.

Даже ¹⁾ простое молчаніе можетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ считаться выраженіемъ воли лица ²⁾.

Нельзя указать общихъ правилъ, относительно того, какія именно дѣйствія должно считать вытекающими изъ данной воли лица; это—дѣло интерпретаціи,—*quaestio facti*, а не *juris*. Однако дѣйствующее лицо имѣетъ средство оградить себя отъ ложныхъ выводовъ изъ его воли, могущихъ причинить ему ущербъ, путемъ *протеста* (*Protestation*), разъясненія истиннаго значенія его дѣйствія, напр. оно можетъ опровергнуть признаніе актомъ щедрости совершенное имъ погребеніе умершаго лица, или покориленіе родственника. Если съ разъясненіемъ значенія дѣйствія лица связано сохраненіе нѣкоторыхъ правъ, которыхъ иначе оно должно было бы лишиться, то такое разъясненіе лицомъ своихъ дѣйствій называется *reservatio*. Само собой разумѣется, что объясненіе собственнаго дѣйствія обязательно для его субъекта и не должно противорѣчить сушно-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Ср. напр. L. 60. D. de R. J. (50, 17); L. 12. 16. D. ad. S. C. Maced. (14, 6); L. 19. D. de aqua plu. (39, 3); L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. (25, 3); L. 8. §. 15. D. qu. mod. pign. (20, 6); L. 142. D. de R. I. (50, 17): Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Regula Bonifacii VIII. c. 43. de R. I. in VI: qui tacet, consentire videtur, въ смыслѣ общаго правила, но въ нр. Изъ Пандектъ.

сти самого дѣйствія. Протестъ возможенъ только по отношенію къ собственнымъ дѣйствіямъ. Что же касается до чужихъ дѣйствій, то, по отношенію къ значенію молчанія, истинный протестъ не мыслимъ, но существуетъ особый процессуальный способъ защиты, который, только ради удобства и по невѣдѣнію, называютъ иногда протестомъ, напр. *opereis povi pupillatio*. Возможность сдѣлать изъ извѣстнаго дѣйствія лица какіе бы то ни было выводы относительно воли его можетъ исключаться заблужденіемъ или невѣдѣніемъ, въ которомъ находилось дѣйствующее лицо, не желавшее, конечно, того, чего оно не знало, такъ напр. нельзя признать молчаливымъ отказомъ отъ закладнаго права согласіе залогопринимателя на продажу заклада, если онъ вовсе не зналъ о своемъ нравѣ на закладъ.

3) Соотвѣтствіе воли ея выраженію.

§ 65.

Какъ воля сама по себѣ, такъ и одно ея выраженіе еще не составляютъ юридической сдѣлки; для бытія этой послѣдней необходима надлежащимъ образомъ выраженная воля, необходимо, чтобы проявленіе воли во внѣ соотвѣтствовало ея сущности. Такимъ образомъ условіемъ возникновенія сдѣлки представляется также необходимость соотвѣтствія воли ея выраженію.

Несоотвѣтствіе ¹⁾ между ними, будетъ ли оно умышленное, или случайное — все равно, исключаетъ бытіе юридической сдѣлки.

1) Умышленное несоотвѣтствіе происходитъ вслѣдствіе такого проявленія воли во внѣ, которое не должно служить истиннымъ ея выраженіемъ: Оно можетъ произойти или явно, напр. при заключеніи контракта ради одной формы, или для сокрытія истинной воли, т. е. съ намѣреніемъ выравить извѣстную волю во внѣ и тѣмъ придать сдѣлкѣ характеръ дѣйствительности, *simulatio* (проявленіе неистинной воли, долженствующее казаться выраженіемъ воли истинной). При этомъ возможны два случая: а) лицо, намѣренно допустившее несоотвѣтствіе между волей и ея выраженіемъ, имѣло въ виду другую сдѣлку; въ этомъ случаѣ дѣйствительна эта послѣдняя, если только она удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ, т. е. если имѣется на лицо воля лица, выраженная надлежащимъ образомъ и при томъ са-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ман сдѣла не запрещена закономъ, напр. воплиъ дѣйствительно, согласно правилу «plus valere, quod agitur, quam quod simulate conscriptur», дареніе совершенное подъ видомъ купли-продажи, если только оно удовлетворитъ всемъ условіямъ дарственныхъ сдѣлокъ; б) лицо или вовсе не имѣло въ виду другой сдѣлки, или же имѣвшаяся въ виду оказалась недействительною либо вслѣдствіе внутреннихъ пороковъ, напр. при симулированномъ дареніи между супругами, либо по несоблюденію установленной формы для ея совершенія, напр. означеніе въ договорѣ купли-продажи не той цѣны, за которую вещь продана на самомъ дѣлѣ. Въ этомъ случаѣ вовсе не существуетъ дѣйствительной сдѣлки, такъ какъ симулированная сдѣлка никогда не можетъ имѣть дѣйствительнаго значенія.

2) Случайное несоотвѣтствіе, вслѣдствіе порока самой воли, можетъ произойти отъ ошибки, исключаящей возможность бытія воли и тѣмъ самымъ дѣлающей сдѣлку недействительною.

Ошибка можетъ обусловить то, что воля или вовсе не существуетъ, или же, какъ напр. въ договорахъ, воля одного лица не совпадаетъ съ волею другого. Причиной недействительности сдѣлки служить не ошибка, а отсутствіе воли одного лица или соотвѣтствія между волею двухъ лицъ. Поэтому особую важность для насъ имѣетъ самая воля, а не ошибка, при чемъ воплиъ безразлично будетъ ли эта послѣдняя извинительною или неизвинительною. Неправильное проявленіе воли можетъ быть обусловлено: а) Ошибкою относительно личности контрагента, напр. заключающій сдѣлку имѣетъ въ виду не то лицо, относительно котораго онъ выразилъ свою волю, а другое,—*error in corpore hominis*; это можетъ случиться при назначеніи наследника: *placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est*¹⁾, и въ договорахъ: слова контрагента могутъ случайно относиться къ другому лицу, а не къ тому, съ кѣмъ имѣлось въ виду вступить въ договоръ. Напротивъ, договоръ не дѣлается недействительнымъ, если произошла ошибка относительно свойствъ лица, послужившая мотивомъ къ заключенію этого договора. Подобная ошибка можетъ повлечь за собой недействительность лишь въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ (см. выше); хотя ошибка въ свойствахъ лица и не обуславливаетъ ничтожности сдѣлки, но она можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть причиною ея отмены, напр. когда лицо не обладаетъ тѣми качествами, которыя необходимы для того, чтобы исполнить пра-

¹⁾ L. 9. pr. D. de hered. inst. (28, 5).

житыя итъ на себя обязанности, напр. я нанимаю домашняго учителя, а впоследствии оказывается, что онъ еврей и потому домашнимъ учителемъ быть не можетъ. б) Ошибкою относительно объекта сдѣлки, *error in corpore*, напр. когда дѣйствующее лицо имѣетъ въ виду другой предметъ, а не тотъ, который онъ назвалъ при заключеніи сдѣлки, такъ что онъ собственно не распорядилъ ни тѣмъ, ни другимъ. Сюда относится тотъ случай въ дог. ворахъ, когда контрагенты имѣютъ въ виду разные предметы. Такъ какъ предметъ сдѣлки можетъ принадлежать къ вещамъ видовымъ или родовымъ, то указанное значеніе имѣетъ или ошибка относительно индивидуума, или ошибка относительно цѣлага рода вещей. Впрочемъ возможна ошибка и относительно суммы, при чемъ въ случаѣ различія суммъ, имѣемыхъ въ виду контрагентами, эти послѣдніе могутъ согласиться признать обязательно меньшую сумму, если только сдѣлка совершенно безмездна (дареніе); при возмездности же сдѣлки право признать истиннымъ ея объектомъ меньшую сумму принадлежитъ получателю, напр. продавцу, наемщику.

Къ *error in corpore* весьма близко подходитъ *error in substantia*, то есть ошибка относительно такихъ свойствъ предмета, которыя на самомъ дѣлѣ дѣлаютъ его какъ бы совершенно другимъ, которыя слѣдовательно до извѣстной степени опредѣляютъ тождество предмета, напр. ошибка относительно свойствъ жидкости (вино, или уксусъ), относительно пола раба, относительно того, золото ли данный металлъ, или позолоченное серебро, или же наконецъ просто мѣдь.

Нѣкоторые римскіе юристы строго держались того мнѣнія, что въ случаѣ ошибки *in substantia* все таки имѣется на лицо *consensus in corpore*, а потому и существуетъ дѣйствительная юридическая сдѣлка. Другіе же основательно утверждали, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ субстанція равносильна самому *consensus* вещи, имѣетъ значеніе самой индивидуальности и что потому должно признать недействительность сдѣлки. Это мнѣніе принято Юстиніаномъ. На практикѣ слѣдуетъ прежде всего изслѣдовать, дѣйствительно ли равносильно данное свойство самому тождеству индивидуума, напр. въ указанномъ случаѣ различія жидкостей (вино и уксусъ), далѣе при ошибкахъ относительно матеріала такой мебели, фасонъ которой не имѣетъ преимущественнаго значенія, а не той, въ которой матеріалъ стоитъ на заднемъ планѣ и при употребленіи которой цѣна его не имѣетъ особеннаго значенія, напр. коробка простыхъ карманныхъ часовъ, — коробка хронометра. Но къ свойствамъ вещи, ошибочное представленіе которыхъ имѣетъ значеніе для дѣйствительности сдѣлки, отнюдь не могутъ относиться тѣ свойства, ко-

торы не пэмвняютъ самой сущности (Stoff) вещи; напр. когда кто-либо покупаетъ плохое вино, думая, что приобретаетъ лучшей сортъ, или когда купленное золото оказывается хуже и нижешей пробы, чэмъ предполагалось; слово *inaugatum*, встречающаеся въ относящихся къ занимающему насъ вопросу законоположеніяхъ римскаго права, означало золото низкой пробы, а не какой-либо другой позолоченный металлъ.

с) Ошибкою относительно самой сдѣлки; послѣдствіемъ такой ошибки могло быть то, что лицо, совершая одну, подразумевало совсѣмъ другую сдѣлку, или что оба контрагента въ договорѣ имѣли въ виду не одно и тоже, напр. совершается дареніе, а лицо, принимающее вещь, считаетъ сдѣлку за заемъ. Въ этомъ случаѣ юридической сдѣлки какъ бы вовсе и не заключено; лицо, имѣвшее *animus donandi*, можетъ потребовать возвращенія той вещи, которую принявшій счелъ за полученную по займу; только потребленіе подаренной (или по мнѣнію другаго занятой) вещи даетъ послѣднему право предъявить *exceptio doli* потому, что даритель имѣлъ таковое въ виду.

3) Случайное несоотвѣтствіе воли ея проявленію можетъ также произойти вслѣдствіе недостаточности самаго выраженія этой воли. Пока извѣстное проявленіе можетъ считаться выраженіемъ данной воли, хотя бы даже ошибочнымъ, до тѣхъ поръ нельзя признать сдѣлку совершенно недѣйствительною, поэтому *falsa demonstratio non nocet*. Совсѣмъ другое должно сказать, если выраженіе воли настолько недостаточно, что оно вовсе не можетъ быть признано ея проявленіемъ; здѣсь будетъ одна воля безъ выраженія и поэтому сдѣлка ничтожна, напр. одно лицо отказало другому по завѣщанію свои книги, между тѣмъ возможно доказать, что завѣщатель въ отказѣ разумѣлъ также и свои вина (*rerum enim vocabula immutabilia sunt*). Другое дѣло, конечно, если ошибка заключается только въ имени (*hominum mutabilia*) ¹⁾

¹⁾ L. 4. pr. D. de leg. I. (30): Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debetur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debetur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem continerii. Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

Толкованіе юридических сдѣлокъ.

§ 66 ¹⁾.

Даже въ случаѣ соответствія воли ея выраженію, можетъ возникнуть сомнѣніе относительно значенія (Sinn) этого послѣдняго, т. е. относительно свойствъ самой воли. Коренное начало толкованія юридическихъ сдѣлокъ слѣдующее: воля и выраженіе ея одинаково существенны для сдѣлки; какъ воля безъ выраженія, такъ и это послѣднее безъ самой воли равно лишены всякаго значенія.

Основою толкованія сдѣлокъ служатъ слова или другіе способы выраженія нашихъ мыслей (§ 64). При этомъ слова должны быть понимаемы въ ихъ обыкновенномъ, естественномъ смыслѣ, такъ какъ всегда предполагается, что говорящій употребляетъ общепринятое нарѣчіе. Если при такомъ способѣ толкованія выраженія воли въ сдѣлкѣ, смыслъ этой послѣдней окажется вполнѣ яснымъ и вѣрнымъ, то незачѣмъ подвергать его дальнѣйшему сомнѣнію, такъ какъ въ противномъ случаѣ самый точный способъ выраженія не обезпечивалъ бы лицо отъ возможности ложнаго толкованія его воли ²⁾

Съ другой стороны, слова только потому имѣютъ важное значеніе для толкованія сдѣлокъ, что они выражаютъ собою волю лица, ихъ употребившаго. Въ случаѣ двусмысленности употребленныхъ словъ, слѣдуетъ обращать вниманіе не на обычный ихъ смыслъ и не на способъ пониманія ихъ другими, а лишь на то, что именно хотѣлъ выразить ими говорящій. Слова, имѣющія различное значеніе въ разныхъ мѣстахъ, въ случаѣ невозможности инымъ способомъ выяснитъ волю лица, принимаются въ томъ смыслѣ, въ которомъ употребляются на мѣстѣ совершенія сдѣлки, если съ достаточною вѣроятностію можно предположить, что лицо держалось именно послѣдняго (что бываетъ далеко не со всеми чужестранцами). Относительно сдѣлокъ, заключенныхъ между лицами, находящимися вдалекѣ другъ отъ друга, соблюдается или только что указанное правило, или же правило что истиннымъ значеніемъ сомнительныхъ словъ должно признавать смыслъ ихъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ находилось лицо, употребившее ихъ (Ort des

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 25. §. 1. D. de leg. III (32): Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 69. pr. eod.

PropONENTEN). Если послѣ примѣненія всѣхъ указанныхъ способовъ толкованія сдѣлокъ еще останется сомнѣнiе въ разумѣ употребленныхъ выраженiй, то слѣдуетъ признать истиннымъ то значенiе ихъ, которое придавалось бы имъ лицомъ, дѣйствующимъ какъ человекъ вполне разумный, то есть тотъ смыслъ, при которомъ возможно существованiе сдѣлки. Кромѣ того, въ случаѣ сомнѣнiя слѣдуетъ толковать сдѣлку въ томъ смыслѣ, который представляется менѣе обременительнымъ, т. е. толковать ее въ пользу лица обязаннаго. Такое синсхроническое толкованiе договоровъ основывается на томъ соображенiи, что въ нихъ главнымъ лицомъ, которое и должно было озаботиться точнымъ выраженiемъ воли, является вѣритель; на томъ же основанiи толкуются договоры, въ которыхъ обѣ стороны имѣютъ извѣстныя обязанности, — противъ того лица, которое является главнымъ при ихъ совершенiи.

Наконецъ, есть извѣстныя *causae favorabiles*, въ пользу которыхъ всегда должно быть направлено толкованiе; таковы: свобода, приданое—въ пользу женщины, предсмертныя распоряженiя, во избѣжанiе искаженiя воли завѣщателя,—въ пользу облагодѣтельствованнаго (*des Honorirten*), при чемъ впрочемъ необходимо имѣть въ виду сохраненiе самыхъ распоряженiй завѣщателя.

С. Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ.

§ 67.

Юридическая ¹⁾ сдѣлка недѣйствительна тогда, когда, вслѣдствiе неудовлетворенiя ея какому-нибудь существенному условiю, или вовсе исключается ея дѣйствительное возникновенiе, или же становится невозможнымъ ея дальнѣйшее бытiе.

Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ можетъ быть разсматриваема съ двухъ сторонъ: съ формальной и матеріальной. Съ формальной стороны прежде всего слѣдуетъ различать *ничтожность* (*Nullitaet*) сдѣлки и *отмѣняемость*, *спорность* ея (*Anfechtbarkeit*).

1) Сдѣлка ничтожна, если она, вслѣдствiе извѣстнаго порока, *ipso jure* не существуетъ и какъ бы никогда не существовала (*nullum negotium*). Такая ничтожность наступаетъ: а) когда сдѣлкѣ недостаетъ какого-либо существеннаго условiя, безъ котораго она вовсе немыслима (таковы: дѣеспособность, право

¹⁾ Изъ Пандиктъ

распоряженія, воля, правильное выраженіе воли) и b) когда сдѣлка противна положительному закону (запретительному). Въ древнемъ правѣ ничтожность послѣдняго рода обуславливалась одними *leges perfectae*, въ новѣйшемъ же правѣ она не ограничивается ими, если только это особо не установлено закономъ.

2) Сдѣлка является стороною (*rescissibel*) отмѣняемою, когда, несмотря на ея дѣйствительное существованіе, какое-либо обстоятельство даетъ извѣстному лицу право ее уничтожить. Сдѣлка *ipso jure* производитъ свое дѣйствіе, т.-е. изъ нея вытекаетъ то или другое право, но этому дѣйствію противостоитъ право другого лица, осуществленіемъ котораго дѣйствіе сдѣлки можетъ быть разрушено, — она оказывается недѣйствительною и потому уничтожается. Практическое различіе между двумя рассмотрѣнными видами недѣйствительности сдѣлокъ заключается въ томъ, что во второмъ изъ нихъ уничтоженіе сдѣлки зависитъ: a) отъ существованія извѣстнаго процессуальнаго средства для уничтоженія сдѣлки (*rescissorisches Rechtsmittel*), право пользоваться которымъ можетъ быть такъ или иначе утрачено, почему и сдѣлка можетъ остаться неоспоренною, неуничтоженною; b) отъ воли управомоченнаго лица, отъ того, воспользуется ли оно своимъ правомъ оспаривать сдѣлку или нѣтъ. Относительно же того, въ какомъ объемѣ прекращаются юридическія сдѣлки, оба указанные вида недѣйствительности не представляютъ никакого различія.

Сдѣлка считается отмѣняемою: a) когда въ ней былъ допущенъ не такого рода недостатокъ, чтобы онъ могъ сдѣлать существованіе ея вовсе невысказаннымъ (напр. принужденіе, ошибка относительно мотивовъ, обманъ—см. выше), если только нѣтъ особаго, произвольнаго закона, предписывающаго считать сдѣлку съ тѣмъ или другимъ изъ указанныхъ недостатковъ вполне ничтожною; b) когда по другимъ, экзотерическимъ основаніямъ признаніе сдѣлки лишь отмѣняемою, а не ничтожною, считалось, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, болѣе справедливымъ въ виду того, что достиженіе всѣхъ послѣдствій сдѣлокъ такого рода постановлено въ зависимости отъ воли одного изъ лицъ, или когда нельзя достаточно обще и объективно установить условій ничтожности акта, напр. при *in integrum restitutio*.

Третьимъ основаніемъ бытія относительной недѣйствительности сдѣлокъ, утратившимъ нынѣ все свое значеніе, служило отношеніе преторскаго права къ *jus civile*. Преторъ не могъ признать ничтожнымъ то, что существовало *jure civili*.

Затѣмъ необходимо указать нѣкоторыя ошибочныя воззрѣнія на занимающій насъ вопросъ.

1) Некоторые юристы утверждали, что ничтожность сделки есть недействительность, наступающая съ самаго ея начала (anfängliche Ungültigkeit), а отменяемость—недействительность, привходящая впоследствии. Но какъ ничтожность сделки можетъ оказаться впоследствии, такъ и отменяемость можетъ быть очевидною уже съ самаго момента ея заключенія; такимъ образомъ означенный взглядъ является искаженіемъ того правила, что спорная сделка существуетъ до отмены ея, происходящей вслѣдствіе предъявленія спора.

2) Некоторые виды относительной недействительности сделокъ признавались за полную ничтожность ихъ, напр. при наличности принужденія и пр.

3) Наоборотъ, ничтожность сделки нерѣдко признавалась за простую отменяемость ея, вслѣдствіе чего возникало особое требованіе ея отмены путемъ *querela nullitatis*. Ничтожность сделки не можетъ служить основаніемъ для предъявленія спора противъ нея, такъ какъ не зачѣмъ хлопотать объ отменѣ того, что ничтожно само по себѣ и потому какъ бы вовсе не существуетъ. Источникомъ этого ложнаго воззрѣнія служить какъ каноническое право, допускающее всякую *annullatio matrimonii*, такъ и процессъ, гдѣ считается ничтожнымъ всякій споръ противъ окончательнаго рѣшенія суда. Такимъ образомъ здѣсь, по некоторымъ причинамъ, признано было неудобнымъ прямо, *ipso iure*, допустить ничтожность сделки; доказательство полной ея недействительности признано необходимымъ, напр. съ цѣлью удостовѣрить ея уничтоженіе и тѣмъ устранить возможность сомнѣній по этому поводу; въ бракѣ же такою цѣлью является стремленіе не допустить произвольныхъ расторженій этого союза подъ тѣмъ благовиднымъ предлогомъ, что ничтожность брака осталась не изслѣдованною. Казалось бы гораздо проще причислить эти случаи къ видамъ отменяемости сделокъ, однако въ силу какихъ-то соображеній найдено нужнымъ удержатъ терминъ или понятие ничтожности (напр. въ каноническомъ правѣ для того, чтобы не придать уничтоженію незаконнаго брака видъ расторженія брака дѣйствительнаго), вслѣдствіе чего и произошла указанная аномалія, ограничивающаяся впрочемъ весьма немногими случаями. Многие юристы перенесли это ошибочное воззрѣніе даже въ область гражданскаго права, гдѣ оно отнюдь не можетъ имѣть примѣненія.

4) Въ новѣйшее время, рядомъ съ абсолютною ничтожностью и простою отменяемостью сделокъ, допустили третій, промежуточный видъ недействительности, называемый *относительною* ничтожностью, то есть ничтожностью, установленною только въ пользу для извѣстныхъ лицъ, которые одни имѣютъ право ссылать-

ся на нее. Такое понятіе вполне ложно: относительной ничтожности быть не можетъ, такъ какъ только отрицательность можетъ представляться чѣмъ-то относительнымъ. Такое ложное представление вытекло изъ того мнѣнія, будто единственнымъ средствомъ для оспариванія сдѣлокъ служатъ actio и exceptio; но такого процессуальнаго ограниченія вовсе не заключается въ понятіи отрицательности, мыслимой въ видѣ судебного или простаго внесудебнаго заявленія о недействительности сдѣлки. Если же случаи, подобные указаннымъ, и встрѣчаются въ дѣйствительности, то въ нихъ слѣдуетъ признавать условную ничтожность; условно-ничтожною сдѣлкою будетъ напр. отчужденіе земельного участка, составляющаго приданое жены, praedium dotale. Условіе ничтожности сдѣлки можетъ быть также основано на частной волѣ, напр. при Lex commissoria.

Переходимъ къ матеріальной сторонѣ недействительности сдѣлокъ.

Недействительность эта можетъ быть *полною* или *частичною*. При частичной недействительности наблюдается правило: *utile per inutile non vitiatur*¹⁾, то есть, что дѣйствительныя составныя части сдѣлки, при наличности нѣкоторыхъ недействительныхъ частей, остаются въ своей силѣ. Это правило приимается впрочемъ только тогда, когда дѣйствительныя части сдѣлки вполне самостоятельны и независимы отъ недействительныхъ. При этомъ возможны два случая: 1) остающееся содержаніе сдѣлки представляетъ собою ту же самую сдѣлку, что бываетъ при недействительности лишь второстепенныхъ составныхъ ея частей; напр. дареніе свыше 500 солидовъ, совершенное безъ установленныхъ формальностей, дѣйствительно лишь въ количествѣ, не превышающемъ эту сумму; тоже должно сказать и по отношенію къ процентамъ, превышающимъ законный ростъ; 2) или же оно образуетъ новую сдѣлку, вслѣдствіе чего происходитъ *conversio negotii*. Для дѣйствительности такого перехода одной сдѣлки въ другую необходимо: а) чтобы объективные составные элементы (въ законныя условія) новой сдѣлки были на лицо и б) чтобы возникновеніе новой сдѣлки было согласно съ волею сторонъ. Иногда третьимъ условіемъ такой *conversio* является соответственное распоряженіе, устанавливающее этотъ переходъ одной сдѣлки въ другую, напр. при *clausula codicillaris*.

Сдѣлка можетъ быть недействительною или съ самаго ея возникновенія, или же она дѣлается таковою уже впоследствии по какимъ-либо приходящимъ причинамъ.

¹⁾ L. 1. §. 5. D. de V. O. (45, 1).

Последнее бываетъ въ томъ случаѣ, когда сдѣлка перестаетъ удовлетворять такому условію, которое, будучи необходимымъ не для одного ея возникновенія, но и для дальнѣйшаго ея существованія, должно быть постоянно на лицо; напр. нѣкто устанавливаетъ на своемъ земельномъ участкѣ сервитутъ и затѣмъ отчуждаетъ самый участокъ, не передавъ права требованія, или напр. завѣщатель до своей смерти лишается права составлять завѣщаніе (*testamentifactio*); но такого дѣйствія не оказываетъ напр. послѣдующее сумасшествіе одного изъ контрагентовъ. Высказанныя въ L. 85. §. 1. D. de R. I. (50, 17), L. 3. §. 2. D. de his qu. р. non scr. (34, 8) и въ L. 98. pr. D. de V. O. (45, 1) ¹⁾ правила не противорѣчатъ другъ другу, а показываютъ лишь, что оба указанные нами начала применяются къ различнымъ случаямъ.

Нѣкоторые юристы хотѣли признать молчаливое условіе: *rebus sic stantibus*, положивъ, что сдѣлка должна быть сочтена недействительною, если обстоятельства были такого рода, что при нихъ вовсе не слѣдовало бы заключать ея. Это правило способно поколебать прочность всѣхъ юридическихъ сдѣлокъ вообще и потому оно, какъ пустая выдумка, давно оставлено ²⁾. Недействительная сдѣлка можетъ наоборотъ сдѣлаться впоследствии дѣйствительною, говоря технически, окрѣпнуть (*convalescere*). При простой спорности сдѣлки такое упроченіе ея возможно по самой природѣ вещей (см. выше), при ничтожности же оно собственно не возможно и встрѣчается только какъ чрезвычайно рѣдкое исключеніе, напр. когда земельный участокъ, назначенный въ приданое (*praedium dotale*), достается жужу. Сдѣлка можетъ наконецъ обратиться въ дѣйствительную вълѣдствіе утвержденія ея верховною властью, но это слѣдуетъ уже считать особою привилегією. Истинное исправленіе сдѣлки

¹⁾ Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.—Quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.—Et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderint, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2 eod. Ср. Savigny, System IV. §. 553 и сл.

²⁾ При этомъ ссылались на такіе законы, которые ничего подобнаго не выражаютъ, напр. L. 38. pr. D. de solut. (46, 3):—Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium erit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Здѣсь рѣчь только о solutionis causa adiectus

имѣетъ всегда обратную силу. Отъ него впрочемъ слѣдуетъ отличать вторичное совершеніе той же сдѣлки съ избѣжаніемъ прежнихъ недостатковъ, не допускающее обратной силы.

В. • дареніяхъ.

1. Понятіе.

§ 68.

Особымъ классомъ сдѣлокъ представляются тѣ сдѣлки, предметомъ и цѣлью которыхъ служитъ отчужденіе, умаленіе имущества лица какою-нибудь составною частью его. Этотъ классъ сдѣлокъ нормируется нѣсколькими общими правилами по отношенію къ дѣеспособности, праву распоряженія и другимъ ограниченіямъ; такъ напр. совершеніе этихъ сдѣлокъ невозможно, когда у лица отнято право отчужденія и пр. Изъ этого класса, по своей особенной юридической природѣ, выдѣляется новая отрасль сдѣлокъ—акты щедрости вообще и дарственные акты въ частности. Въ положительномъ законодательствѣ есть нѣсколько такихъ постановленій, которыя исключительно примѣняются къ дарственнымъ сдѣлкамъ; это—тѣ ограниченія, которымъ подлежатъ даренія, какъ по вопросу о лицахъ, такъ и по отношенію къ суммѣ, дѣйствительности и прочности сдѣлокъ этого рода. Намъ поэтому необходимо точнѣе опредѣлить самое понятіе даренія.

Дареніе есть:

1) *Отчужденіе*, уменьшеніе имущества одного лица (дарителя) на какую-нибудь составную часть его и соответственное увеличеніе имущества другаго лица (одареннаго). Поэтому предоставленіе какого-либо имущества по завѣщанію не есть дареніе: завѣщатель продолжаетъ (до самой смерти) считаться субъектомъ завѣщаннаго имущества и полнымъ хозяиномъ его. Дареніемъ скорѣе можно было бы назвать отказъ по завѣщанію ¹⁾ но и тутъ завѣщатель умалаетъ, притомъ фиктивно, только будущее имущество (наслѣдство), субъектомъ котораго онъ мыслится въ данную минуту, но которое, въ своихъ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ, принадлежитъ непосредственно наслѣднику.

Простой (односторонній) отказъ отъ какой-нибудь имущественной выгоды, напр. отъ наслѣдства, отъ legata, отъ слѣ-

¹⁾ Напр. въ L. 36. D. de leg. II. (31): *legatum est donatio testamento relicta* (Modestin.).

дующихъ процентовъ, также нельзя считать дареніемъ, хотя эти дѣйствія имѣютъ нѣкоторый дарственный характеръ, именно если къ совершенію ихъ побуждастъ *animus donandi*; поэтому и не могутъ быть принимаемы къ нимъ основныя начала дареній; принявъ эти дѣйствія за дарственные акты, пришлось бы и самый отказъ отъ дара считать дареніемъ.

Но съ другой стороны всякое дѣйствительное отчужденіе можетъ быть дареніемъ, если къ нему привзойдутъ остальные элементы этого вида сдѣлокъ. Дареніе можетъ произойти,

А) вслѣдствіе перенесенія извѣстнаго права съ дарителя на одареннаго, напр. права собственности. Сдѣлкою, посредствомъ которой совершается дареніе, является здѣсь перенесеніе права собственности, дареніе же есть *causa ea*; сюда же относятся: *regum donatio*, установленіе какого-либо *jus in re*, cessія обязательствъ.

В) вслѣдствіе отказа отъ какого-либо права въ пользу одареннаго, но безъ перенесенія на него этого права, напр. вслѣдствіе отказа собственника извѣстной вещи отъ *jus in re*, лежащаго на ней, вслѣдствіе отказа отъ требованія съ одареннаго или съ третьяго лица, но съ тѣмъ однако, чтобы одаренный воспользовался этимъ правомъ требованія.

С) вслѣдствіе принятія на себя дарителемъ какого-либо обязательства, именно посредствомъ выдачи росписки; это послѣднее дѣйствіе должно считать отчужденіемъ потому, что имущество, съ принятіемъ обязательства—заплатить извѣстную сумму, на самомъ дѣлѣ уже уменьшилось и должная сумма только номинально можетъ быть причисляема къ наличному имуществу должника. Въ этомъ случаѣ дареніе будетъ носить характеръ обязательства, договора; оно будетъ такъ называемымъ *verpflichtender Vertrag* и потому, для возникновенія права требованія, должно удовлетворять всѣмъ условіямъ договоровъ. (Это есть такъ наз. дарственный обѣщаніе, обязательство — *Schenkungsversprechen*, т. е. обѣщаніе или обязательство, заключающее въ себѣ дареніе, а не простое обѣщаніе—подарить).

Изъ всѣхъ этихъ видовъ дареній очевидно, что причислять дареніе къ обязательствамъ крайне ошибочно. При простѣйшей и естественнѣйшей формѣ даренія нѣтъ и помину о какомъ бы то ни было обязательствѣ. Дареніе есть способъ (*causa*) приобрѣтенія всѣхъ имущественныхъ правъ и поэтому не принадлежитъ ни къ какому классу правъ въ особенности и вообще не можетъ быть отнесено къ ученію о правахъ.

2) *Отчужденіе безмездное*, то есть умаленіе имущества дарителя не только специфически, но и по стоимости его. Въ этомъ смыслѣ дареніе носитъ названіе *liberalitas*, актъ безкорыстнѣй-

шей щедрости (не всякая однако libelartitas есть дареніе). По этому дареніемъ не будетъ отдача чего-либо, вызванная извѣстной юридической обязанностью, напр. отдача долга. Окончательно совершеннымъ дареніемъ слѣдуетъ считать уже самое дарственное обѣщаніе, а не одно только его исполненіе. Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur ¹⁾). Напротивъ, въ актахъ щедрости вполнѣ подходитъ исполненіе какой-либо нравственной, а не юридической обязанности, повтому актъ благодарности можетъ быть дареніемъ (donatio remuneratoria); но при этомъ необходимо, чтобы даритель смотрѣлъ на свое дѣйствіе именно какъ на щедрость (animus donandi см. ниже), а не какъ на возмездіе за услугу; послѣдній характеръ носить всегда щедрость, оказанная по отношенію къ спасителю жизни; здѣсь не могутъ быть примѣняемы основныя начала даренія; самый animus donandi, какъ безнравственный, не признается.

3) *Обогащеніе одареннаго*, дѣйствительное увеличеніе его имущества. Дареніе обуславливаетъ приобрѣтеніе ex lucrativa causa (но не наоборотъ, не каждая lucrativa causa есть дареніе, напр. отказъ по завѣщанію, назначеніе наследникомъ—не могутъ считаться дареніями). Нѣтъ такого даренія, которое не обогащало бы одареннаго (хотя въ обычной жизни таковымъ являлось дарованіе свободы). Собственно даренія нѣтъ, когда что либо дается въ замѣнъ полученнаго уже эквивалента. Назначеніе модуса не противорѣчитъ понятію даренія, но только уменьшаетъ сумму его, если состоитъ въ какомъ-либо пожертвованіи; только оставшееся за вычетомъ употребленнаго на исполненіе модуса слѣдуетъ считать подареннымъ.

4) *Намѣреніе дарителя обогатить* одареннаго, animus donandi, напр. лицо, продающее извѣстную вещь ниже дѣйствительной ея стоимости, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ проявить намѣреніе подарить; въ другихъ же случаяхъ такого намѣренія можетъ вовсе и не быть.

5) *Согласіе одареннаго съ этимъ намѣреніемъ, принятіе имъ* извѣстнаго имущества въ качествѣ дара. Дареніемъ напр. не будетъ принятіе чего-либо въ видѣ вознагражденія. Уплата кѣмъ-либо чужаго долга, хотя и освобождаетъ должника отъ лежащаго на немъ обязательства, однако она является дареніемъ только въ томъ случаѣ, когда должнику извѣстна уплата и онъ согласился принять ее, какъ даръ. Это условіе даренія можетъ быть выражено правиломъ: дареніе есть договоръ, такъ какъ въ основѣ его должно находиться согласованіе двухъ воль.

¹⁾ L. 29. pr. D. de donat. (39, 5).

Любопытенъ слѣдующій практическій вопросъ: учитель, отказывающійся отъ гонорарія 1) до принятія имъ на себя обязательства преподавать или 2) послѣ принятія его, совершаетъ ли тѣмъ самымъ дареніе?

Дареніе считается совершившимся (*perfecta et absoluta donatio*), когда дѣйствительно и безвозвратно произошло уменьшение имущества одной стороны и увеличение его у другой. Неоконченнымъ (*imperfecta*) дареніе будетъ тогда, когда означенный результатъ его поставленъ въ зависимость 1) или отъ суспензивнаго условія, въ каковомъ случаѣ результатъ этотъ, *pendente conditione*, вовсе не наступаетъ, 2) или отъ условія резолютивнаго, тогда результатъ даренія достигнутъ, но продолжительность такого отношенія между дарителемъ и одареннымъ остается неопредѣленною до разрѣшенія условія: дареніе можетъ быть отмѣнено (*revocabel*).

Такою *imperfecta donatio* всегда является дареніе на случай смерти (*mortis causa*), окончательное совершеніе котораго поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, будетъ ли это въ качествѣ суспензивнаго или резолютивнаго условія—все равно (см. ниже).

Дареніе *inter vivos* можетъ также быть *imperfecta*, такъ какъ и оно можетъ совершаться подъ разнаго рода условіями, кромѣ впрочемъ смерти дарителя.

2. *Donatio inter vivos.*

а. Условія дѣйствительности даренія.

§ 69.

Чтобы дареніе могло быть дѣйствительно, оно должно удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, изъ которыхъ нѣкоторыя общи между дареніями и остальными юридическими сдѣлками, тогда какъ другія свойственны имъ однимъ. Къ первой категоріи должно причислить условія дѣйствительности 1) юридическихъ сдѣлокъ вообще, 2) отчужденій въ особенности, 3) еще частіе—автовъ щедрости; поэтому управители (*Administratoren*) чужими имѣніями, напр. повѣренные, опекуны, *filiifamilias* по отношенію къ *rescuium*, даже и при *libera administratio* не могутъ дарить, хотя бы имъ и принадлежало право отчужденія. Исключеніе изъ этого правила можетъ встрѣтиться только тогда, когда самый споръ противъ извѣстнаго акта щедрости, совершеннаго хотя бы и лицомъ не вполне управомоченнымъ, былъ бы *contra bonos mores*; наконецъ 4) условія дѣйствительности той юри-

дической сдѣлки въ особенности, которая въ данномъ случаѣ составляетъ corpus даренія, напр. условія перенесенія права собственности, установленія какого-либо *jus in re*, обязательнаго договора. Въ послѣднемъ случаѣ по римскому праву была нужна стипуляція; Юстиніанъ же, въ видѣ исключенія, далъ право иска и безформенному договору (*actum nudum*). Теперь уже это не можетъ представляться исключеніемъ.

Особыя условія, свойственныя даренію и всѣмъ юридическимъ сдѣлкамъ, подходящимъ подъ понятіе даренія, состоятъ въ извѣстныхъ ограниченіяхъ, которыя являются 1) или личными, *donationes inter virum et uxorem* (см. ниже § 425), 2) или же касаются суммы дара.

По закону *Lex Cincia* 550 н. с., неограниченное дареніе могло совершаться только извѣстнымъ, близкимъ дарителю лицамъ, родственникамъ (*personae exsertae*). Для дѣйствительности и юридической прочности другихъ случаевъ даренія необходимо было, 1) чтобы дареніе не превышало нѣкоторой (оставшейся намъ неизвѣстною) суммы и 2) чтобы оно совершалось въ опредѣленной формѣ (перенесенія права собственности, или ¹⁾ права владѣнія). Кромѣ того даритель могъ всегда потребовать даръ обратно и дареніе только тогда считалось дѣйствительнымъ, когда онъ умиралъ, не предъявивъ требованія о возвращеніи дара (*morte Cincia removetur*) ²⁾. Это право было не разъ измѣняемо императорами и наконецъ исчезло навсегда.

Юстиніанъ уничтожилъ существовавшее отличіе дареній между родственниками отъ дареній между посторонними. Дареніе, по его закону, могло совершаться посредствомъ всѣхъ тѣхъ сдѣлокъ, предметомъ которыхъ служить отчужденіе имущества. Кромѣ того имъ уничтожены были всѣ формальности для совершенія даренія на сумму, не превышающую 500 солидовъ (1400 прусскихъ таллеровъ; тогда какъ до него предѣломъ было назначено для однихъ видовъ дареній 300 солидовъ, для другихъ—500, но потомъ для всѣхъ вообще дареній назначена эта послѣдняя сумма). Если сумма дара превышала этотъ *taximum*, то необходимо было совершить дареніе формальнымъ поряд-

1) Здѣсь необходимо употребить „перенесенія права собственности и права владѣнія“ на томъ основаніи, что одного перенесенія права собственности недостаточно, такъ какъ *exsertio Cinciae* или *in factum* препятствуетъ вѣдикаціи со стороны одареннаго; по той же причинѣ и перенесенное право владѣнія должно быть безпорочно по отношенію къ третьимъ лицамъ, иначе эти послѣднія имѣли бы преимущество въ спорѣ о владѣніи и одаренному, также какъ и въ первомъ случаѣ, оставалось бы безполезное *petitorium*.
Прибавл. къ § 206. II т. Инстит. Пухты. Прим. изд.

2) *Fr. vat.* § 259. Прим. изд.

номъ (*gerichtliche Insinuation*). Безъ соблюденія установленныхъ формальностей дареніе, за извѣстными исключеніями (дареніе правителю и отъ него, дареніе для выкупа плѣнныхъ, для возобновленія разрушенныхъ строеній, назначеніе приданого, если оно представляется дареніемъ женщины) недѣйствительно на всю сумму, превышающую 500 солидовъ. Такъ какъ примѣненіе указаннаго закона на практикѣ могло бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ возбудить сомнѣніе, то Юстиніаномъ особо разрѣшено:

1) Что нѣсколько послѣдовательныхъ дареній между однимъ и тѣми же лицами должно считать отдѣльными актами, такъ какъ и въ этомъ случаѣ достигается цѣль закона—недопустить необдуманныхъ, спѣшныхъ дареній на большія суммы.

2) При дареніи извѣстнаго ежегоднаго дохода можетъ случиться, что доходъ за одинъ годъ превосходитъ предѣльный максимумъ; здѣсь, конечно, сомнѣніе не мыслимо; или что онъ не превосходитъ 500 солидовъ (напр. въ случаѣ уменьшенія дохода, указаннаго въ первомъ случаѣ, до законнаго размѣра). Здѣсь необходимо принять во вниманіе слѣдующее: рента можетъ быть дарима или а) на извѣстное число лѣтъ; тогда сумма дара опредѣлится общей сложностью доходовъ за всѣ года; или б) навсегда и даже можетъ переходить къ наследникамъ обѣихъ сторонъ; въ этомъ случаѣ неизбѣженъ крѣпостной порядокъ; или с) подаренная рента можетъ по условію переходить только къ наследникамъ одной какой-либо стороны, или d) она дается безъ права перехода къ наследникамъ сторонъ; въ этомъ случаѣ нѣтъ необходимости въ крѣпостномъ порядкѣ. Правила, выраженные въ пунктахъ с. и d., представляются спорными вслѣдствіе неясности *L. 34. §. 4. C. de donat.* (8, 54). Естественнѣйшее объясненіе этого мѣста слѣдующее: крѣпостной порядокъ совершенія даренія требуется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оно переходитъ къ наследникамъ, хотя бы одной какой-нибудь стороны. (Гораздо проще разрѣшился бы вопросъ, если признать, что таковое дареніе дѣйствительно лишь до тѣхъ поръ, пока общая сложность полученныхъ ежегодныхъ доходовъ не составитъ предѣльнаго maximum. Съ этого момента, въ случаѣ несовершенія даренія крѣпостнымъ порядкомъ, выдача ежегоднаго дохода прекращается).

в. Послѣдствія даренія.

§ 70 ¹⁾.

Особенность даренія заключается въ томъ, что имущество, отчужденное подъ видомъ дара, можетъ, вслѣдствіе особыхъ причинъ, быть возвращено дарителю и самое дареніе отмѣнится (*Widerruf*). Такими причинами служатъ:

1) *Неблагодарность одареннаго*, проявляющаяся а) въ оскорбленіяхъ дѣйствіемъ, б) во всякаго другаго рода оскорбленіяхъ (даръ матери дѣтямъ не возвращается къ ней въ томъ случаѣ, когда оскорбленіе дѣтьми нанесено ей по вступленіи ея во второй бракъ), в) въ поставленіи дарителя въ опасное для жизни его положеніе, д) въ причиненіи дарителю значительнаго имущественнаго ущерба (по отношенію же къ *mater binuba* необходимо покушеніе на отнятіе всего ея имущества) и е) въ неисполненіи того, что обѣщано при принятіи дара (вовсе не примѣняется къ *mater binuba*). Искъ о возвращеніи дара есть *actio in personam*, имѣющей цѣлью одну *vindicta* (месть) и потому не переходящей на наследниковъ истца и не обращаемый противъ наследниковъ отвѣтчика.

2) *Послѣдующее рожденіе дѣтей*—при дареніи отъ бездѣтнаго патрона вольноотпущеннымъ.

Требованіе, возникающее изъ дарственнаго обѣщанія (*Schenkungsversprechen*), имѣетъ нѣкоторыя исключительныя послѣдствія: по отношенію къ *evictio* и порокамъ вещи (§ 362, 363); уплаты процентовъ за просрочку здѣсь не производится, а *beneficium competentiae* имѣетъ гораздо обширнѣйшее примѣненіе, чѣмъ въ другихъ случаяхъ (§. 244). Вопросъ о процентахъ за просрочку разрѣшался для римскихъ юристовъ изъ особыхъ оснований, именно изъ того, что совершеніе даренія требовало стипуляціи, а эта послѣдняя была *contractus stricti juris* ²⁾. Для насъ имѣетъ значеніе то соображеніе, что требованіе одареннымъ процентовъ за просрочку есть дѣйствіе *contra bonos mores*.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 22. D. de donat. (39, 5): *Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.*

с. Отдѣльные виды дареній.

§ 71.

Дареніе ¹⁾, основнымъ мотивомъ котораго служить благодарность, называется *благодарственнымъ*, *donatio remuneratoria*. Обстоятельства лица могутъ быть такого рода, что оно отдастъ извѣстную вещь другому лицу въ видѣ вознагражденія его за услугу, (хотя бы получатель и не имѣлъ юридически права требовать такого вознагражденія; въ этомъ случаѣ не будетъ истиннаго даренія. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ дареніе, хотя бы и благодарственное, должно быть обсуждаемо по основнымъ началамъ истиннаго даренія. Допустить обратное представляется весьма опаснымъ, если принять во вниманіе, что большинство случаевъ даренія совершается лицамъ, которыя тѣмъ или другимъ способомъ приобрѣли наше расположеніе. Поэтому совершенно неправильными представляются допускаемыя нѣкоторыми учеными отступленія отъ теоріи дареній и освобожденіе отъ тѣхъ ограниченій, которыми связанъ этотъ видъ сдѣловъ. Отступленія эти они основываютъ на нѣкоторыхъ постановленіяхъ закона, которыя однако говорятъ не о дѣйствительныхъ, а только о мнимыхъ благодарственныхъ дареніяхъ ²⁾).

Donatio sub modo есть дареніе, сопровождаемое назначеніемъ извѣстнаго модуса для одареннаго. Назначеніе это должно происходить одновременно съ самимъ дареніемъ и не можетъ быть установлено впоследствии по волѣ одного дарителя. Дарителю (равно и третьему лицу, заинтересованному въ-его исполненія, см. выше) предоставлено право иска объ исполненіи модуса и кромѣ того, въ случаѣ неисполненія, о возвращеніи всего дара, а не той только части, которая назначена для исполненія модуса ³⁾; право это осуществляется слѣдующими процессуальными средствами.

1) *Condictio causa data non secuta*, предоставляемая даже наследнику дарителя только по отношенію къ той части дара, которая назначена на выполненіе модуса, по отношенію къостальной части дара лишь на столько, насколько одаренный обогатился вслѣдствіе дара. Указанная *condictio* не имѣетъ мѣста, если *modus* не осуществился не по винѣ одареннаго.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 22. D. de donat. (39, 5) и др.

³⁾ L. 3. 8. C. de cond. ob caus. (4, 6).

2) *Vindicatio* ¹⁾, если модусомъ назначено было прокормленіе (*alimentatio*) дарителя.

3) Даритель имѣетъ самъ право на искъ о возвращеніи дара по неблагодарности, искъ личный, независимый отъ того, насколько отвѣтчикъ обогащенъ даромъ ²⁾. Это право онъ имѣетъ при неблагодарности всякаго рода ³⁾, хотя оно неосновательно отрицалось нѣкоторыми юристами. Однако если *modus* исполненъ, то употребленное на его выполнение слѣдуетъ вычесть изъ требуемой обратно суммы дара.

Вообще же *modus* можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе цѣнности (*Betrag*) дара, а это имѣетъ вліяніе какъ на опредѣленіе суммы дара, при вопросѣ о необходимости совершенія даренія крѣпостнымъ порядкомъ, такъ и на требованіе возвращенія дара, вслѣдствіе несоблюденія этой формальности ⁴⁾. Нѣкоторые ученые безъ всякаго основанія хотѣли во что бы то ни стало исключить необходимость совершенія *donatio sub modo* крѣпостнымъ порядкомъ.

Donatio omnium bonorum есть дареніе, имѣющее своимъ предметомъ все наличное имущество дарителя. Такое дареніе не представляетъ собою универсальнаго преемства; слово *имущество* понимается здѣсь въ естественномъ смыслѣ, въ смыслѣ общаго обозначенія всѣхъ отдѣльныхъ цѣнностей, его составляющихъ, какъ будто бы онѣ были дѣйствительно перечислены. Одаренный есть *successor singularis*; дареніе осуществляется перенесеніемъ на одареннаго всѣхъ отдѣльныхъ правъ дарителя, или (когда это невозможно) перенесеніемъ ихъ осуществленія, напр. посредствомъ цессіи какого-либо обязатель-

¹⁾ L. 1. C. de donat. quae sub modo (8, 55).

²⁾ Parbs, въ своей книгѣ *Berichtigungen und Ergaenzungen zu Puchta's Pandekten-Vorlesungen* (1852) стр. 18 и 19, неправильно считаетъ необходимымъ прибавить слѣдующее: „на этотъ искъ наследника дарителя не имѣетъ права въ томъ случаѣ, когда даритель умеръ, но предъявивъ *actio revocatoria propter ingratitudinem*, или когда самый искъ до смерти его не дошелъ до *litis contestatio* (?). Но даритель имѣетъ право обратиться съ искомъ къ наследникамъ одареннаго, если послѣдній провинился предъ нимъ въ неблагодарности (?). Этотъ (?) искъ представляется такимъ образомъ въ высшей степени личнымъ, *actio vindictam spirans*.“ Если бы Пухта сдѣлалъ такую добавку, то онъ совершилъ бы три грубые ошибки *Ср. L. 7. 10. C. de revoc. don.* (8 56), Савиньи, *System IV. §. 169.* *Прим. изд.*

³⁾ Parbs *ibid.* неосновательно употребилъ „при обстоятельствахъ другаго рода §. 70.“ Здѣсь же вторымъ разумѣются случаи, указанные въ § 70 подъ 1 рубрикой отъ a—d. *Прим. изд.*

⁴⁾ Parbs неправильно думаетъ исправить, употребивъ „вслѣдствіе неблагодарности.“ Авторъ же здѣсь имѣетъ въ виду несоблюденіе формальности при дареніи. *Прим. изд.*

ства. Поэтому имущество разумеется здѣсь за вычетомъ долговъ.

Крайне спорнымъ представлялся вопросъ, возможно ли дареніе будущаго имущества? Несомнѣнно, что подъ обыкновеннымъ дареніемъ оно вовсе *tacite* не разумеется. Но можетъ ли дареніе прямо имѣть своимъ предметомъ будущее имущество?

Многіе отвѣчали на этотъ вопросъ отрицательно ¹⁾, считая такое дареніе договоромъ о наслѣдствѣ (*Erbvertrag*), одновременно съ которымъ не можетъ быть назначенъ наслѣдникъ; они утверждали, что такое дареніе дѣйствительно только по нынѣшнему праву и притомъ именно въ смыслѣ договора о наслѣдствѣ. Намъ этотъ взглядъ кажется невѣрнымъ. Такое дареніе не есть договоръ о наслѣдствѣ, такъ какъ оно относится не къ *universitas*, а лишь къ отдѣльнымъ цѣностямъ, входящимъ въ составъ имущества. По этой именно причинѣ при такомъ дареніи возможенъ истинный наслѣдникъ, чего отнюдь не могло бы быть, еслибы дареніе обнимало собою всю *universitas*. На основаніи же правилъ, выраженныхъ въ *L. 119. D. de V. S. (50, 16): Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio* и въ *L. 50. pr. D. de H. P. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet*, слѣдуетъ признать, что рядомъ съ *hereditas* существуетъ и разсматриваемый видъ дареній—*donatio omnium bonorum* ²⁾. Такое дареніе возможно только посредствомъ общанія; требованіе, отсюда истекающее, поглощаетъ все имущество,—что можетъ случиться и случается ежедневно по отношенію къ другимъ требованіямъ, препятствія дѣйствительности такихъ дареній должны бы заключаться въ *donationis causa*, но этого, конечно, нѣтъ.

Если дажѣ возможно обязательство подарить одну какую-либо вещь, которую даритель имѣетъ еще пріобрѣсти въ будущемъ, или даже нѣсколько такихъ вещей, то почему же невозможно общаніе всей совокупности будущихъ вещей, которыя лицо пріобрѣтеть до своей смерти? Оно безъ сомнѣнія можетъ обшачать отдать кому-либо всѣ тѣ цѣнности, которыя оно пріобрѣтеть въ теченіи года; одаренный получить непремѣнно эти цѣнности, если даже даритель умретъ въ послѣдній день срочнаго года; отсюда необходимо вытекаетъ, что онъ можетъ прямо подарить все то, что имъ будетъ пріобрѣтено до смерт-

¹⁾ Между прочими и Савиньи *System. IV. §. 159.*

²⁾ Истинѣ это основано на несомнѣнныхъ добавленіяхъ *Parbs'a, cit. стр. 19*; остальные же его добавленія происгели изъ недоразумѣнія.—*Прим. изд.*

наго часа. Поэтому действительность такого дарения вовсе не зависит от действительности договора о наследствѣ и не должна быть обсуждаема по началамъ этого послѣдняго.

3. Mortis causa donatio.

§ 72.

Дареніе ¹⁾ на случай смерти есть дареніе, окончательное совершеніе котораго поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, *quae morte donatoris confirmatur*. Оно допускаетъ всегда отмѣну, отнятіе дара. Дареніе, мотивомъ котораго служитъ смерть (*mortis causa* въ *естественномъ* смыслѣ) не всегда есть *donatio mortis causa* въ *юридическомъ* смыслѣ. Отмѣняемость этого вида дареній можетъ быть въ известнымъ случаяхъ ограничена.

1) Всякая *mortis causa donatio* поставлена въ зависимость отъ условія, что даритель умретъ прежде одареннаго.

2) При совершеніи этого вида даренія можетъ быть включено опредѣленіе, что если даритель переживетъ грозящую его жизни опасность, то дареніе уничтожается само собой.

3) Дареніе это можетъ быть совершено такимъ образомъ, что отмѣна его обуславливается лишь благополучнымъ исходомъ какой-либо другой угрожавшей дарителю опасности.

4) Дарителемъ можетъ быть удержано право произвольно до самаго смертнаго часа отмѣнять дареніе. Это даже слѣдуетъ считать общимъ правиломъ.

Условіе, что даритель долженъ умереть прежде одареннаго, не отмѣнивъ даренія, можетъ быть поставлено въ формѣ суспензивнаго или резолютивнаго условія. Въ послѣднемъ случаѣ, приобретаемое одареннымъ право переходитъ къ нему при жизни дарителя путемъ *traditio* и пр. Когда же дареніе будетъ подлежать уничтоженію (вслѣдствіе смерти одареннаго или отмѣны даренія), то дарителю предоставляется право на *vindicatio* вещи; это право имѣетъ онъ впрочемъ не только при резолютивномъ, но и при суспензивномъ условіи. Въ томъ случаѣ, когда, вслѣдствіе особыхъ свойствъ объекта или по другимъ причинамъ, невозможна *vindicatio*, то дарителю предоставляется *condictio causa data non secuta* (ненаступившая *causa* здѣсь — продолжительность воли), а также и *actio in factum praescriptis verbis* (искъ, основанный на принятіи дара съ обща-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ніемъ возвратитъ оный въ случаѣ перемѣны намѣренія дарителя). Посредствомъ этихъ исковъ можно требовать и возврата плодовъ, полученныхъ отъ дара за весь промежутокъ времени, но лишь на столько, насколько ими увеличилось богатство одареннаго лица. Дарственное *mortis causa* обѣщаніе не можетъ быть осуществлено посредствомъ иска обращеннаго къ дарителю, а осуществляется лишь предъявленіемъ иска къ наследникамъ.

Этотъ ¹⁾ видъ дареній имѣетъ большое фактическое сходство съ отказомъ и въ многихъ, весьма важныхъ отношеніяхъ сопоставляется съ нимъ (см. наследственное право § 552); существенное различіе между ними заключается въ томъ, что дареніе *mortis causa* не представляется дачею чего-либо изъ наследства и потому не предполагаетъ наследственного перехода права отъ дарителя на одареннаго ²⁾.

ВРЕМЯ, КАКЪ УСЛОВІЕ ВОЗНИКНОВЕНІЯ И ПРЕКРАЩЕНІЯ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ.

А. ДѢЙСТВІЕ ВРЕМЕНИ.

§ 73.

Время имѣетъ въ правѣ тройкое значеніе.

1) Нѣкоторыми періодами времени (*Zeitabschnitt*) обусловливается невозможность предпріятія извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій. Таковы праздники, какъ церковные, такъ и гражданскіе—табели, *feriae* ³⁾. Праздники служатъ препятствіемъ къ совершенію судебныхъ актовъ, впрочемъ далеко не всѣхъ; препятствіе же это, кромѣ того, можетъ быть устранено согласіемъ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 38. D. eod.—*mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat.*

³⁾ Dig. II. 12: de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. III. 12: de feriis. Ср. X II. 9: de feriis. Къ первымъ по юстиниановскому праву относятся воскресенье, дѣнь недѣли Пасхи, Рождество, Крещеніе и Пятидесятница, во вторыхъ дни жатвы и сбора винограда, 1-е января, днѣ основанія Рима и Константинополя, дни рожденія и вступленія на престолъ императора. Только къ перваго рода праздникамъ строго примѣняется правило о недопущеніи стѣ совершенія судебныхъ актовъ, хотя все таки допускаются многіа исключенія для дѣлъ безспорныхъ, вѣтребующихъ предварительнаго и слѣдованія, и др.—Изъ Пандектъ.

контрагентовъ. Церковные праздники служатъ помѣхой для *actus contentiosae jurisdictionis*; изъ актовъ же *voluntariae jurisdictionis* римское право исключаетъ отпущеніе на волю, эманципацію и мировыя сдѣлки. Каноническое право устанавливаетъ правило, что праздники не могутъ служить препятствіемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда просрочка въ совершеніи какого-нибудь дѣйствія можетъ повлечь за собой гибельныя послѣдствія для лица и когда исполняется какая-либо нравственная обязанность. Практика обыкновенно допускаетъ совершеніе въ праздникъ даже всѣхъ *actus jurisdictionis voluntariae merae*. Гражданскіе праздники служатъ только препятствіемъ для *actus contentiosae jurisdictionis*, причемъ здѣсь также допускаются исключенія для тѣхъ случаевъ, когда просрочка въ совершеніи акта можетъ быть гибельна для лица, и для исковъ, предъявляемыхъ казною (*fiscus*).

2) Другіе періоды времени назначаются для совершенія извѣстныхъ дѣйствій; это—сроки (*Termine und Fristen*), определяемые по календарному счисленію; таковы напр. сроки, назначаемые для исполненія извѣстныхъ процессуальныхъ дѣйствій, сроки для оплаты акцій.

3) Наконецъ, вслѣдствіе истеченія извѣстныхъ періодовъ времени, при продолженіи опредѣленнаго состоянія, или при сохраненіи опредѣленнаго положенія вещей, измѣняются права или фактическія отношенія, обуславливающія тѣ или другія юридическія послѣдствія; таково напр. измѣненіе возраста вслѣдствіе продолжительности жизни, измѣненіе права собственности вслѣдствіе продолжительности владѣнія, потеря какого-либо права вслѣдствіе промедленія въ его осуществленіи.

Подъ это послѣднее дѣйствіе времени подходятъ тѣ юридическія институты, которые разумѣются подъ однимъ общимъ именемъ давности (*Verjährung*) и которые представляютъ собою измѣненіе въ правахъ вслѣдствіе ихъ осуществленія или неосуществленія въ теченіи извѣстнаго времени (это понятіе весьма часто и воплѣвъ ошибочно обозначили римскимъ терминомъ *praescriptio*; эта ошибка встрѣчается уже въ каноническомъ правѣ). Новѣйшіе юристы употребляютъ этотъ терминъ только для случаевъ, основанныхъ на положительномъ законѣ, такъ назыв. *praescriptio legalis*; древнѣйшіе же говорятъ и о *praescriptio conventionalis, testamentaria, judicialis*.

По времени эти юристы различаютъ *praescriptio definita* и *indefinita* (незапамятное время); по послѣдствіямъ—*praescriptio adquisitiva* и *extinctiva* (приобрѣтающую и погашающую давность), такъ какъ измѣненіе въ юридическіхъ отношеніяхъ вслѣдствіе истеченія извѣстнаго времени состоитъ или въ при-

обрѣтеніи или въ утратѣ права. Въ большинствѣ случаевъ и то и другое послѣдствіи совпадаютъ, напр. при *usucapio* одно лицо (*узупапіентъ*) пріобрѣтаетъ право собственности, а другое (прежній собственникъ) теряетъ его; при исковой давности лицо, имѣющее право иска, теряетъ его, а отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ новое право, которымъ онъ и защищается въ случаѣ предъявленія иска. Слѣдуетъ однако различать, какое изъ этихъ двухъ послѣдствій является преобладающимъ при конструкціи даннаго института. *Praescriptio adquisitiva* въ свою очередь распадается на *praescriptio constitutiva*, напр. давностное пріобрѣтеніе сервитута, и на *translativa*, напр. давностное пріобрѣтеніе права собственности.

Противъ такого обывновенія называть однимъ терминомъ *praescriptio* давностное пріобрѣтеніе права собственности и сервитутовъ, *usucapio libertatis*, *non usus*, исковую давность и проч., можно возразить, что оно совершенно излишне, такъ какъ не вызвано никакой существенною необходимостью. Въ послѣдствіи, для этого термина старались найти извѣстное юридическое понятіе и стали считать давность совершенно особымъ юридическимъ институтомъ, тогда какъ въ сущности это есть произвольное собирательное имя для нѣсколькихъ, вполнѣ различныхъ юридическихъ институтовъ. Съ этой цѣлью всѣ институты были подведены подъ одну общую точку зрѣнія, подчинены извѣстному числу искусственно-созданныхъ правилъ, перемѣшаны между собой, послѣдствіемъ чего и явились многія грубѣйшія ошибки. Съ такимъ же точно основаніемъ можно было бы соединить во одно всѣ измѣненія въ правахъ, производимыя юридическими дѣйствіями, назвать эту совокупность ихъ какимъ-нибудь терминомъ и все это считать институтомъ, въ который входили бы: *traditio*, *occupatio*, договоры, *delicta*, завѣщанія и проч.

Въ интересахъ науки и даже самаго права необходимо вовсе отказаться отъ общаго понятія *praescriptio* (*Verjaehrung*) и просто избѣгать этого слова, порождающаго такую путаницу. Правильное ученіе о давности будетъ изложено нами между прочимъ въ слѣдующихъ параграфахъ.

В. Периоды времени (Zeitabschnitte).

§ 74.

Периоды ¹⁾ времени (годы, мѣсяцы, недѣли, дни, часы, минуты и т. д.) фигурируютъ въ правѣ или отдѣльно, въ смыслѣ известныхъ промежутковъ времени, заключающихся въ каждомъ изъ нихъ (Zeittheile), или же въ смыслѣ долей какого-либо большаго промежутка времени, выражаемаго числомъ этихъ долей (Zeitraum). Опредѣленіе періодовъ времени въ большии ствѣ случается, въ которыхъ оно юридически важно, совершается обыкновенно по календарю и не требуетъ особыхъ свѣдѣній, или употребленія какихъ либо сложныхъ инструментовъ. По введенному Юліемъ Цезаремъ, въ 709 году отъ построенія Рима, во всеобщее употребленіе календарю, годъ представляется пространствомъ времени, состоящимъ изъ 365, а иногда (високосный годъ) изъ 366 дней. При счетѣ съ какого-нибудь произвольнаго числа, годъ всегда считается въ 365 дней и день високоса не принимается въ расчетъ ²⁾.

Мѣсяць есть пространство времени, состоящее изъ 28 (29), 30 и 31 дня; при счетѣ съ какого-нибудь произвольнаго числа, мѣсяць принимается всегда за 30 дней, такъ что 2 мѣсяца = 60 днямъ, 6 мѣс. = 180 дн. Шрадеръ ³⁾ думалъ, что лишь одинъ мѣсяць можно считать за 30 дней, но при счетѣ въ 2, 3 и болѣе мѣсяцевъ, каждый мѣсяць является уже двѣнадцатою долею года, такъ что, отбросивъ мелкія дроби, получается, что 2 мѣсяца = 61 дню, 6 мѣсяцевъ = 182 днямъ. Это мнѣніе основано на двухъ законоположеніяхъ римскихъ источниковъ, которыя нѣкоторыми юристами приводятся въ его подтвержденіе. Тридцатидневный же счетъ, какъ намъ кажется, удостоверяется многими законами ⁴⁾.

Кажущимся отступленіями отъ такого исчисленія мѣсяцевъ являются: 1) *L. 101. D. de R. J. (50, 17)* ⁵⁾. По поводу этого правила нерѣдко высказывали мнѣніе, будто къ срокамъ,

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ *L. 98. D. de V. S. (50, 16), L. 3. §. 3. D. de minor (4, 4).*

³⁾ Schrader, *civilistische Abhandlungen*, II. 3. (1816).

⁴⁾ *L. 40. D. de reb. cred. (12, 1), L. 11. §. 6., L. 29. §. 5. D. ad l. Inl. de adult. (48, 8), L. 22. §. 2. 11. C. de jure delib. (6, 30), Nov. 115. c. 2. Paul. sent. IV. 9, 5.*

⁵⁾ *Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.*

обусловливающимъ потерю правъ, прибавляется одинъ день. Но это мнѣніе представляется болѣе чѣмъ сомнительнымъ уже въ виду одного греческаго перевода цитированнаго правила ¹⁾. Для правильнаго пониманія какъ этого, такъ и другихъ подобныхъ правилъ необходимо помнить слѣдующее замѣчаніе относительно счисленія древнихъ Римлянъ. Употребленіе ими количественныхъ числительныхъ нисколько не отличается отъ нашего, но при счетѣ порядковомъ замѣчается рѣзкое различіе. Они двойко выражаютъ время порядковыми числительными: 1) или присоединяя (*Mitzaehlung*) исходный моментъ; напр, *tertio quoque die* значитъ черезъ день, *quinto quoque anno*— черезъ каждые четыре года: 2) или не присоединяя его напр. *quarto quoque anno*. Первый способъ былъ всеупотребительнымъ и потому долженъ быть принимаемъ во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ (совѣмъ другой вопросъ о принятіи въ счетъ срока (*Mitrechnung*) того дня, въ который приходится начало его).

Итакъ если съ сегодняшняго дня приходится отсчитать два дня, то не принимая нынѣшній день въ счетъ срока, по причисляя его (*mitzaehlen*) къ двумъ срочнымъ днямъ, придется послѣдній срочный день назвать третьимъ; если бы нужно было отсчитать 60 дней, то послѣдній день срока будетъ 61-ымъ. Таковъ смыслъ *L. 101 cit.*, по которой два мѣсяца=60 днямъ и начальный день срока къ нему не присчитывается. Указанная цитата содержитъ въ себѣ собственно 2 правила: 1) 2 мѣсяца равны 60 днямъ и 2) первый день не долженъ быть присчитываемъ къ сроку (см. слѣд. §). Упомянутый въ примѣчаніи греческій переводчикъ опустилъ второе правило, вполнѣ вѣрно передавъ первое. Утверждать же напротивъ, что 2 мѣсяца = 61 дню было бы совершенно невѣрно ²⁾.

2) *L. 12. D. de statu hom.* и *L. 3. §. 12. D. de suis et leg.* ³⁾ указываютъ, что 182 й день послѣ брака считался равнымъ началу

1) Въ сочиненіи такъ называемаго Евстація *περί χρόνου καὶ προσεισίου*.

2) Husehke, *Zeitschrift f. Civilr. u. Pr.* Нов. сер. II, стр. 168, старается побосьтъ быдѣ взаимною славою *primo числительнымъ postremo, желая тѣмъ выразить „въ послѣднихъ частяхъ шестидесятаго дня“, такъ какъ начальный день срока всегда, даже самимъ Павломъ, L. 134. D. de V. S. (50,16), считается первымъ его днемъ. Но такое мнѣніе Хушке не выдерживаетъ самой поверхностной критики.*

Прим. изд.

3) *L. 12. D. de statu hom.* (1,5): *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.*—*L. 3. §. 12. D. de suis et leg.* (38,16): *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum. nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum diem esse manumissa.*

седьмого мѣсяца его. Эти цитаты отнюдь не говорятъ въ пользу счисленія Шрадера, по которому 6 мѣсяцевъ равнялись бы 182 днямъ. Но 6 мѣсяцевъ не равняются и 181 дню потому, что если первымъ днемъ принять день совершенія брака (и возможнаго зачатія), то 180 дней истекутъ на 181-ый день, но полныхъ 180 дней можно будетъ считать лишь на 182-ой день. Итакъ 6 мѣсяцевъ—180 днямъ, причемъ день заключенія брака не считается полнымъ днемъ.

Указанныя правила счисленія по годамъ и частямъ года лежать въ основѣ всѣхъ назначаемыхъ римскими законами сроковъ, которые и должны быть поэтому исчисляемы вышеизложеннымъ способомъ. Въ случаѣ же назначенія срока въ договорѣ, напр. въ векселѣ, все будетъ зависѣть отъ намѣренія контрагентовъ; при сомнѣннн же рѣшительное значеніе имѣетъ обычай. Срокъ „черезъ мѣсяцъ“ весьма часто принимается въ смыслѣ „въ тоже самое число слѣдующаго мѣсяца“. Точно также разсчитываются мѣсячные сроки для процессуальныхъ дѣйствій въ большинствѣ судовъ. День (сутки) равняется 24 часамъ; календарный день, *dies civilis*, начинается и кончается въ полночь (у Римлянъ счетъ часовъ начинался съ восхода и захода солнца, такъ что полдень и полночь считались шестымъ часомъ). Въ смыслѣ же переходящей единицы времени съ извѣстнаго часа одного дня до того же часа другаго дня, день, по общему правилу, не употребляется, такъ какъ обыкновенно часы не берутся въ разсчетъ и дни принимаются въ смыслѣ недѣльныхъ долей времени; но объ этомъ въ слѣдующемъ параграфѣ.

С. Исчисленіе времени.

1. Гражданское исчисленіе.

§. 75.

Исчисленіе всякаго промежутка времени основывается на двухъ моментахъ. 1) на опредѣленнн его объема, то есть суммы отдѣльныхъ долей времени, его составляющихъ; чѣмъ мельче эти доли, тѣмъ самое исчисленіе можетъ быть точнѣе, и 2) на примѣненнн этого опредѣленія къ данному случаю, на сравненнн даннаго промежутка времени съ предписаннымъ въ законѣ. Оно должно состоять изъ опредѣленія а) начальнаго момента промежутка, напр. начала возникновенія права иска, б) конечнаго момента, напр. предъявленія иска, и с) того, ра-

вень ли промежутокъ времени между этими двумя моментами предписанному законами сроку.

Эти исчисления предполагаютъ существованіе известной единицы времени (*Zeitmesser*), которою мы определяемъ части известнаго (конкретнаго) времени, чтобы имѣть возможность сравнить сумму этихъ частей съ суммою установленною въ законѣ.

Годность и удобство этой единицы времени будетъ зависетьъ отъ тѣхъ долей, на которыя разбивается данный періодъ времени и которыми опредѣляется начало и конецъ его. Чѣмъ меньше эти доли, тѣмъ точнѣе будетъ самая единица времени, за то и тѣмъ искусственнѣе, дороже и менѣе доступною для общаго употребленія, таковы напр. секунды, терціи. Ввести въ употребленіе такія мелкія единицы не было бы возможности потому, 1) что нельзя сдѣлать такое измѣреніе времени общедоступнымъ и 2) что въ большинствѣ случаевъ невозможно съ точностію опредѣлить начальныи и конечныи моменты каждаго періода. Такое тщательное опредѣленіе сроковъ въ юридическомъ быту представляется даже безцѣльнымъ, такъ какъ промежутки времени, устанавливаемые закономъ, обыкновенно произвольной величины и могутъ быть опредѣляемы различнымъ образомъ, а поэтому важно не математически точное измѣреніе, но по возможности постоянно равномерное. Необходима единица времени не безусловно точная, а равномерная, дающая при всякомъ исчисленіи однообразные результаты, и кромѣ того общедоступная.

Для такого исчисленія служитъ календарное дѣленіе времени, гдѣ мельчайшею единицею является день, считая отъ полуночи до полуночи, *dies civilis*. Календарный день лежитъ въ основѣ юридическаго, *гражданскаго* исчисленія времени, *Civilcomputation*, *ad dies numerare*. День принимается здѣсь за нераздѣльную единицу. Каждый срокъ, опредѣляемый закономъ, состоитъ изъ известнаго числа календарныхъ дней (а не часовъ или минутъ); при опредѣленіи начала его обращаютъ вниманіе на тотъ день, (обыкновенно опредѣляемый съ достаточною достовѣрностію), а не на часъ или минуту, въ который что-либо произошло, и съ этого дня должно пройти столько дней, сколько ихъ заключается въ назначенномъ срокѣ. Исчисленіе же времени посредствомъ мельчайшихъ единицъ называется *естественнымъ*, *Naturalcomputation*, а *momento ad momentum*, *ad momenta temporum*. Юридическое исчисленіе принимаетъ день за мельчайшую единицу времени, естественное же—за цѣлый періодъ времени, состоящій въ свою очередь изъ болѣе мелкихъ долей.

Юридическое исчисленіе времени есть счетъ *ad dies*, при которомъ болѣе мелкія единицы не принимаются во вниманіе.

Поэтому вполне равносильно, приходится ли начало известного события в первый или в последний часъ дни. Изъ нераздѣльности дня, какъ единицы времени, вытекаетъ правило: *dies scriptus habetur pro completo* (а не *excesso*). (При математическомъ исчисленіи также все равно, совершается ли известное явленіе въ началѣ или въ концѣ секунды).

Необходимо однако замѣтить слѣдующее важное различіе.

1) Начальный день известного періода времени въ нѣкоторыхъ случаяхъ присчитывается къ сроку и, для истеченія сего послѣдняго, достаточно того, чтобы послѣдній день только начался. Послѣднимъ днемъ срока будетъ поэтому день предшествующій тому, который слѣдовало бы признать конечнымъ по естественному счисленію; если напр. начальнымъ днемъ было 1-ое января, то послѣдній день, при годичномъ срокѣ, будетъ 365 ый день, то есть 31-ое декабря, поэтому срокъ истекаетъ въ полночь съ 30 на 31 декабря. Технически это выражается такимъ образомъ: необходимо истеченіе срочнаго періода времени (*Vollendung*), но нѣтъ необходимости въ переходѣ за его границу (*Ueberschreitung*), срокъ долженъ быть *completum*, а не *excessum*. Указанное различіе особенно важно при юридическомъ исчисленіи, такъ какъ мельчайшими долями въ немъ являются дни; еслибы таковыми были часы, то это различіе имѣло бы меньше значенія, наконецъ оно не имѣло бы его вовсе при счетѣ секундами, гдѣ трудно разграничить точное соблюденіе срока отъ перехода за его границу.

Такой способъ исчисленія употребляется въ томъ случаѣ, когда съ продолженіемъ известного положенія въ теченіи нѣкотораго періода времени, связано приобрѣтеніе чего-либо. Условіемъ здѣсь постановляется, чтобы данное положеніе вещей продолжалось въ теченіи опредѣленнаго числа дней; оно уже должно быть признано продолжавшимся въ послѣдній день срока, если только оно существовало хотя въ теченіи одной минуты послѣдняго дня, такъ какъ эта минута равна по значенію цѣлому дню. Примѣрами такого исчисленія срока въ положительномъ правѣ служатъ: *anniculus*, *usucapio*, совершеннѣйшіе для отпущенія на волю, для совершенія завѣщаній ¹⁾. Нѣкоторые юристы ²⁾ ошибочно признаютъ, что послѣднимъ днемъ срока будетъ тотъ, который придется по естественному исчисленію. Такимъ образомъ произойдетъ смѣшеніе юридического исчисле-

¹⁾ L. 134. D. de V. S. (50, 16), L. 6, 7. D. de usurp. (41, 3), L. 1. D. de manum. (40, 1), L. 5. D. qui testam. (28, 1).

²⁾ Между прочими Savigny, System IV. §. 182—188.

нія съ естественнымъ и самое опредѣленіе сроковъ изъ строго опредѣленнаго сдѣляется вполнѣ произвольнымъ. Вопросъ разрѣшается по числу дней, заключающихся въ срокѣ. Кроме того указанное мнѣніе противорѣчитъ положительному праву, особенно L. 5. D. qui test. ¹⁾.

Мнѣніе это опирается главнымъ образомъ на то, что указанное нами исчисленіе представляетъ слишкомъ большое отступленіе отъ обыкновеннаго счета; такого отступленія боятся, какъ будто бы оно можетъ имѣть значеніе при произвольности самаго назначенія сроковъ. Затѣмъ основою его служитъ цитата Геллія ²⁾, опредѣлявшаго срочный годъ *usus* а, необходимаго для установленія *manus* надъ женою, такимъ образомъ, что если началомъ его было 1-е января, то конецъ приходился въ полночь съ 31-го декабря на 1-е января. Здѣсь однако нѣтъ отступленія отъ указаннаго нами правила исчисленія, такъ какъ весь вопросъ зависитъ отъ того, должны ли быть къ данному случаю примѣнены начала исчисленія сроковъ для приобрѣтенія или для потери правъ (см. ниже).

2) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ послѣдній день срока долженъ истечь сполна, необходимъ переходъ за его границу. Такое исчисленіе имѣетъ мѣсто, когда послѣдствіемъ истеченія срока является потеря права вслѣдствіе непопользованія имъ. Только послѣ истеченія всего послѣдняго дня, можно сказать, что пропущенъ срокъ для осуществленія права. Примѣняется это счисленіе при исковой давности и при другихъ срокахъ, назначаемыхъ для совершенія извѣстныхъ дѣйствій ³⁾. Разсуждая строго послѣдовательно, не слѣдовало бы принимать въ расчетъ тотъ день, въ который приходится начальное событіе, напр. возникновеніе права иска, такъ какъ отъ этого событія должно пройти опредѣленное число полныхъ дней непопользованія этимъ правомъ, а таковымъ собственно нельзя считать означенный первый день. Но такая послѣдовательность не всегда соблюдается въ нашихъ

¹⁾ L. 5. D. qui testam. (28, 1): A qua ætate testamentum vel masculi, vel feminæ facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecim completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complisse? Propone aliquem calendis januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitrator, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, jam enim complisse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

²⁾ Gell. noct. att. III, 2. Ср. прилож. IV.

³⁾ L. 6. D. de O. et A. (44, 7), L. 1. §. 9. D. de succ. ed. (38, 9). L. 30 §. 1. D. ad. l. lul. de adult. (48, 5).

законахъ. (Большую ошибку дѣлають тѣ юристы, которые считаютъ указанное во 2-й рубрикѣ примѣненіе юридическаго исчисления за счисленіе естественное) ¹⁾.

Естественное исчисленіе времени встрѣчается только въ одномъ случаѣ, именно при опредѣленіи несовершеннолѣтія (въ виду *in integrum restitutio*), при чемъ прямая выгода лица, чтобы совершеннолѣтіе его наступало возможно позже ²⁾.

Неоднократно былъ предлагаемъ вопросъ, какъ слѣдуетъ исчислять время въ случаяхъ, прямо неразрѣшенныхъ въ законѣ? Многіе думали, что за общее правило должно быть принято естественное исчисленіе и что исчисленіе гражданское есть только исключеніе. Но это вполнѣ невѣрно. Юридическое исчисленіе основано на юридической потребности, поэтому то именно и должно быть признано примѣненіе его ко всѣмъ юридическимъ отношеніямъ за общее правило.

Необходимость въ естественномъ счисленіи можетъ встрѣтиться по отношенію къ тѣмъ срокамъ, которые опредѣляются частными распоряженіями; напр. срокъ „черезъ сорокъ восемь часовъ“ относится къ естественному счисленію, то-есть намѣренія распорядителя ограничены извѣстнымъ количествомъ часовъ. Далѣе напр., когда идетъ рѣчь о машинѣ, которая въ теченіи извѣстнаго времени должна произвести опредѣленную работу, то даже минуты и секунды могутъ имѣть важное значеніе.

Законъ, опредѣляющій, что способность къ занятію почетныхъ должностей въ городахъ пріобрѣтается съ достиженіемъ 25 лѣтъ, представляетъ собою нѣкоторую особенность ³⁾: въ этомъ случаѣ достаточно начала 25 года. Законъ этотъ, относясь къ области государственнаго права, не имѣетъ значенія въ правѣ гражданскомъ. Совсѣмъ инымъ представляется тотъ законъ, что *annua legata* пріобрѣтаются съ началомъ года ⁴⁾; онъ, не будучи послѣдствіемъ какого-либо отдѣльнаго способа исчисленія времени, имѣетъ свои особыя основанія.

Скажемъ нѣсколько словъ о високосномъ днѣ ⁵⁾.

1) Какъ опредѣлять срокъ, обуславливающій для одного лица пріобрѣтеніе права, а для другаго потерю его, напр. срокъ при *usufructu*? Консеквентно слѣдовало бы признать, что первый пріобрѣтаетъ право съ самаго начала конечнаго дня срока; второму же должно бы до конца этого дня предоставить возможность возвратитъ себѣ право посредствомъ *usucapatio*; нѣкоторый слѣлъ такого разрѣшенія вопроса находимъ мы въ *L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3)*, см. дополненіе къ IV прилож. Но примѣненіе его въ Юстиніановскомъ правѣ, равно и въ нынѣшнемъ весьма сомнительно. *Прим. изд.*

²⁾ *L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4)*.

³⁾ *L. 8. D. de munerib. (50, 4)*.

⁴⁾ *L. 5. 8. 22. D. de annuis leg. (33, 1)*.

⁵⁾ Ср. *прим. V*.

1) Если день високоса приходится въ срединѣ известнаго промежутка времени, то онъ, вмѣстѣ съ предшествующимъ днемъ, образуетъ одинъ *dies civilis* и потому не принимается въ расчетъ, *biduum pro uno die habetur*, вслѣдствіе чего *tempus augetur*. Такъ бываетъ при срокахъ, назначенныхъ въ законѣ. Въ случаѣ же назначенія срока по волѣ частныхъ лицъ, напр. при *lex commissoria* и неплатѣ цѣны вещи въ теченіи 30 дней, високосный день не присчитывается, такъ какъ нельзя предположить, чтобы стороны имѣли въ виду указанное нами календарное правило ¹⁾).

2) Если високоснымъ днемъ начинается или оканчивается известныи періодъ времени, то исчисленіе остается тоже (*dies intercalaris* есть просто *dies adventicius*). Такъ, первымъ днемъ *usucapio*, начинающейся 24-го февраля високоснаго года, будетъ 25-ое февраля. Исковая давность, обыкновенно истекающая 24 числа, въ високосномъ году длится до 25-го. День рожденія ребенка, появившагося на свѣтъ 24 или 25 февраля високоснаго года, придется какъ въ простомъ, такъ и въ високосномъ году 25 февраля; если же ребенокъ родился 24 февраля простаго года, то въ високосномъ году днемъ его рожденія будетъ 25 февраля.

Изложенныя правила должны быть примѣняемы и въ настоящее время, такъ какъ у нѣмцевъ принципъ високоса тотъ же, что и у римлянъ. Особая нумерація этого дня въ наше время не имѣетъ значенія; это—простое различіе въ названіи. Кромѣ того, измѣняя исчисленіе времени ради високоса, мы бесполезно запутали бы дѣло тѣмъ, что срокъ напр. тридцатилѣтней давности, заключающій въ себѣ 7 или 8 високосныхъ годовъ, истекалъ бы семью или осмью днями раньше.

2. *Utile tempus*.

§ 76.

Continuum tempus называется время, состоящее изъ совокупности послѣдовательныхъ, связанныхъ между собою моментовъ, при исчисленіи котораго принимаются въ расчетъ всѣ дни безъ исключенія. Отступленіе представляетъ тотъ случай, когда теченіе времени на болѣе или менѣе долгій срокъ превращается, но все таки не считается прерваннымъ, напр. при покоящейся давности.

¹⁾ L. 2. D. de div. temp. praeser. (44, 3).

Utile tempus есть время, при исчислении котораго принимаются въ расчетъ известныя обстоятельства, препятствующія совершению юридическихъ дѣйствій, такъ что считаются только тѣ дни, въ которыхъ нѣтъ этихъ препятствій. Благодаря такому счету, величина срока можетъ быть значительно расширена, напр. годичный срокъ можетъ сдѣлаться четырехгодичнымъ, если въ теченіе этихъ четырехъ лѣтъ можно насчитать лишь 365 безпрепятственныхъ дней.

Употребленіе *tempus continuum* есть общее правило; *tempus utile* является исключеніемъ. Это исключеніе никогда не принимается при исчисленіи сроковъ, назначенныхъ для пріобрѣтенія права, а также и для потери его вслѣдствіе несовершенія какихъ-либо дѣйствій, лишь бы не судебныхъ; далѣе—при исчисленіи сроковъ, превышающихъ одинъ годъ, такъ что оно имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда срокъ положительно опредѣленъ въ законѣ, а не установленъ для какого-нибудь отдѣльнаго случая, напр. въ срокахъ судебныхъ.

Примѣненіе *tempus utile* опредѣляется слѣдующимъ общимъ правиломъ: оно имѣетъ мѣсто въ срокахъ до одного года и меньше, назначенныхъ для совершенія судебныхъ дѣйствій.

Препятствія, обуславливающія исключеніе того или другаго дня изъ срока, бываютъ трехъ родовъ; они заключаются: 1) въ самомъ характерѣ того дѣйствія, которое должно быть совершено и которое не допускаетъ совершенія его въ этотъ именно день; 2) въ необходимости присутствія другаго какого-либо лица; 3) въ томъ особомъ положеніи (напр. отсутствіе или болѣзнь), въ которомъ находится дѣйствующее лицо, если только невозможно будетъ совершеніе даннаго дѣйствія чрезъ представителя.

Принятіе въ расчетъ незнанія возможности совершенія дѣйствія въ данное время не принадлежитъ къ особымъ свойствамъ *tempus utile*; такое снисхожденіе можетъ быть или предписано или запрещено (послѣднее есть, конечно, общее правило) какъ при *tempus utile*, такъ и при *tempus continuum*.

Такое ошибочное и напрасное обсужденіе позднѣйшими юристами значенія невѣднія свойствъ даннаго дня повлекло за собой подраздѣленія: на *tempus utile ratione initii et cursus* (*tempus utile* съ принятіемъ въ расчетъ невѣднія), *utile ratione cursus*, *continuum ratione initii* (*tempus utile* безъ такого снисхожденія), *utile ratione initii*, *continuum ratione cursus* (*tempus continuum* съ принятіемъ въ расчетъ невѣднія) и *continuum ratione initii et cursus* (*tempus continuum* безъ такого снисхожденія).

D. Незапамятное время.

§ 77.

Доказать возникновение права тѣмъ труднѣе, чѣмъ больше времени прошло съ этого момента, такъ-что само продолжительное существованіе извѣстнаго права могло бы обусловить не-вѣрность, непрочность пользованія имъ; это приводитъ насъ къ необходимости допустить, при извѣстныхъ условіяхъ, замѣну доказательства правомѣрнаго возникновенія права извѣстною продолжительностью его осуществленія; условія же эти постав-ляются такимъ образомъ, чтобы пни устранилась возможность противозаконнаго захвата права (*usurpatio*) въ далѣкомъ буду-щемъ. Чѣмъ короче бытіе извѣстнаго права, тѣмъ строже дол-жны быть соблюдаемы эти условія (напр. требованіе юридиче-скаго титула для его осуществленія), чѣмъ дольше оно, тѣмъ меньшаго соблюденія этихъ условій нужно требовать. Такою замѣною доказательства правомѣрности возникновенія нѣкоторыхъ правъ (права собственности, сервитутовъ и пр.) служитъ осуществленіе ихъ въ теченіи извѣстнаго, болѣе или менѣе продолжительнаго времени, напр. въ теченіи 3, 10, 20, 30 и 40 лѣтъ (*Ersitzung*—давность). Для нѣкоторыхъ правъ такого срока не опредѣлено, но для нихъ имѣетъ значеніе осуществле-ніе права лицомъ съ незапамятнаго времени—*vetustas* (въ этомъ особенномъ смыслѣ слова).

Право въ этомъ послѣднемъ случаѣ считается приобретен-нымъ потому, что оно осуществлялось въ теченіи столь дол-гаго времени, что начало этого осуществленія лежитъ за пре-дѣлами человеческой памяти; это такъ называемая незапамят-ная давность, *praescriptio immemorialis, cujus contrarii me-moriam non existit*. Правомѣрность возникновенія права въ такомъ случаѣ не можетъ быть доказана, такъ какъ нельзя указать вообще момента этого возникновенія, относящагося къ слишкомъ отдаленному отъ насъ времени.

Итакъ незапамятное время состоитъ въ томъ; что начало на-стоящаго положенія вещей неизвѣстно, *origo memoriam exces-sit*, то есть 1) нѣтъ ни очевидцевъ, ни даже людей, знающихъ по слухамъ о времени возникновенія данныхъ отношеній и 2) нѣтъ лицъ, которые бы получили такого рода свѣдѣнія отъ своихъ предшественниковъ на житейскомъ поприщѣ ¹⁾).

¹⁾ L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 28. D. de probat. (22, 3). Ср. Huschke, Zeitschr. f. Civilr. u. Procesz, нов. сер. IV. 9. N° 13, стр. 301 и сл. (зд. 1847 г.).

Для доказательства того, что известное юридическое отношение существует съ незапамятнаго времени, достаточно:

1) Или показанія свидѣтелей, пережившихъ послѣднее поколѣніе, что положеніе вещей съ того времени, какъ они себя помнятъ, было точно такое же, какъ и въ настоящее время, и что они не слышали отъ предковъ, чтобы оно было инымъ. Возрастъ свидѣтелей опредѣляется въ 54 года (это лица, прожившія 40 лѣтъ послѣ совершеннолѣтія), впрочемъ въ свидѣтели допускались и пятидесятилѣтніе, но отнюдь не моложе.

2) Или какія бы то ни было другія доказательства, напр. при двухъ послѣднихъ поколѣніяхъ, грамоты непрерывнаго существованія даннаго отношенія. О доказательствѣ юридическаго титула, конечно, не можетъ быть и рѣчи, незапамятная давность замѣняетъ титулъ.

Возможно представленіе доказательствъ въ опроверженіе существованія извѣстныхъ отношеній съ незапамятнаго времени (*Gegenbeweis*); эти доказательства должны, конечно, быть направлены противъ незапамятной давности, а не противъ самаго права (что весьма часто смѣшпвалось).

Доказательствами несуществованія незапамятнаго времени могутъ служить: 1) удостовѣреніе того, что бытіе даннаго отношенія при двухъ послѣднихъ поколѣніяхъ прерывалось на нѣкоторое время, такъ что былъ извѣстный промежутокъ времени, въ теченіи котораго данное отношеніе юридически не существовало (доказательства простаго *pop usus* недостаточно); и 2) указаніе опредѣленнаго момента, съ котораго началось данное отношеніе; необходимо указать опредѣленный моментъ начала, такъ какъ самый фактъ начала не подлежитъ сомнѣнію: незапамятное время не есть вѣчное. Однако вовсе не нужно, чтобы этотъ моментъ относился непременно къ послѣднимъ двумъ поколѣніямъ (которыми ограничивается доказательство незапамятной давности, иначе немыслимое). Это же подтверждаетъ и вторая изъ указанныхъ въ 1 прим. цитатъ, гдѣ сказано, *et hoc infinite similiter sursum versum*.

Незапамятное время примѣняется въ римскомъ правѣ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда приобрѣтеніе какого-либо права не обусловливалось истеченіемъ опредѣленнаго числа лѣтъ; оно такимъ образомъ являлось дополненіемъ института давности (*Ersitzung*), именно для тѣхъ случаевъ, когда условіемъ правомѣрности извѣстнаго положенія вещей служитъ соизволеніе верховной власти, *vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur*; напр. по отношенію къ водянымъ путямъ, не представляющимъ сервитутами, плотинамъ, назначеннымъ для регулированія теченія воды, дорогамъ, получающимъ характеръ обществен-

ныхъ. Въ каноническомъ правѣ незапамятное время важно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ *præscriptio definita*, вслѣдствіе отсутствія законнаго титула, имъ слѣдовательно замѣняемаго. Въ законахъ Германской имперіи оно имѣетъ силу для недвижимостей (*Immunitas*).

Приобрѣтеніе всякаго права путемъ незапамятнаго времени предполагаетъ: 1) способность лица простирать данное право на извѣстный объектъ, хотя бы въ силу привилегіи; 2) возможность продолжительнаго осуществленія этого права; 3) отсутствие назначенія въ законѣ какой-нибудь срочной давности, вслѣдствіе которой примѣненіе незапамятнаго времени становится излишнимъ. Къ сервитутамъ оно собственно не должно было бы примѣняться, однако практика обыкновенно допускала такое примѣненіе потому, что давностное приобретеніе права исключается вслѣдствіе какого-либо порока (*vi, clam или præscriptio*), существованіе котораго если бы и было даже вполне доказаннымъ, не прерываетъ однако теченія незапамятнаго времени. (Возраженіе Савиньи, какъ кажется, не выдерживаетъ критики)¹⁾.

Предметомъ долгаго, бесполезнаго спора служилъ вопросъ, слѣдуетъ ли признать, что незапамятное время имѣетъ своимъ послѣдствіемъ самое давностное приобретеніе, или же только фикцію, вѣроятность его, т. е. слѣдуетъ ли считать его самостоятельнымъ способомъ давностнаго приобретенія права, или простымъ подобіемъ другаго способа. Право считается приобретеннымъ потому, что оно осуществлялось въ теченіи извѣстнаго времени; продолжительность этого времени замѣняетъ собой доказательство способа приобретенія права, а потому съ этой стороны незапамятное время можетъ считаться фикціей; но тоже бываетъ и при всякаго другаго рода давностномъ приобретеніи и наоборотъ, какъ этимъ послѣднимъ, такъ и незапамятнымъ време-

¹⁾ Авторъ не придаетъ достаточной цѣны слѣдующимъ соображеніямъ: 1) что эта фиктивная практика признается далеко не всеми, см. напр. Пухендорфъ, *obv. I, 32. §. 20*; 2) что ей недостаетъ разумнаго основанія (*ratio*), такъ какъ заключающаяся въ извѣстномъ порокѣ несправда никогда, сколько бы времени она ни продолжалась, не можетъ сдѣлаться правомъ; 3) что это правило основывается на нѣсколькихъ теоретическихъ ошибкахъ (на всеобщности понятія *præscriptio*, дѣленіи ея на *definita* и *immemorialis*, смѣшеніи понятій *aqua publica* и *privata*) и 4) что таки называемые полевые и дѣсные сервитуты, къ которымъ это правило преимущественно причисляется (Seuffert, *Arch. f. Entscheidungen der obersten Gerichte*, т. I, 1847 г. № 4 и 5), собственно вовсе не сервитуты, а общинныя права, которые еще и по римскому праву должны были подпадать дѣйствию незапамятной давности.

немъ пріобрѣтается и обосновывается всегда какое-либо право. Поэтому можно сказать, что незапамятное время для законодателя—фикція, а для судьи—давностное пріобрѣтеніе.

Споръ этотъ совершенно бесполезенъ, такъ какъ тѣ вопросы, вѣрное разрѣшеніе которыхъ считаютъ возможнымъ только при взглядѣ на незапамятное время, какъ на фикцію, разрѣшаются также вѣрно и на основаніи другаго принципа; таковъ напр. вопросъ о доказательствѣ несуществованія въ данномъ случаѣ незапамятнаго времени, см. выше. И здѣсь принятіе его за фикцію, по мнѣнію Савиньи, не существенно, такъ какъ условіемъ незапамятнаго времени, въ смыслѣ давностнаго пріобрѣтенія, является невозможность доказать его начало; гдѣ начальный моментъ можетъ быть указанъ, тамъ нѣтъ существеннаго условія давностнаго пріобрѣтенія и потому нѣтъ вовсе пріобрѣтенія права.

Признавъ незапамятное время юридической фикціей, многіе думали вывести еще то правило, что законъ, вообще трактующій о давности, напр. исключаящій ее въ известномъ случаѣ, не можетъ быть распространяемъ на незапамятное время. Но тотъ же выводъ можно сдѣлать и изъ понятія давности (*Verjährung*). Сферою примѣненія незапамятнаго времени служатъ именно тѣ случаи, въ которыхъ недопускается обыкновенная давность. Поэтому-то законъ, въ родѣ указаннаго, даетъ большій просторъ примѣненію незапамятнаго времени.

Другіе наоборотъ хотѣли подкрѣпить тѣмъ положеніемъ, что незапамятное время есть фикція, вполне ошибочное правило, будто оно примѣняется къ обязательствамъ. Но это примѣненіе исключается уже тѣмъ условіемъ этого института, которымъ требуется непрерывное осуществленіе права въ теченіи долгаго времени, и которое немислимо относительно обязательствъ. Полное осуществленіе обязательства заключается въ уплатѣ по немъ, то-есть въ уничтоженіи самаго обязательства; нѣтъ такого осуществленія, при которомъ обязательство могло бы продолжать свое существованіе. Уплата процентовъ по обязательству представляется, конечно, признаніемъ, но отнюдь не осуществленіемъ его.

ГЛАВА IV.

ОХРАНЕНИЕ ПРАВЪ.

I. ОБЩІЯ ПОНЯТІЯ.

A. Правонарушеніе.

§ 78.

Для дѣйствительнаго бытія какого-либо права необходимы слѣдующія условія: установленіе его извѣстнымъ закономъ, объектъ и субъектъ; о всѣхъ этихъ условіяхъ мы говорили выше; но есть еще одно условіе — охраненіе отъ нарушенія. Рядомъ съ правомъ представляется возможность неправды. Для дѣйствительнаго существованія права необходимо позаботиться о томъ, чтобы неправда, правонарушенія были устранены, а самое право восстановлено. Институтъ, назначенный для этой цѣли, носитъ названіе *охраненія правъ* (Schutz). Это охраненіе будетъ успѣшно только въ томъ случаѣ, когда осуществленіе права можетъ быть восстановлено и доведено до конца посредствомъ принужденія. Такъ какъ законнымъ представляется только такое требованіе, которое предполагаетъ возможность принужденія, поэтому напр. нѣтъ права на извѣстное мнѣніе, ибо таковое нельзя вынудить силою, но есть право на тѣ или другія внѣшнія дѣйствія, вытекающія изъ извѣстнаго мнѣнія. Такимъ образомъ я не могу требовать, чтобы ко мнѣ питали уваженіе, но я имѣю право добиваться того, чтобы не совершались такіа дѣйствія, въ которыхъ проявляется во внѣ недостатокъ ко мнѣ уваженія.

Неправда бываетъ или *абсолютною* (неправда относительно всѣхъ пользующихся однимъ и тѣмъ же правомъ, Rechtsgepossen; нарушеніе права вообще, преступленіе), или *относительною* (неправда относительно нѣкоторыхъ только лицъ; нарушеніе извѣстнаго права, принадлежащаго другому лицу). Последняя связана съ признаніемъ права вообще, ибо виновникъ неправды самъ доискивается права (правды). Признавая положительный законъ, онъ отрицаетъ только юридическое владѣтельство извѣстнаго лица. Такое нарушеніе, если оно не усмо-

тѣсно и не устранено самимъ его виновникомъ, ведетъ къ тяжбѣ (Rechtsstreit). Въ основѣ всякой тяжбы лежитъ только относительная неправда; въ области гражданскаго права говорится только о ней одной. Даже абсолютная неправда, входя въ эту область (гражданское преступленіе), разсматривается съ этой же точки зрѣнія, то-есть какъ неправда относительная.

Нарушеніе ¹⁾ права не есть отнятіе права, а или полное лишеніе возможности его осуществленія, или простое препятствованіе такому осуществленію, что выражается терминами *полное* и *частичное* нарушеніе. Подъ осуществленіемъ права разумѣется совершеніе лицомъ всякаго вообще дѣйствія, на которое оно этимъ правомъ уполномочивается; полное осуществленіе состоитъ въ фактическомъ приведеніи въ исполненіе того юридическаго подчиненія, которое составляетъ характеръ даннаго права. Существуютъ права, которыя уничтожаются въ моментъ ихъ полнаго осуществленія, тогда какъ осуществленіе другихъ правъ продолжается въ теченіи нѣкотораго времени. Право и осуществленіе его иногда такъ тѣсно связаны между собой, что послѣднее доступно только самому субъекту права; въ большинствѣ правъ однако возможно осуществленіе посредствомъ представителей; въ нѣкоторыхъ правахъ на другое лице можетъ быть перенесено только осуществленіе, а не самое право.

В. Обезпеченіе.

§ 79.

Возможность неправды вызываетъ различныя способы обезпеченія (Sicherung, cautiones), имѣющіе цѣлью или по возможности предотвратить нарушеніе, таково напр. упроченіе права посредствомъ словеснаго обѣщанія, присяги, секвестра вещи и проч., или же доставить вѣрныя средства къ возстановленію права уже нарушеннаго, напр. залогъ, поручительство, разныя доказательства, служащія къ упрощенію будущей тяжбы и т. п.

Cautiones ¹⁾ могутъ имѣть своею цѣлью: 1) обезпечить осуществленіе, то есть прочность извѣстнаго требованія какъ вообще, такъ и по отношенію къ объему и цѣнѣ его, и возможность отстоять это требованіе на судѣ или доставить лицу управомоченному болѣе вѣрный искъ; для этого достаточно проста-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

го договора съ лицомъ обязаннымъ, *per promissio*, или словеснаго общанія, которое для облегченія доказательства его можетъ совершаться и въ письменной формѣ, *cautio* въ этомъ смыслѣ¹⁾; 2) обезпечить исполненіе обязательства воздѣйствіемъ на совѣсть лица обязаннаго и, при извѣстныхъ условіяхъ, исключить возможность спора противъ сдѣлки; такова цѣль упроченія общанія посредствомъ присяги—*cautio juratoria*; 3) гарантировать осуществленіе извѣстнаго требованія отъ несостоятельности лица обязаннаго и отъ другихъ причинъ; для этой цѣли уже недостаточно ни словеснаго, ни клятвеннаго общанія, здѣсь необходимо вещественное обезпеченіе (*Realcaution*), которое или предупреждаетъ нарушеніе (напр. секвестръ), или, въ случаѣ совершившагося нарушенія, даетъ, кромѣ иска противъ лица обязаннаго, другія средства осуществленія права—предъявленіемъ требованія или къ третьему лицу (поручительство, *cautio fidejussoria*, *satisdatio*), или направленіемъ его на вещь (обезпеченіе посредствомъ залога, *cautio pignoratitia*).

Обязанность представить обезпеченіе можетъ опредѣляться или частною волею (договоромъ или завѣщательнымъ распоряженіемъ), или же постановленіемъ закона; на этомъ основывается дѣленіе *cautiones* на *voluntariae* и *necessariae*²⁾. *Cautiones necessariae* въ большинствѣ случаевъ суть вещественныя, реальныя (поручительство, закладъ); въ случаѣ сомнѣнія относительно свойства даннаго обезпеченія, вопросъ разрѣшается по цѣли его; если же этимъ путемъ нельзя добиться рѣшенія, то за *minimum* слѣдуетъ признать *cautio verbalis*. При *cautiones voluntariae* слѣдуетъ всегда принимать намѣреніе сторонъ вещественно обезпечить право, однако въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признавать достаточнымъ (какъ *minimum*) словесное обезпеченіе. Обязанность представить вещественное обезпеченіе (*necessaria* или *voluntaria*) исполняется представленіемъ юридически прочнаго обезпеченія; обезпеченіе же недостаточное или матеріально не-

¹⁾ Сюда относятся: *cautio damni infecti*, назначеніе по соглашенію извѣстнаго штрафна, оцѣнка извѣстнаго имущества, служащаго предметомъ обязательства (*aestimatio taxationis gratia*), избраніе такой формы договора, съ которою для кредитора соединены нѣкоторыя процессуальныя преимущества, напр. въ римскомъ правѣ—совершеніе стипуляціи, обусловливающей *stricti juris actio*. Изъ Пандектъ.

²⁾ Не должно смѣшивать римское дѣленіе стипуляцій на *judiciales*, *cautionales*, *communes*, L. 1. pr. D. de stip. praet. (46, 5), съ общимъ дѣленіемъ ихъ на *judiciales*, *praetoriae*, *conventionales*, *communes*, pr. I. de div. stip. (3, 18). Первое относилось лишь къ однимъ *cautiones necessariae*, въ послѣднемъ же разухались и *cautiones voluntariae*. *Прим. изд.*

годное (напр. несостоятельный поручитель) не должно быть принимаемо; но если оно уже принято, то обязанность считается выполненною. Если же *cautio* сдѣлалась негодною впослѣдствіи, отъ какихъ-либо не предполагавшихся обстоятельствъ, то можетъ быть потребовано новое обезпеченіе ¹⁾.

С. Охраненіе.

§ 80.

Самое вѣрное обезпеченіе не исключаетъ возможности неправды; *cautiones* устанавливаютъ только права, которыя въ свою очередь могутъ быть нарушены; даже необходимость и дѣйствительность обезпеченія могутъ быть оспорены, самое право на *cautio* можетъ быть нарушено.

Включивъ сюда ученіе объ обезпеченіи правъ, мы только отдалили, а не устранили вопросъ объ охраненіи, о защитѣ ихъ. Итакъ защита права (*Schutz*) заключается въ прекращеніи совершившагося уже нарушенія. Прекращеніе это состоитъ въ признаніи права нарушителемъ, въ такомъ *активномъ* признаніи, благодаря которому право восстанавливается въ томъ видѣ, въ которомъ оно было до нарушенія. Такое признаніе можетъ выражаться или въ прекращеніи враждебныхъ праву дѣйствій, или въ какомъ-нибудь положительномъ дѣяніи.

Власть, вынуждающая признаніе права нарушителемъ и тѣмъ охраняющая его, можетъ быть или нашею собственною (самоволіе, самоуправство), или можетъ возвышаться надъ обѣими сторонами, такова—власть правительства, какъ представителя общей воли.

Многіе юристы устанавливаютъ тотъ принципъ, что самоволіе и самоуправство сами по себѣ суть противозаконное, и что вполнѣ исключительны тѣ случаи, въ которыхъ они могутъ быть допускаемы. Этотъ принципъ не имѣетъ опоры въ римскомъ правѣ; существованіе его въ правѣ германскомъ также не доказано; онъ возникъ въ новое время изъ системы такъ называемой чрезмѣрной опеки правительства, которой мы не должны давать особеннаго простора въ гражданскомъ правѣ.

Истинное начало здѣсь скорѣе слѣдующее: для юридической оцѣнки дѣйствія безразлично то обстоятельство, что это дѣйствіе предпринято съ цѣлю самоличнаго охраненія права. Эта

¹⁾ L. 10. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 4. D. ut in poss. leg., L. 4. D. de stip. praest. (46, 5).

цѣль 1) не можетъ служить къ извиненію противозаконнаго дѣйствія и 2) не можетъ превратить дѣяніе вообще дозволенное въ противозаконное.

Не будетъ правонарушеніемъ ни сопротивление, оказываемое субъектомъ права попыткѣ посторонняго лица измѣнить существующее правовое состояніе (самозащита, *Sellstvertheidigung*); ни осуществленіе собственникомъ своего права не терпѣть на своей землѣ чужихъ вещей, вслѣдствіе чего онъ напр. прогоняетъ чужой скотъ, выбрасываетъ чужія вещи; ни наконецъ всякое самоволіе, посредствомъ котораго одно лицо желаетъ побудить другое выступить въ дѣлѣ истцомъ, и тѣмъ удержать за собой (а не приобрести) *commodum possessionis*.

Впрочемъ нѣкоторые противозаконныя дѣйствія особо запрещены законами подъ страхомъ наказанія, если съ ними связано намѣреніе совершить самоуправство. Мотивомъ законовъ такого рода служитъ желаніе устранить нѣкоторые случаи, въ которыхъ отъ самоуправства особенно сильно можетъ пострадать прочность правъ. Исключительностью является здѣсь не наказаніе вообще, ибо это послѣднее вытекаетъ уже изъ противозаконности дѣянія, но особое возмездіе, къ данному случаю относящееся, между тѣмъ какъ по общимъ юридическимъ принципамъ слѣдовало бы только постановить, что дѣяніе это, предпринятое для самозащиты, не извиняется.

Таковыми дѣйствіями являются:

1) Осуществленіе права собственности или другаго вещнаго права посредствомъ насильственнаго завладѣнія вещью, находящеюся въ владѣніи другаго лица. Наказаніе заключается здѣсь въ утратѣ имѣвшагося права, а въ томъ случаѣ, если виновникъ не имѣлъ никакого права на отнятую имъ вещь, то и въ уплатѣ стоимости вещи.

2) Осуществленіе обязательства а) посредствомъ отнятія у должника вещей, ему принадлежащихъ, безъ его воли и безъ суда (нѣтъ необходимости въ насильственномъ отнятіи), *decretum D. Marci*; б) посредствомъ принужденія должника къ отдачѣ вещей (слѣд. не одностороннее отнятіе); в) посредствомъ отнятія, для исполненія обязательства, вещей у третьяго лица, а не у должника; г) посредствомъ завладѣнія дѣтьми должника. *Decretum D. Marci* полагаетъ въ наказаніе потерю права по обязательству; то же наказаніе распространено на остальные три случая. Дѣянія, сами по себѣ непротивозаконныя, никогда не должны быть подводимы подъ эту категорію; таковъ напр. случай, когда кто-либо посредствомъ обмана побудитъ своего должника заплатить ему, дѣйствительно имѣющійся за нимъ долгъ. Это—не противозаконный *dolus*, ибо съ нимъ не сопряжено ни выгодъ, ни убытковъ для сторонъ.

Въ одношь случаѣ, наоборотъ, дозволено самоуправство и не подведено подъ правила, указанныя въ 1-ой и 2-ой рубрикахъ, хотя съ нимъ сопряжено и принужденіе; впрочемъ необходимо, чтобы лицо не преступило за предѣлы своей цѣли. Наказанія, назначенныя для случаевъ самоуправства, указанныхъ въ этихъ рубрикахъ, отбѣняются, когда судебная защита была невозможна, такъ что субъектъ нарушеннаго права находился въ непосредственной опасности навсегда и безвозвратно лишиться возможности осуществить это право, напр. я застигаю владѣльца моей вещи, или должника моего какъ разъ передъ его побѣгомъ и удерживаю его до тѣхъ поръ, пока не получу вещи или деньги. Последний случай точно разрѣшенъ въ L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. (42, 8), онъ не составляетъ исключенія изъ декрета D. Marci, который вовсе на него не распространяется, а представляется просто частью Юстиниановскаго права, изъясняющего этотъ декретъ. Но и самый декретъ D. Marci указываетъ на судебную помощь („optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris“) и тѣмъ самымъ молчаливо признаетъ это исключеніе. Оно представляется до известной степени необходимымъ, такъ какъ было бы неразумно запретить самозащиту въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ невозможно помочь суда ¹⁾.

Вообще, единственно удовлетворительную защиту правъ даетъ только правительство, или какъ оно называется по отношенію къ этой функціи, — судъ. Судебная защита имѣетъ преимуществва 1) по своей особой, соответствующей праву формѣ, 2) по своей надежности, прочности, 3) потому, что это есть единственно возможный способъ добиться рѣшенія, которое судья произноситъ въ случаѣ спора противъ права. Даже употребле-

1) Отдѣльными ограниченіями и распространеніями декрета представляются: 1) исключеніе недвижимыхъ вещей (Линде, Zeitschr. fuer Civilr. und Civilpr. I. 21. 1828), противорѣчащее словамъ: rem ullam debitoris; 2) исключеніе самаго объекта обязательства (Сарторій, Zeitschr. f. Civilr. XX. 1.), противорѣчащее словамъ: rem ullam vel pecuniam (sponte datam) и L. 3. C. de pignor. (8, 14); 3) исключеніе обязательствъ, возникающихъ изъ преступленія (Сарторій ibid.), противорѣчащее словамъ: si quas habere petitiones, 4) исключеніе однихъ мнимыхъ требованій (idem), противорѣчащее словамъ: si quas putas te habere; 5) ограниченіе дѣйствія декрета только одной excerptio и 6) ограниченіе его уничтоженіемъ иска при продолжающемся бытіи (несколько) обязательства; оба ограниченія противорѣчатъ положительному закону: jus crediti non habebit; 7) примененіе къ декрету извѣстнаго legis beneficium, L. 50. D. de act. emti (19,1); Бурхарди, Anwendung des s. g. decretum D. Marci bei zweiseit. Oblig. въ Arch. f. civ. Pr. XVIII, 16. *Прим. изд.*

ніе самоуправства приведетъ все таки въ этомъ случаѣ къ судебной защитѣ.

Функція правительства, направленная на охраненіе правъ, называется юрисдикціей (Rechtspflege). Здѣсь рѣчь идетъ о судебномъ разрѣшеніи тяжбъ, или иначе сказать, о гражданской юрисдикціи. Она имѣетъ слѣдующія задачи: 1) рѣшить тяжбу и 2) привести свое рѣшеніе въ исполненіе. Какъ вторая часть задачи предполагаетъ первую, точно также и первая предполагаетъ другія дѣйствія, исходящія какъ отъ суда, такъ и отъ сторонъ. Совокупность всѣхъ этихъ подготовительныхъ и рѣшительныхъ дѣйствій обозначается словами: судопроизводство, процессъ (gerichtliches Verfahren), точнѣе—гражданское судопроизводство, гражданскій процессъ.

Главнѣйшія процессуальныя дѣйствія (тяжущихся и суда) имѣютъ особую сторону, которую они переходятъ въ область самихъ правъ. Эта *матеріальная* сторона заключается въ томъ вліяніи, которое оказываетъ процессъ, какъ въ цѣломъ составѣ, такъ и въ отдѣльныхъ своихъ составныхъ частяхъ и моментахъ, на бытіе самихъ правъ. 1) Процессъ есть способъ осуществленія правъ и потому является необходимою принадлежностью ихъ (аннехум). Это качество процесса проявляется въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя доводятъ дѣло до суда, — въ искахъ и возраженіяхъ (actio et exceptio). 2) Онъ видоизмѣняетъ права, права могутъ быть измѣнены и даже вовсе уничтожены влѣдствіе ихъ deductio in iudicium: ихъ судьба зависитъ отъ исхода процесса. Такое вліяніе имѣютъ: litis contestatio, доказательства и судебное рѣшеніе.

Съ этой-то матеріальной стороны и должны разсматриваться тѣ процессуальныя дѣйствія, которыя будутъ указаны въ слѣдующихъ параграфахъ. Иски, возраженія, litis contestatio, доказательства и судебное рѣшеніе относятся къ области гражданскаго процесса и къ области гражданскаго права, къ первой—своей формальной, ко второй—своей матеріальной стороной.

II. Иски и возраженія.

А. Понятіе и возникновеніе исковъ

§ 81.

Искъ, ¹⁾ actio, есть средство, способъ (Mittel) преслѣдовать предъ судомъ и осуществлять свое право противъ другаго лица,

¹⁾ Изъ Пандектъ.

независимо отъ процессуальныхъ дѣйствій сего послѣдняго. Искъ есть нападеніе. Своимъ характеромъ независимости онъ отличается отъ защиты, предполагающей непременно предшествующее нападеніе.

Слово *actio* имѣетъ впрочемъ и болѣе узкое значеніе: 1) оно отличаетъ общій порядокъ судопроизводства отъ особеннаго, *persecutio* (*actio extraordinaria*), 2) обозначаетъ общій порядокъ судопроизводства въ противоположность интердиктамъ и 3) служитъ названіемъ иска по обязательству въ противоположность иску по другимъ правамъ. Опредѣленіе иска въ законѣ (*pr. I. de act. 4, 6*): *actio est jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur* (то, что намъ принадлежитъ) можетъ быть понимаемо какъ въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, такъ и въ вышеуказанномъ общемъ смыслѣ, однако этотъ терминъ напоминаетъ намъ, что процессуальное отношеніе между сторонами имѣетъ по характеру своему много сходнаго съ обязательствомъ. Вышеуказанное понятіе *actio* имѣетъ:

1) Извѣстное процессуальное (формальное) значеніе: *actio* есть процессуальное дѣйствіе, посредствомъ котораго тяжба предлагается на разрѣшеніе суда, дѣйствіе ¹⁾, въ которомъ лицо, преслѣдующее свое право (истецъ, *actor*, *Klaeger*), излагаетъ всѣ фактическія и юридическія основанія его и выводитъ изъ нихъ извѣстное требованіе (*Anspruch*) къ своему противнику (отвѣтчикъ, *reus*, *Beklagte*), формулируя его въ видѣ просьбы судѣ (*petitum*). Такимъ образомъ искъ (письменный — исковое прошеніе, или словесный) имѣетъ двѣ существенныя составныя части: основаніе его (*Begründung*) и просительный пунктъ — *petitum*. Основаніе, какъ сказано, можетъ быть юридическое (т. е. положительный законъ) и фактическое. Обязаніе перваго, по общему правилу, не составляетъ необходимости, второе же содержитъ въ себѣ указаніе на то право, которое осуществляется, и на тѣ данныя, которыя подтверждаютъ его приобрѣтеніе. Юридическое основаніе иска назвали поэтому *fundamentum agendi remotum*, а фактическое основаніе — *f. a. proximum*. Просительный пунктъ, *petitum*, содержитъ въ себѣ выраженіе цѣли иска, формулированіе требованій истца въ томъ видѣ, въ какомъ ихъ долженъ принять или отвергнуть судъ при постановленіи рѣшенія (о различіи требованій на главныя и второстепенныя, смотря потому выражается ли въ нихъ главная или второстепенная цѣль иска, см. ниже), просьбу дабы повелѣно было (*zu erkennen dasz*), съ ко-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

торую можетъ быть соединенъ еще процессуальный просительный пунктъ, относящійся не къ разрѣшенію дѣла по существу, а къ дѣйствіямъ суда, слѣдующимъ за принятіемъ прошенія, напр. просьбу сообщить отвѣтчику содержаніе прошенія и потребовать отъ него объясненія по существу онаго, что можетъ быть необходимо въ томъ случаѣ, когда отъ такого объясненія будетъ зависѣть дальнѣйшее направленіе дѣятельности истца, напр. когда истецъ проситъ допущенія особаго порядка судопроизводства.

2) Извѣстное матеріальное значеніе—значеніе возможности предъявить искъ, значеніе права иска (Klagerecht). Въ этомъ смыслѣ actio существуетъ уже до дѣйствительнаго предъявленія исковаго прошенія судѣ. Искъ въ матеріальномъ смыслѣ есть составная часть самаго права, относящаяся до самостоятельнаго осуществленія его предъ судомъ и дѣлающая такое осуществленіе возможнымъ. Сообразно этому различаются права исковыя и неисковыя. Разсмотрѣніе actio въ этомъ смыслѣ не входить въ область процесса, а въ область гражданскаго права. На вопросъ „къ какому классу правъ должно быть отнесено право иска?“ отвѣчали: „къ обязательствамъ“ на томъ основаніи, будто отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ сходно съ отношеніемъ вѣрителя къ должнику. Но такой отвѣтъ не точенъ, такъ какъ между лицами, которыя въ будущемъ только могутъ сдѣлаться одно истцомъ, а другое отвѣтчикомъ, до предъявленія иска въ судъ, не существуетъ никакихъ отношеній; отношеніе же, возникающее съ момента предъявленія иска, есть уже процессуальное. Вообще же невозможно дать правильнаго отвѣта на указанный вопросъ, такъ какъ самый вопросъ невѣренъ. Иски—не самостоятельныя права, о которыхъ помянутый вопросъ былъ бы возможенъ, а лишь придатки, составные элементы правъ, точно такъ же напр. какъ и право распоряжать вещью ¹⁾.

1) Во всѣхъ понятіяхъ объ actio, отступающихъ отъ нашего (и принадлежавшихъ Бѣннгу, Вандшейду и Мутеру), слѣдуетъ считать признаннымъ, что дѣйствительное (actuell) право иску, actio nata, можетъ возникнуть только послѣ правонарушенія. Этими однако не исключается то, что ненарушенное право даетъ возможное (potentiell) право иску, даетъ actio въ смыслѣ уполномоченія на дѣятельность въ формѣ процессуальнаго нападенія, такъ что возможное право иску существуетъ уже до нарушенія извѣстнаго исковаго требованія. Такое отношеніе слѣдуетъ (вѣстѣ съ Бѣннгомъ) считать всеобщимъ, а важное различіе между римскимъ понятіемъ и словеснымъ выраженіемъ, употребляемымъ Вандшейдомъ и объясняемое имъ самостоятельностью римскаго суда, слѣдуетъ признавать несуществующимъ въ дѣйствительности. Право само по себѣ, безъ входящаго въ составъ его понятія судебной охраны, у Римлянъ

Въ *actio* въ матеріальномъ смыслѣ слѣдуетъ различать слѣдующіе три момента:

а) *Основу* иска, *causa petendi*. Это есть право, изъ котораго искъ возникаетъ, составнымъ элементомъ котораго онъ представляется, право, которое посредствомъ этого иска осуществляется. Отъ самаго права слѣдуетъ впрочемъ отличать возникновение его (напр. право собственности отъ *traditio*). Последнее есть только *causa causae actionis*. Первое можетъ быть названо непосредственною основою иска (также юридическою), *causa proxima*¹⁾, второе — посредственною (фактической) основою, *causa remota*.

Эти понятія отнюдь не должно смѣшивать съ соответствующимъ моментомъ иска въ процессуальномъ смыслѣ, исковаго прошенія, гдѣ подъ юридическимъ основаніемъ иска слѣдуетъ разумѣть положительный законъ; однако не всѣ процессуалисты согласны въ своей терминологіи. Итакъ всюду, гдѣ будетъ рѣчь объ искѣ въ матеріальномъ смыслѣ, необходимо имѣть въ виду лишь только-что указанное понятіе о *causa petendi*.

Ясное различіе и полное разграниченіе между *causa proxima* и *remota* возможно только тогда, когда извѣстное право имѣетъ нѣсколько способовъ возникновенія. Этого нѣтъ въ обязательствахъ; всякое обязательство возникаетъ особымъ исключительнымъ образомъ, такъ что и обозначить самое обязательство нельзя безъ указанія способа его возникновенія.

Вообще говоря, искъ возникаетъ уже тогда, когда существуетъ его основа, т. е. вмѣстѣ съ правомъ, изъ котораго онъ вытекаетъ, хотя не всегда есть непосредственная возможность причинить этотъ искъ.

б) *Поводъ* къ нему (*Veranlassung*). Это есть извѣстное правонарушеніе, но не преступленіе, а лишь препятствованіе (полное или частичное) осуществленію права, посредствомъ какаго-либо положительнаго или отрицательнаго дѣйствія. Иногда даже нѣтъ необходимости въ какомъ-либо отдѣльномъ дѣйствіи, а до-

обозначается терминомъ *res*, противопоставляется понятію *actio* и научно излагается не во второй, а въ третьей части всей системы права при изученіи *res corporeales* и *incorporeales*, а не въ *Actiones* (*Gai. 2, 38. L. 15. D. de R. J. (50, 17), L. 52. D. de A. R. D. (41, 1.), Quintil. 7, 6. 4. bis de eadem re ne sit actio*). *Прим. изд.*

¹⁾ Этотъ терминъ встрѣчается въ томъ же смыслѣ еще въ Римскомъ правѣ *L. 27. D. de exc. rei jud. (44, 2): Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.*

статочно простаго спора противъ права. Нарушеніемъ опредѣляется личность отвѣтчика. Этотъ моментъ нельзя назвать обоснованіемъ иска въ матеріальномъ смыслѣ (такъ какъ основа иска въ этомъ же смыслѣ есть самое бытіе извѣстнаго права, а не его нарушение); тогда какъ въ процессуальномъ смыслѣ все, что предшествуетъ просительному пункту, разумѣется подъ именемъ основаній иска и потому поводъ къ иску можетъ, пожалуй, быть причисленъ къ основаніямъ иска; но этого отнюдь не слѣдуетъ допускать при взглядѣ на искъ въ матеріальномъ его значеніи.

Наступленіе извѣстнаго повода рождаетъ непосредственную возможность вчинить искъ, послѣ чего искъ считается возникшимъ, *actio nata* въ болѣе узкомъ смыслѣ слова: это послѣднее возникновеніе важно въ вопросѣ объ исковой давности (при разрѣшеніи другихъ вопросовъ, искъ можетъ считаться уже возникшимъ, когда существуетъ его основа, то есть право).

с) *Предметъ* иска, *цѣль* его; то, что предполагается достигнуть посредствомъ иска, то есть охраненіе права, составляющаго основу его, уничтоженіе повода къ иску, устраненіе нарушенія — дѣйствительное признаніе права. Предметъ иска можетъ быть главный и второстепенный. Второстепеннымъ предметомъ иска будетъ совокупность всѣхъ придатковъ (*Accessiones*), относящихся или къ объекту права (напр. плоды), или къ самому праву (напр. нестипулированные проценты, вознагражденіе за вредъ и убытки), или къ самому иску (напр. судебныя издержки). Всѣ эти второстепенные предметы иска оказываютъ обыкновенно свое дѣйствіе какъ придатки и не имѣютъ особаго иска. Если главное требованіе отвергнуто, то невозможно отдѣльное требованіе придаточныхъ вещей. Многіе юристы-практики утверждали, что судья, въ случаѣ очевидной справедливости второстепенныхъ предметовъ иска, обязанъ, помимо просьбы истца, упомянуть о нихъ въ своемъ рѣшеніи. Это мнѣніе основывается на невѣрномъ пониманіи постановленій римскаго права о томъ, что при *bonae fidei iudicia* такія акцессіи присоединяются *officio iudicis*, то есть судья долженъ разрѣшить вопросъ объ этихъ второстепенныхъ предметахъ иска, хотя бы преторъ не указалъ на нихъ въ формулѣ.

Существуютъ особаго рода иски, которые, кромѣ основы и повода, предполагаютъ еще то условіе, чтобы истцу не было другаго средства къ охраненію своего права; это—такъ называемые *обще-вспомогательные* иски (*allgemein subsidiaere Klagen*); таковы: *in integrum restitutio*, *actio doli*, *actio quod metus causa*, *querela inofficiosi (testamenti et donationis)*, *actio funeraria*. Если же при этихъ искахъ возможны и другіе

способы охранения права, то они не допускаются. Actio doli не допускается даже въ томъ случаѣ, когда возможенъ какой-либо другой вспомогательный искъ, напр. in integrum restitutio; впрочемъ итцу предоставляется выборъ между actio doli и actio metus ¹⁾.

В. Виды исковъ.

1. Въ историческомъ отношеніи.

§ 82.

1) Въ историческомъ отношеніи ²⁾ иски подраздѣляются на actiones civiles (legitimae, ex lege) и [honorariae (praetoriae, aediliciae), смотря потому, предоставляются ли они лицу какому-либо поточникомъ juris civilis, или же эдиктомъ римскихъ магистратовъ ³⁾. Многіе иски, сфера примѣненія которыхъ сначала была довольно ограничена, были впоследствии распространены на множество новыхъ юридическихъ отношеній; искъ перваго рода называется actio directa, втораго—utilis ⁴⁾.

2. По основанію иска.

§ 83.

Важнѣйшимъ подраздѣленіемъ исковъ, по отношенію къ основанію ихъ, является дѣленіе ихъ на *вещные* и *личные* ⁵⁾. Различіе между этими двумя видами заключается въ той формѣ, которую получаетъ искъ въ моментъ его предъявленія. Такимъ

¹⁾ L. 1. §. 4. sqq., L. 2—7. D. de dolo m. (4, 3), L. 14. §. 2. 13. D. quod metus (4, 2).

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ L. 25. §. 2. D. de O. et A. (44, 17). Иски, основанные на новѣйшемъ гражданскомъ правѣ, называются extraordinariae persecutiones или cognitioes въ матеріальномъ смыслѣ. L. 17. D. de R. C. (12, 1), L. 10, L. 178. §. 2. 3. D. de V. S. (50, 16) Ср. §. (83, 85).

⁴⁾ Такъ напр. L. 17. §. 3. D. de usufr. (7, 1):—utilem actionem exemplo Aquiliae.—L. 19. pr. D. de instit. (14, 3):—utilis ad exemplum institoriae dabitur actio.

⁵⁾ L. 25. pr. D. de O. et A. (44, 7): Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

признакомъ въ древнѣйшемъ правѣ служила формула, именно та часть ея, въ которой заключалось обозначеніе самаго права, *intentio*. Въ ней или прямо назывался отвѣтчикъ (*intentio in personam*), или на него не указывалось вовсе (*intentio in rem*), напр. *si paret reum actori dare oportere*, или же *si paret hanc rem actoris esse*. Это же различіе можно примѣнить и къ настоящему *petitum*: въ просительномъ пунктѣ требованіе можетъ быть или прямо направлено противъ известнаго лица, или же о личности отвѣтника можно заключать посредствомъ логическаго вывода.

Указанное дѣленіе коренится въ различіи тѣхъ правъ, изъ которыхъ вытекаютъ иски и выраженіемъ которыхъ они служатъ. Есть права, которыя заключаютъ въ себѣ ту или другую обязанность для известнаго лица, и которыя безъ указанія этого лица, не могутъ быть точно выражены, такъ какъ лицо входитъ въ составъ самаго понятія права. Такими правами являются обязательства. Поэтому иски по обязательствамъ направляются *in personam*. Всѣ другія права могутъ быть достаточно выражаемы и безъ обозначенія личности отвѣтника; такія права существуютъ помимо лица; сюда относятся вещныя, семейственныя и наследственныя права; иски по нимъ направляются *in rem*.

Различіе исковъ по ихъ основанію присуще искамъ не только въ процессуальномъ смыслѣ, но и въ смыслѣ матеріальномъ, въ смыслѣ права на искъ. Въ этомъ послѣднемъ значеніи терминъ *in personam actiones* слѣдуетъ понимать: „иски по обязательствамъ“, *in rem actiones*—«иски по другимъ правамъ».

Изъ этого различія вытекаетъ другое (производное). Въ *actiones in personam* отвѣтчикъ всегда заранѣе известенъ и есть опредѣленное лицо—должникъ, такъ какъ онъ всегда указываетъ самымъ основаніемъ иска: только должникъ можетъ нарушить право по обязательству. Другое дѣло въ *actiones in rem*. Отвѣтчикъ опредѣляется здѣсь фактомъ дѣйствительнаго нарушенія, напр. фактомъ владѣнія чужою вещью, такъ что извѣстное переходящее качество дѣлаетъ какое-нибудь лицо отвѣтчикомъ. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи нѣкоторые иски по обязательствамъ получаютъ характеръ вещныхъ исковъ, такъ какъ они направляются не противъ одного опредѣленнаго отвѣтника, связаннаго съ истцомъ даннымъ обязательственнымъ отношеніемъ, но противъ всякаго, кто сталъ въ какое-либо отношеніе къ искомой вещи, то есть противъ ея собственника или владѣльца ¹⁾. Эта особенность въ *actio quod metus causa*

¹⁾ *Actio quod metus causa*, иски о выдачѣ (*Exhibition*) *rei*, *interdictum*

выражалась въ самой формулѣ указаніемъ на существованіе насилія вообще, а не на отвѣтчика, какъ на прамата виновника этого насилія. Поэтому-то означенный видъ исковъ и называется *actio in rem scripta*. Хотя такое распространеніе имѣетъ мѣсто и въ прочихъ видахъ исковъ, указанныхъ въ примѣчаніи, но оно не обозначается въ формулѣ и потому упомянутое названіе къ нимъ не примѣняется. Съ другой стороны и въ вещныхъ искахъ можетъ быть опредѣлена личность отвѣтчика, напр. если имъ совершенъ былъ *dolus*. Вслѣдствіе этого вещный искъ получаетъ въ указанномъ отношеніи характеръ аналогической съ *actio in personam*.

Actiones in rem ¹⁾ вытекаютъ или изъ права лица на всю совокупность имущества отвѣтчика, *de universitate*, или изъ права его на отдѣльные предметы, *speciales* ²⁾. Последнее названіе употребляется и для обозначенія личныхъ исковъ въ противоположность къ *actiones generales*, вытекающимъ изъ обязательствъ, содержащихъ въ себѣ по нѣскольку обязанностей ³⁾.

Въ институціяхъ Юстиніана ⁴⁾ упоминается, что къ вещнымъ и личнымъ искамъ примыкаетъ третій видъ—*mixtae actiones*, соединяющій въ себѣ свойства обонхъ видовъ. Къ нимъ относятся иски о раздѣлѣ общаго имущества (напр. общей собственности). Они, конечно, не были изобрѣтеніемъ составителей институцій, но заимствованы у древнихъ юристовъ. Назначеніе ихъ въ древнемъ правѣ было слѣдующее: формула содержала въ себѣ 1) *adjudicatio*—приказаніе судѣй признать право собственности одной-какой нибудь стороны, 2) *condemnatio* вслѣдствіе *praestationes personales*. *Adjudicatio* всегда составлялась *in rem*: *judex Titio adjudicato*, а *condemnatio* всегда *in personam*; такимъ образомъ формулы въ процессуальномъ смыслѣ были одновременно *in rem* и *in personam* *conceptae* и получили поэтому названіе *mixtae formulae*. Но для Юстиніановскаго права все изложенное не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ ко времени составленія институцій судопроизводство по формуламъ давно уже перестало существовать

quod vi aut clam, int. quem in locum nuntiatum est, aquae pluviae arcendae actio, actiones noxales, interdictum quod legatorum.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 1. pr. §. 1. D. de R. V. (6,1).

³⁾ L. 38. pr. D. pro soc. (17,2).

⁴⁾ §. 20. I. de action. (4,6): *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae heriscundae actio cet.*

и составители ихъ лишь по небрежности включили рассматриваемое правило ¹⁾; включение его въ сводъ могло бы быть оправдано только въ томъ случаѣ, если бы въ этихъ *actiones mixtae* заключалась матеріальная связь обонхъ родовъ исковъ (т. е. еслибъ въ основѣ ихъ лежало обязательство и какое-либо другое право). Но эти иски въ сущности личные, вытекающіе изъ обязательства, основаннаго только на принадлежности известнаго права нѣсколькимъ лицамъ,—эти иски не имѣютъ цѣлью признаніе самаго права, напр. права общей собственности, общаго наслѣдства, напротивъ это право само собой предполагается и въ виду имѣется лишь его раздѣлъ. Только одинъ изъ этихъ исковъ, *actio finium regundorum* (см. § 374) представляетъ въ этомъ отношеніи нѣкоторую особенность и можетъ быть признанъ дѣйствительною *mixta actio*.

На характеръ личнаго иска ²⁾ имѣетъ большое вліяніе способъ возникновенія того обязательства, которое служитъ его основаніемъ. Обязательство, какъ известно, можетъ возникнуть изъ юридической сдѣлки и подобныхъ ей юридическихъ отношеній, или изъ преступленій и какого-либо другаго, равнаго имъ источника. Искъ по обязательствамъ перваго рода, если онъ есть *civilis actio* и притомъ если изъ имущества истца что-либо перешло или считается какъ бы перешедшимъ въ отвѣтчику, называется *condictio* (въ болѣе узкомъ смыслѣ, если предметомъ его служитъ нѣчто о-предѣленное § 84); этому виду исковъ противопоставляется нѣсколько другихъ исковъ (*Nichtdelictis klagen*) по обязательственнымъ отношеніямъ, требующихъ по своему характеру, чтобы судья, вѣдѣнію котораго они подлежатъ, имѣлъ болѣе свободное положеніе и болѣе независимую

1) *Parbs, Bericht. und Erg. zu. Puchta's Pandecten Vorl. стр. 24*, говорятъ: „*formulae mixtae* и въ процессуальномъ отношеніи направляются и *in rem* и *in personam*“. Наверно *Parbs* искажилъ слово Пухты при записываніи лекцій.— Впрочемъ нельзя не признать, что Пухта слишкомъ рѣзко выразилъ свою мысль, такъ какъ 1) посредствомъ *actio familiae heriscundae* могъ быть разрешаема искъ о раздѣлѣ общаго наслѣдства. (L. 1. §. 1. D. *fam. herc.* (10,2) и уже Ульпианъ, обращая преимущественное вниманіе на матеріальную, а не на процессуальную сторону иска, говорятъ: *familiae heriscundae iudicium ex duobus constat, id est ex rebus atque praestatio nibus, quae sunt personales actiones*, L. 22. §. 4. D. *eod.*, 2, *condemnatio*, какъ и *adjudicatio*, относились къ обѣимъ сторонамъ и потому также должна была составляться безлично (*in rem*). Поэтому слѣдуетъ заключить, что указанное правило институтій заимствовано у какого-либо древняго юриста, можетъ быть изъ сочиненія Гая—*res quotidianae* или у самого Ульпиана, ср. весьма сходное мѣсто въ *Ulp. fr. XIX, 16*.

Прим. изд.

2) Изъ Панд. ктѣ

власть; эти иски называются *bonae fidei actiones*, тогда как *condictiones* въ противоположность имъ носятъ названіе *stricti juris* или *stricti iudicii actiones* ¹⁾. Впрочемъ необходимость предоставленія судьямъ той значительной власти, которую онъ имѣлъ при *bonae fidei actiones*, встрѣчалась и въ другихъ искахъ и удовлетворялась особымъ дополненіемъ къ формѣ, вслѣдствіе котораго искъ становился уже *actio arbitraria*.

Bonae fidei actiones по такого рода юридическимъ отношеніямъ, въ которыхъ обязанною является лишь одна изъ сторонъ, предоставляются и этой послѣдней на случай встрѣчного иска ей на основаніи того же юридическаго отношенія, и называются тогда *contrariae actiones*; иски же, вчиняемые ври- телемъ, носятъ названіе *actiones directae* (§ 232).

3. По предмету иска.

§ 84.

Предметомъ иска вообще служитъ признаніе судьей того права, которое выставляется основаніемъ этого иска. Такого содержанія просительнаго пункта, которому должно вполне соответствовать будущее судебное рѣшеніе. Фактическое признаніе права заключается въ устраненіи его нарушенія; если же это послѣднее состоитъ въ простомъ спорѣ противъ права, то устраненіе его будетъ заключаться уже въ признаніи права принадлежащимъ истцу. Но по общему правилу такого признанія недостаточно; отвѣтчикъ долженъ еще совершить какое нибудь положительное или отрицательное дѣйствіе, чтобы уничтожить нарушеніе. Требованіе истца поэтому заключается и въ томъ, чтобы судья призналъ отвѣтника обязаннымъ совершить означенное дѣйствіе, *condemnatio*, на принужденіе къ которому и направлено слѣдующее за судебнымъ рѣшеніемъ исполненіе его (*executio*), которое было бы излишне, еслибы достаточно было простаго признанія принадлежности права истцу. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ различать три класса исковъ: иски, имѣющіе въ виду одну *condemnatio*, иски о *condemnatio* и о предшествующемъ ей признаніи права за истцомъ и наконецъ иски, вовсе не имѣющіе въ виду *condemnatio*.

¹⁾ §. 28. I. de action. (4,6). Это различіе утратило уже свое непосредственное практическое значеніе.

.. 1) Личные иски основываются на обязательствѣ, заключающемся въ томъ, что отвѣтчикъ долженъ что-нибудь истцу. Приговоръ о принадлежности права истцу выражается такъ: отвѣтчикъ обязанъ отдать истцу то, что слѣдуетъ ему по данному обязательству; такъ какъ въ этихъ словахъ очевидно заключается и самая *condemnatio*, то въ сущности съ простымъ признаніемъ права истца въ приговорѣ совпадаетъ и *condemnatio* отвѣтчика; таковы иски объ одной *condemnatio*.

2) Вещные иски основываются на такихъ правахъ, которыми не возлагается никакихъ опредѣленныхъ обязанностей на другое лицо, поэтому и приговоръ о принадлежности права истцу не будетъ имѣть характера *condemnatio*. Но такъ какъ устраненіе правонарушенія требуетъ еще извѣстнаго дѣйствія отвѣтчика, то необходимо включить въ рѣшеніе *condemnatio*; напр. признавъ, что истецъ есть собственникъ вещи, судья опредѣляетъ что отвѣтчикъ обязанъ возратить ее ему, или же что отвѣтчикъ обязанъ, подъ страхомъ такого-то штрафа, воздерживаться отъ дальнѣйшаго пренятствованія истцу осуществлять свое право на вещь и кромѣ того вознаградить истца за всѣ понесенные убытки. Таковы иски, соединяющіе въ себѣ признаніе права и *condemnatio*.

3) Нѣкоторые иски вовсе не ведутъ къ *condemnatio*, а ограничиваются простымъ признаніемъ извѣстнаго юридическаго отношенія существующимъ, *praesudiciales actiones*. Причина этого можетъ заключаться въ особенномъ характерѣ того права, изъ котораго эти иски вытекаютъ, не допускающемъ возможности говорить о возстановленіи осуществленія права посредствомъ какого-либо дѣйствія отвѣтчика, таковы напр. иски о признаніи извѣстнаго *status*. Въ видѣ процессуальной особенности можетъ случиться, что возстановленіе права противъ нарушенія станетъ предместомъ особаго процесса, по отношенію къ которому вышеупомянутый искъ является какъ *praesudiciales* (но не всѣ подготовительные иски суть *praesudiciales*).

Особое примѣненіе сказаннаго встрѣчаемъ мы въ упомянутыхъ искахъ о раздѣлѣ. Опроверженіемъ этихъ искомъ является отрицаніе права общей собственности, общаго наследства. Истецъ поэтому долженъ предварительно домогаться посредствомъ *rei vindicatio* и пр. признанія своего права; въ виду такой цѣли этого иска, вмѣсто *condemnatio* о выдачѣ части изъ общаго имущества, дается *judicium divisorium*, такъ что въ этомъ случаѣ *rei vindicatio*, или *hereditatis petitio* и пр. является преюдиціальнымъ искомъ потому, что онъ не имѣетъ въ виду *condemnatio* и служитъ для подготовленія иска о раздѣлѣ, цѣлью котораго будетъ уже эта *condemnatio* (слова

praejudiciales actiones in rem esse videntur означаютъ, что отвѣтчикъ не былъ называемъ въ *intentio*)¹⁾.

Иски, касающіеся имущества, могутъ сохранять или измѣнять его двоякимъ образомъ и притомъ по отношенію къ обѣимъ сторонамъ.

1) По отношенію къ истцу. Искъ долженъ либо сохранить его имущество въ настоящемъ его объемѣ, *rem persequuntur*, либо обогатить истца, или по крайнѣй мѣрѣ доставить ему возможность такого обогащенія—признаніемъ за нимъ права подвергнуть отвѣтчика извѣстному (гражданскому) наказанію, *roepam persequuntur*. Всѣ требованія, вытекающія изъ юридическихъ дѣловъ, хотя бы они на самомъ дѣлѣ и обогащали истца, относятся къ первому роду исковъ, такъ какъ обогащеніе здѣсь не было послѣдствіемъ иска.

Объ указанныя дѣла могутъ наконецъ соединиться въ одномъ и томъ же искѣ (*mixtae actiones* ср. также § 230).

2) По отношенію къ отвѣтчику. Искъ можетъ имѣть свою цѣлью изытіе изъ имущества отвѣтчика того, что ему не принадлежитъ, и тѣмъ воспрепятствовать его обогащенію. Это бываетъ во всѣхъ искахъ, вытекающихъ изъ юридическихъ дѣловъ или хотя и имѣющихъ другія основанія, однако ограничивающихся только цѣнностями, приобретенными отвѣтчикомъ незаконно изъ чужаго имущества. Искъ можетъ также повлечь за собой обѣдненіе отвѣтчика, или по крайней мѣрѣ обусловить возможность такого обѣдненія, не ограничиваясь отнятіемъ у отвѣтчика чужихъ противозаконныхъ приобретеній. Таковы не только *actiones roepales*, но и иски о вознагражденіи за вредъ и убытки. Поэтому предметъ исковъ послѣдняго рода съ точки зрѣнія отвѣтчика нерѣдко обозначается словомъ *roepa*. (Такъ что есть *roepae* съ обѣихъ сторонъ и *roepae* со стороны одного отвѣтчика. Савиньи называетъ эти *actiones roepales* односторонними и двусторонними.)¹⁾

¹⁾ Parbs ошибочно ограничиваетъ это правило только тою *praejudicialis actio*, которая готовится искъ о раздѣлѣ. Впрочемъ самое объясненіе Пухты слишкомъ процессуально. Составленіе формулъ безъ обозначенія лица было бы выражено словами *in rem concipiuntur* или *scriptae sunt*; оно же встрѣчается и въ личныхъ искахъ (*actio quod metus causa*) и въ *exceptio metus*; слова *in rem esse videntur* означаютъ: преюдиціальныя вещи сравнены съ вещными потому, что основаніемъ ихъ служитъ хотя и не вещное право (*rem corporalem* или *incorporalem nostram esse*), а *jus personarum* (*libertas, ingenuitas* и пр.), но все таки какое-либо абсолютное юридическое отношеніе, а не обязательство.

Прим. изд.

²⁾ System, т. V, §. 210.

Есть иски ¹⁾, послѣдствіемъ которыхъ для отвѣтчика является наказаніе въ видѣ умаленія чести (*actiones famosae*) или увеличенія исковой суммы (*lis crescit*); впрочемъ это бываетъ только въ томъ случаѣ, когда онъ допустилъ тяжбу до *condemnatio* вслѣдствіе запирательства, или неповиновенія данному *arbitrium iudicis* (§ 271).

Предметомъ иска можетъ служить или опредѣленный предметъ (*certum*), напр. во всѣхъ *in rem actiones*, или нѣчто такое (*incertum*), что еще должно быть опредѣлено судьей. Въ *stricti iudicii actiones* встрѣчаются оба вида исковъ (*condictio certi*—искъ объ известной суммѣ денегъ, *condictio triticaria*—искъ объ известномъ предметѣ; обязанность исполненія договора и въ томъ и въ другомъ обозначается словомъ *dare*; *condictio incerti*, чаще *actio*, искъ неопредѣленный, обозначаемый словами *dare facere*), предметъ же всѣхъ *actiones bonae fidei*—всегда *incertus*.

4. По судопроизводству.

§ 85.

Въ древнемъ правѣ ¹⁾ мы встрѣчаемъ подраздѣленіе исковъ на *ordinariae actiones* (направляемыхъ по *ordo iudiciorum privatorum*) и *extraordinariae* (которые изслѣдовались и разрѣшались самимъ магистратомъ), далѣе на *actiones in jus conceptae* и *in factum conceptae*, наконецъ на самостоятельные и фиктивные иски, *actiones quae sua vi ac potestate constant*, *actiones fictitiae*. Указанное дѣленіе исковъ имѣетъ только исключительно историческое значеніе, но никакого практическаго.

Подраздѣленіе исковъ на *actiones* и *interdicta*, имѣетъ, собственно говоря, также одно историческое значеніе, однако оно становится важнымъ въ практическомъ отношеніи потому, что *interdicta* практикою отнесены къ суммарному процессу.

Еще большее практическое значеніе имѣютъ тѣ особенности, которыми свойственны такъ называемымъ *iudicia duplicia*, искамъ о раздѣлѣ и *interdictum retinendae possessionis*. Всѣ эти иски отличаются равенствомъ сторонъ какъ по отношенію къ обязанности представлять доказательства, такъ и по отношенію къ *condemnatio*, такъ какъ результатомъ ихъ можетъ быть приговоръ къ чему-либо самого истца, что положительно невозможно при другихъ искахъ.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

Интердикты давались въ формѣ преторскаго приказанія (*gestituae, exhibeas, veto*) и имѣли своимъ послѣдствіемъ особое судопроизводство, уже устарѣвшее ко времени Юстиниана.

Интердиктомъ называется какъ самое приказаніе претора, такъ и основанный на немъ искъ (потому что интердиктъ въ первомъ смыслѣ служитъ основаніемъ для иска). Интердикты подраздѣляются на *restitutoria, exhibitoria* и *prohibitoria*. Истецъ основываетъ здѣсь свой искъ (съ формальной стороны) не на какомъ-нибудь состоятельномъ правѣ, а лишь на приказаніи претора и на нарушеніи этого приказанія отвѣтчикомъ. Этимъ и объясняется та матеріальная особенность иска по интердикту, что имъ можно требовать лишь тѣ плоды вещи, которые получены съ момента предъявленія иска, *ex quo interdictum editum est* ¹⁾.

Интердикты ²⁾, по матеріальному своему основанію, раздѣляются на интердикты, назначенные для охраненія права, которое можетъ быть записуемо и посредствомъ какой-нибудь *actio* (*interdicta quae proprietatis causam habent*), и на интердикты, имѣющіе цѣлью охраненіе извѣстнаго фактическаго отношенія, или простаго осуществленія права (*possessionis causam habent*); къ первой категоріи принадлежатъ *interdicta adipiscendae possessionis*, въ которыхъ владѣніе служитъ не основаніемъ иска, а его предметомъ ³⁾.

Рядомъ съ этими двумя видами интердиктовъ существуютъ иски (*actiones*), основанные въ *int. proprietatis causa* на томъ же самомъ правѣ, которое охраняется интердиктомъ, напр. *interdictum Salvianum* и *actio Serviana*, *interdictum quorum bonorum* и *hereditatis petitio*. Какъ путемъ интердикта, такъ и посредствомъ соответствующаго ему иска оспаривается и разрѣшается одно и то же право. Поэтому лицу, котораго требо-

¹⁾ L. 3. D. de interd. (43, 1). Это правило извлечено компиляторами изъ L. 1. §. 40. D. de vi (43,16), помѣщено подъ титулъ *de interdictis* и потому получило видъ общаго правила. При *int. de vi, fraudatorium* и *quod vi aut clam*, вытекающихъ изъ преступленій, возвращаются всѣ плоды, полученные съ момента совершенія преступнаго дѣявія: L. 1. §. 40. D. cit., L. 25. §. 4. D. quae in fr. (43,8), L. 38. §. 11. D. de iur. (22,1). *Прим. изд.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ Владѣніе, будто *int. adipiscendae possessionis* имѣютъ основною исла не владѣніе, а какое либо право, не основательно; см. Шмидтъ, *Interdictenverfahren* 1853, стр. 91. Дѣйствительно исковыми являются интердикты *de locis publicis, sacris, religiosis* (§ 35), а также интердикты, назначенные для охраненія правъ на свободнаго человѣка (§§ 398, 432) и для исправленія попорченной вещи (§ 139). *Прим. изд.*

ванія по интердикту были отвергнуты судомъ и которое вновь предъявить о томъ же искъ, грозитъ *exceptio rei judicatae* ¹⁾.

При интердиктахъ *possessionis causa*, искъ (*petitorisches Rechtsmittel*) вытекаетъ уже изъ совершенно иного права, чѣмъ самый интердиктъ (*possessorisches Rechtsmittel*), напр. первый — изъ собственности, второй — изъ владѣнія. Предметъ тяжбы и судебного рѣшенія въ томъ и въ другомъ случаѣ весьма различны, а потому и *exceptio rei judicatae* не имѣетъ здѣсь мѣста ²⁾.

Изъять изъ употребленія интердикты первого рода долженъ былъ бы еще Юстинианъ, если бы онъ обладалъ необходимою проицательностью. Теперь давно пора бы совершенно перестать примѣнять ихъ на практикѣ. Къ сожалѣнію, наши практикы часто бываютъ непрактичны: означенное, ни къ чему не нужное подраздѣленіе интердиктовъ было сохранено ими и ему придано новое, вполнѣ ошибочное значеніе вслѣдствіе того, что юристы стали утверждать, будто тяжба въ обоихъ случаяхъ касается одного и того же предмета, но въ первый разъ она разрѣшается на время (*provisorisch*) и на основаніи большей или меньшей вѣроятности, а во второй разъ уже окончательно. Это мнѣніе они основывали на правилѣ, указанномъ въ примѣчаніи, но оно должно быть вполнѣ отвергнуто. Стеченіе обстоятельствъ дѣйствительно можетъ быть такого рода, что временное судебное рѣшеніе является необходимою, но для удовлетворенія этой необходимости законодатель имѣетъ другія средства, какъ мы это увидимъ ниже въ наследственномъ правѣ.

С. Превращеніе исковъ.

§ 86 ³⁾.

Уничтоженіе права естественно всегда заключаетъ въ себѣ и уничтоженіе иска, съ нимъ связаннаго. Но право иска мо-

¹⁾ Ср. L. 2. D. de Salv. int. (43,33): In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. См. также § 217; Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. т. 12, стр. 237. Объ int. quorum bonorum см. Шиндтъ, cit. стр. 94. Само собою разумется, что для Actio, при дѣйствительной proprietatis causa интердиктъ, всегда возникаетъ *res judicata*: L. 3. §. 4. D. de lib. exhib. (43,30), L. 3. §. 7. D. de hom. lib. exh. (43,29), L. 1. §. 45. D. de aqua quot. (43,20). *Прим. изд.*

²⁾ L. 14. §. 3. D. de exc. rei jud. (44,2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

³⁾ Изъ Пандектъ.

жетъ уничтожиться само по себѣ и непосредственно, вслѣдствіе особыхъ причинъ, его прекращающихъ (*Endigungsgrund*); продолженіе бытія права, лишеннаго способовъ охраненія, еще мыслимо, но за то мыслимо и самое прекращеніе его вслѣдствіе уничтоженія процессуальныхъ средствъ для такого охраненія: причина, непосредственно уничтожающая искъ, посредственно уничтожаетъ и самое право. Право иска прекращается или вслѣдствіе однократнаго фактическаго пользованія имъ, т. е. вслѣдствіе окончанія того процесса, введеніемъ къ которому онъ служитъ (§ 96 и 99), или вслѣдствіе извѣстныхъ обстоятельствъ, предшествующихъ предъявленію самаго иска. Къ этимъ послѣднимъ относятся: *concursum actionum*, смерть и давность.

1. *Concursum actionum*.

§ 87.

Concursum actionum, *Concurrenz*, стеченіе нѣсколькихъ исковъ можетъ послужить поводомъ къ прекращенію одного изъ нихъ; этого однако не должно смѣшивать съ тѣмъ, что мы сказали выше о вспомогательныхъ искахъ (конецъ 81 §); мы видѣли тамъ, что если для охраненія какого-либо права существуетъ особый искъ, то искъ вспомогательный не допускается, кромѣ *actio doli* и *quod metus*; такимъ образомъ, въ означенномъ случаѣ невозможно самое возникновеніе вспомогательнаго иска, а потому невозможно и стеченіе его съ другими исками. Изъ этого вытекаетъ слѣдующее важное послѣдствіе, что если та *actio*, которою былъ исключенъ вспомогательный искъ, осталась безъ послѣдствій или прекратилась вслѣдствіе давности, то для *actio doli* всетаки не будетъ основанія, потому что возникновенію его препятствовалъ упомянутый искъ. Стеченіе исковъ само никогда не прекращаетъ одного изъ нихъ; прекращеніе является результатомъ или предъявленія иска, или даже его разрѣшенія.

1) Истецъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ возможность выбрать между нѣсколькими требованіями, которыя не могутъ быть одновременно преслѣдуемы судебнымъ порядкомъ потому, что они существенно различны между собой, или же объявлены таковыми положительнымъ закономъ; такъ, лицу можетъ предстать выборъ между осуществленіемъ *lex commissoria* и обязательства, основаннаго на куплѣ-продажѣ, (въ томъ случаѣ напр. когда кто-либо совершилъ покупку подъ тѣмъ условіемъ, что продавецъ воленъ отказаться отъ сдѣлки, если покупатель въ

теченіи опредѣленнаго времени не уплатить слѣдующей ему суммы; продавецъ будетъ имѣть здѣсь право выбрать и предъявить искъ объ уничтоженіи сдѣлки, или объ уплатѣ продажной цѣны), или выборъ между *actio redhibitoria* и *quantum minoris*, между *actio in factum de receptis* и искомъ къ виновнику и пр. ¹⁾. Предъявленіемъ одного изъ исковъ истецъ лишаетъ себя возможности предъявить другой искъ, каковъ бы ни былъ результатъ перваго иска.

2) Если нѣсколько исковъ имѣютъ одинаковый предметъ и одинаковую цѣль, то одновременное существованіе ихъ возможно до тѣхъ поръ, пока цѣль не будетъ достигнута посредствомъ разрѣшенія одного изъ нихъ. Если цѣль нѣсколькихъ исковъ вполне тождественна, то по достиженіи ея посредствомъ одного изъ нихъ, другіе иски не могутъ имѣть мѣста. Въ этомъ только случаѣ существуетъ дѣйствительное прекращеніе иска вслѣдствіе *concursum* его съ другими.

Основаніе такого прекращенія слѣдующее: нельзя искать одно-го и того же нѣсколько разъ; нельзя вторично требовать того, что уже достигнуто однимъ искомъ. Условіемъ воспрещенія вторичнаго иска служить здѣсь единство предмета обоихъ исковъ напр. при *condictio furtiva* и *rei vindicatio*, при *actio communi dividundo* и *actio pro socio*, насколько впрочемъ первую имѣются въ виду *praestationes personales*. Указанное основаніе прекращенія исковъ не примѣняется однако къ тѣмъ случаямъ, когда послѣдствіемъ исковъ является присужденіе отвѣтчика къ нѣсколькимъ различнымъ наказаніямъ; поэтому если какое-либо дѣяніе лица подходитъ подъ понятіе нѣсколькихъ преступленій, то можетъ быть предъявлено нѣсколько *actiones reales*, напр. въ случаѣ тѣлеснаго наказанія чужаго раба можно предъявить къ виновному *actio injuriarum* и *actio legis Aquiliae*. Впрочемъ это правило раздѣляется далеко не всеми римскими юристами, по крайней мѣрѣ относительно примѣненія его къ нѣкоторымъ случаямъ ²⁾.

¹⁾ L. 7. D. de lege comm. (18,3), §. 16. I. de obl. ex del. (4,1), L. 3. §. 5. D. nautae caup. (4,9), L. 5. §. 1. D. de calumn. (3,6).

²⁾ Ср. L. 1. §. 21. 22. D. de tut. act. (27,3), L. 60. D. de O. et A. (44,7), L. 9. C. de accus. (9,2), L. 11. §. 2. D. ad. l. Aquil. (9,2), L. 55. §. 1. D. de adm. et. peric. tut. (28,7), L. 1. §. 9, L. 18. §. 2. D. de injur. (47,10), L. 3. §. 1. D. de duob. reis. (45,2). Особенно сильный споръ вызывало стеченіе Аквилиева иска съ *actio arborum furtim sawarum* и съ *actio injuriarum*. Паявъ въ обоихъ случаяхъ признавалъ частичное стеченіе, то есть допускалъ Аквилиевъ искъ относительно излишка, напр. относительно *duplum* и издержекъ на леченіе: L. 34. pr. D. de O. et A. (44,7), L. 1. 11. D. arb. furt. saw. (47,7), тогда какъ другіе высказывались въ пользу полного

Тождество предмета иска исключает вторичный искъ лишь настолько, насколько этотъ предметъ или цѣль достигнута первымъ искомъ. Поэтому, если второй искъ выгоднѣе для истца, то онъ можетъ во второй разъ требовать предоставляемый ему этимъ искомъ излишекъ. Разсматриваемый до сихъ поръ видъ стеченія исковъ можетъ происходить между одними и тѣми же лицами, то есть противъ того же отвѣтчика, и называется *объективнымъ* стеченіемъ (*objectiver Concurs*); въ случаѣ же стеченія исковъ, происходящаго вслѣдствіе наличности нѣсколькихъ лицъ, обязанныхъ отвѣчать по солидарному обязательству, будетъ такъ называемое *субъективное* стеченіе (*subjectiver Concurs*), таково напр. положеніе нѣсколькихъ виновниковъ въ преступленіи по отношенію къ обязанности вознаградить за происшедшіе отъ него вредъ и убытки. Вышеуказанныя основныя начала стеченія исковъ вполнѣ примѣняются и къ этому случаю. Но таковаго стеченія отнюдь не обусловливаетъ корреальное обязательство, изъ котораго возникаетъ не нѣсколько исковъ, а лишь одинъ искъ.

Всѣ случаи стеченія исковъ, обусловливающаго уничтоженіе одного изъ нихъ, называютъ *электрическимъ* стеченіемъ; но это названіе вовсе не подходящее, такъ какъ причиной уничтоженія иска служитъ вовсе не выборъ между нѣсколькими исками. Ему противопоставляется *собирательное, кумулятивное* стеченіе, то-есть конкуренція между исками въ какомъ-нибудь другомъ отношеніи, не обусловливающая ихъ уничтоженія. Совпаденіе двухъ или нѣсколькихъ исковъ въ моментъ возникновенія, если между ними не существуетъ тождества предмета, напр. при оскорбленіи замужней женщины, при кражѣ (кто оскорбляетъ замужнюю женщину, тотъ тѣмъ самымъ одновременно наноситъ

исключенія втораго иска предъявленіемъ перваго; наконецъ третьи говорятъ, что возможно одновременное бытіе обоихъ исковъ: L. 15. §. 46. D. de injur. (47,10), L. 6. D. ad l. Iul. de adult. (48,5). Нельзя сказать опредѣленно, какое изъ этихъ мнѣній раздѣлялъ Юстиніанъ; Савиньи (*System*, т. V, стр. 241) думаетъ, что таковымъ было третье мнѣніе; однако тѣ законы, на которые онъ ссылается (L. 32. D. de O. et A. (44,7), L. 60. 130. D. de R. I. (50,17), содержатъ въ себѣ опроверженіе одного втораго мнѣнія и рѣшенія Юстиніана въ L. 20. C. de furt. (6,2); §. 8. I. de obl. ex del. (4,1) касалось случая, не считавшагося никогда спорнымъ между римскими юристами: Huschke, *Zeitsch. f. Civilr. und Pr. nov. ser.* т. II. 1846, стр. 192. Первое мнѣніе имѣетъ за себя многія внутреннія основанія, а въ отношеніи къ *actio furti* и *vi bonorum raptorum* стеченіе даже безспорно: L. 88. D. de furt. (47,2), L. 1. D. de vi bon. rapt. (47,8), L. 2 §. 10 D. eod.: *Ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto*, также не отрицаетъ стеченія исковъ.

Прим. изд.

оскорбленіе ея мужу, такъ что оба могутъ предъявить искъ объ обидѣ; о кражѣ могутъ быть вчинены *actio furti*—о наказаніи и *condictio furtiva*—о возвращеніи вещи и оба иска могутъ быть предъявлены одновременно), при искѣ о наказаніи нѣсколькихъ соучастниковъ въ преступленіи, при обязательствѣ нѣсколькихъ лицъ *pro parte*, возникшемъ изъ юридической сдѣлки, при поврежденіи или завладѣніи вещью, принадлежащею нѣсколькимъ лицамъ. Точно также не составляютъ собственного *concursus actionum* тѣ случаи совпаденія нѣсколькихъ исковъ въ одномъ и томъ же лицѣ, истцѣ или отвѣтчикѣ все равно, когда предметъ этихъ исковъ не одинаковъ.

Кромѣ указанныхъ видовъ стеченія исковъ, была рѣчь о *последовательномъ* стеченіи (*successiver C.*), въ которому относили нѣсколько исковъ, изъ которыхъ одинъ служилъ подготовкою для другаго, напр. *actio ad exhibendum* для *rei vindicatio*, *rei vindicatio* для *actio communi dividundo*, искъ противъ главнаго должника для иска противъ поручителя и пр. Но все это не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія къ уничтоженію исковъ и потому здѣсь объ этомъ вовсе не должно быть и рѣчи.

2. Смерть.

§ 88.

Иски ¹⁾ суть составныя части имущества и потому переходятъ къ наследникамъ лица, управомоченнаго на искъ, *actiones heredibus competunt* (активный переход), и обращаются противъ наследниковъ отвѣтчика, *actiones in heredes dantur* (пассивный переход).

Активный переходъ естественно предполагаетъ наследственность того права, изъ котораго вытекаетъ искъ; поэтому этотъ переходъ не возможенъ по отношенію къ искамъ о правахъ неимущественныхъ, напр. къ искамъ, основаннымъ на отеческой власти: здѣсь искъ прекращается одновременно съ прекращеніемъ отеческой власти. На этомъ же основаніи не переходятъ по наследству *actiones populares*, т. е. иски, на которые уполномоченъ каждый римскій гражданинъ, какъ представитель государства, какъ защитникъ правъ и интересовъ общественныхъ. Каждый наследникъ, если только онъ римскій гражданинъ, имѣетъ самостоятельное право на такой искъ;

¹⁾ Изъ Пандектъ.

въ указанномъ видѣ представительства государства гражданами его нѣтъ ничего наследственнаго. Другое дѣло, когда искъ уже предъявленъ лицомъ и доведенъ имъ до *litis contestatio*; въ этомъ случаѣ истцу долженъ принадлежать тотъ предметъ, о которомъ вчиненъ искъ; *actio popularis*, вслѣдствіе *litis contestatio*, сдѣлалась уже частнымъ его имуществомъ, а потому стала и наследственною.

Кромѣ того есть цѣлый рядъ исковъ, которые хотя и вытекаютъ изъ гражданскихъ правъ, даже изъ обязательствъ, т. е. изъ правъ имущественныхъ, но не могутъ считаться составными частями имущества потому, что такой взглядъ на нихъ противорѣчитъ ихъ матеріальному характеру и даже можетъ казаться безнравственнымъ; это—иски, посредствомъ которыхъ лицо имѣетъ въ виду отмстить за нанесенное ему оскорбленіе, *actiones vindictam spirantes*. 1) Типомъ такихъ исковъ служитъ искъ объ обидѣ, *actio iniuriarum*; имъ требуется денежное наказаніе отвѣтчика, но постыдно было бы считать его средствомъ обогащенія лица обиженнаго или его наследниковъ. Точно также слѣдуетъ смотрѣть и на всѣ остальные иски, сравненные съ указаннымъ типомъ. Эти иски не переходятъ къ наследникамъ истца по двумъ причинамъ: 1) допустить такой переходъ—значило бы признать эти иски средствомъ для обогащенія и 2) наследникъ не можетъ считаться представителемъ оцущеній, чувствъ наследодателя. Сказанное однако относится только къ искамъ, оставшимся не предъявленными до смерти лица; *litis contestatio* также уничтожаетъ ненаследственность этихъ исковъ. Итакъ, всѣ указанныя изыятія изъ активнаго перехода исковъ коренятся въ самой природѣ вещей; ихъ едва ли даже можно назвать исключениями, такъ какъ самое правило не распространяется на нихъ.

Случаи исключеній изъ пассивнаго перехода исковъ по наследству имѣютъ отчасти такой же характеръ. Самое правило перехода основано на томъ, что со стороны отвѣтчика цски

-
- 1) Таковы: 1. *iniuriarum actio*,
 2. *in factum actio*, предоставленная родственнику и патрону, противозаконно призваннымъ на судъ.
 3. *querela inofficiosi*,
 4. *actio sepulcri violati*,
 5. *in factum actio* о препятствованіи погребенію,
 6. *in factum actio* противъ лица, получившаго деньги за *calumnias*,
 7. Искъ объ убыткахъ, происшедшихъ отъ расторженія брака, вчиняемый противъ виновной стороны,
 8. Искъ дарителя о возвращеніи ему дара вслѣдствіе неблагодарности одареннаго.
- Изъ Пандектъ.

являются способами уменьшения его имущества, — минусами въ имуществѣ, которые такъ же переходятъ къ его наследникамъ, какъ и плюсы. Это основное начало предполагаетъ однако обязанность наследодателя отвѣчать по иску въ силу какой-нибудь постоянной, прочной причины; оно поэтому не можетъ имѣть примѣненія, если основа иска, предъявленнаго противъ него, была непостоянная: напр. если наследодатель явился отвѣтчикомъ, въ качествѣ собственника вещи, или владѣльца ся — *actio poxalis, actio ad exhibendum*. Въ вещныхъ искахъ это встрѣчается хотя и часто, но далеко не всегда. Такимъ образомъ если наследодатель явился отвѣтчикомъ по иску только до тѣхъ поръ, пока онъ находился въ такомъ положеніи, что временно обязанъ былъ отвѣчать, то искъ эт. тѣ можетъ сдѣлаться обязательнымъ для наследника подъ тѣмъ же условіемъ т. е. если онъ, принявъ наследство, остался въ томъ же положеніи.

Естественное исключеніе изъ упомянутаго основнаго правила представляютъ наказанія. Наказаніе утратило бы свой исключительный характеръ, еслибы оно, кромѣ виновника въ совершеніи педозволеннаго дѣйствія, падало на другое лицо, причемъ вполне безразлично наказывался ли лицо физически или, какъ въ гражданскихъ наказаніяхъ, имущественно. Отсюда вытекаетъ правило: *heres in reonam non succedit*. Но влѣдствіе *litis contestatio* обстоятельства перемѣняются; благодаря ей, между истцомъ и отвѣтчикомъ устанавливается обязательство исполнить приговоръ; обязанность исполненія переходитъ уже къ наследнику отвѣтчика.

Римское право сдѣлало однако еще большій шагъ впередъ. Оно вообще исключило пассивный переходъ *actiones reonales* (исковъ о наказаніи лица, о вознагражденіи за вредъ и убытки, или о томъ и другомъ вмѣстѣ) въ томъ случаѣ, когда они не были предъявлены къ самому наследодателю. Оно взглянуло на всякое преступленіе, какъ на нѣчто индивидуальное, почему и послѣдствія его должны были падать только на данный индивидуумъ (такое же начало существовало и въ древне-германскомъ правѣ).

Это римское правило съ теченіемъ времени претерпѣвало все большія и большія измѣненія. Можно пожалуй сказать, что обязанность вознагражденія за вредъ и убытки есть уже само по себѣ наказаніе для отвѣтчика (см. выше), такъ какъ она вытекаетъ не изъ обогащенія его; къ этому соображенію прикинуло еще то, что наследникъ не долженъ обогащаться вслѣдствіе преступленія наследодателя. Если же ему по наследству досталось что-либо пріобрѣтенное наследодателемъ посредствомъ

преступленія, то онъ отвѣчаетъ не только по иску о вознагражденіи за вредъ и убытки, происшедшія отъ преступленія, но даже и по иску о наказаніи за оное.

Римское право пошло еще далѣе, расширивъ отвѣтственность наследника истолкованіемъ словъ *pervenire ad heredem* не въ смыслѣ дѣйствительнаго обогащенія, но въ смыслѣ всего наследства, доставшагося наследнику ¹⁾.

Наконецъ каноническое право установило, что наследники отвѣтчика обязаны вознаграждать истца за вредъ и убытки всѣмъ доставшимся имъ наследствомъ, независимо отъ дѣйствительнаго обогащенія, обусловленнаго преступленіемъ, такъ что различіе между исками по юридическимъ сдѣлкамъ и по преступленіямъ сохранилось лишь въ томъ, что вслѣдствіе первыхъ наследникъ могъ лишиться даже своего имущества, а при проигрышѣ вторыхъ онъ лишался только унаследованнаго имущества. Это постановленіе, назначенное собственно для духовныхъ судовъ, было однако принято и судами свѣтскими ²⁾.

Всѣ *actiones populares* обсуждаются по началамъ, указаннымъ для *actiones reoales*; предметъ ихъ имѣетъ для истца всегда значеніе выгоды, такъ какъ онъ по иску получаетъ нѣчто такое, что не входило прежде въ составъ его имущества, поэтому-то *actio popularis* не переходитъ *passive* на наследниковъ ³⁾. Искъ противъ лица *dolo desinens possidere* трактуется аналогически съ *actiones reoales* о вознагражденіи за вредъ и убытки.

Смерть отвѣтчика не имѣетъ никакого вліянія на другіе иски по юридическимъ сдѣлкамъ *vel quasi*, хотя бы поводомъ къ иску служило недозволенное дѣйствіе или *dolus*. Такова напр. *condictio furtiva*, которую ошибочно считали за *actio reoalis*, обращающую *in solidum* противъ наследниковъ отвѣтчика, составляющую поэтому исключеніе изъ общаго правила. На этомъ основывается напр. установленное Мюленбрукомъ ⁴⁾ правило, что *actiones reoales* объ одномъ вознаграж-

¹⁾ Ср. L. 127. D. de R. I.: *Cum praetor in heredem dat actionem, quantum ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.* L. 17 D. quod met. (42).

²⁾ с. 14. X. de sepult. (3,28), с. 5. X. de raptor. (5,17), с. 9. X. de usur. (5,19), с. 28. X. de sent. excomm. (5,39). Слова второй цитаты: *juxta facultates vnae condigne satisfaciunt* должны быть относимы къ составу наследства. Принятіе этого правила свѣтскими судами находится въ связи съ отказомъ отъ дѣйствовавшего въ древнѣйшемъ германскомъ правѣ принципа безусловной, полной безотвѣтственности наследниковъ отвѣтчика. *Прим. ред.*

³⁾ L. 8. D. de popul. act (47,23).

⁴⁾ Lehrbuch § 611.

деніи за вредъ и убытки, на ряду съ которыми возможны и чистыя actiones reonales—о наказаніи, безусловно обращаютъ противъ наследниковъ, даже когда они сопровождаются обманомъ. Тоже должно сказать и объ actio rerum amotarum, если только она носитъ характеръ condictio ¹⁾.

Иски по договорамъ (Contractsklagen) не прекращаются вслѣдствіе смерти отвѣтчика, напр. actio depositi при dolus со стороны наследодателя; однако наследники не подвергаются установленному гражданскому наказанію, (reona dupli, при такъ-называемомъ depositum miserabile, уменьшалась на половину и наследники отвѣчали лишь за simplum), такъ какъ и здѣсь дѣйствительно правило heres in reonam non succedit.

Одно изъ законоположеній Институцій ²⁾ какъ бы уравниваетъ иски по договорамъ съ исками о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ. Такое правило вполне противорѣчно бы многимъ рѣшеніямъ, встрѣчаемымъ въ остальныхъ частяхъ юстиніановскаго законодательства. Оно заимствовано у Гая, который въ примѣръ къ нему приводитъ искъ противъ sponsor'a и fideipromissor'a. Для составителей Институцій этотъ примѣръ уже не годился, такъ какъ самый институтъ, изъ котораго онъ взятъ, болѣе въ то время не существовалъ въ юстиніановскомъ правѣ; поэтому имъ слѣдовало уничтожить самое правило, а не ограничиваться однимъ примѣромъ; сохраняя означенное правило, они имѣли въ виду actio depositi in duplum, напр. Теофилъ. Это, какъ мы сказали выше, ошибка, и потому мы должны считать цитированное мѣсто, какъ бы вовсе не существующимъ. Напротивъ Пандекты представляютъ намъ примѣръ того, что искъ по юридической сдѣлкѣ не переходитъ противъ наследниковъ отвѣтчика, именно—искъ rationibus distrahendis, вытекающій изъ quasi contractus опеки; этотъ искъ долженъ былъ указать Теофилъ ³⁾.

¹⁾ См. L. 24—26. 29 D. rer. amot. (25,2); съ другой стороны обсужденіе этого иска по началамъ, указаннымъ для actiones reonales, встрѣчается въ законѣ Диоклетіана L. 3. C. rer. amot. (5,21), который, можно думать, приведенъ въ случаѣ, не подходящій подъ условія condictio; однако, вѣроятнѣе всего, здѣсь существуетъ дѣйствительное противорѣчіе между означенными законами.

Изъ Пандектъ.

²⁾ §. 1. I. de perp. et temp. act. (4,12):—aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit (ex deposito), et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenerit. Ср. Gajus IV. §. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

³⁾ Actio ration. distr. не есть искъ по преступленію, L. 1. §. 21. D. de

3. Исковая давность.

§ 89.

Подъ именемъ ¹⁾ исковой давности, одной изъ главнѣйшихъ причинъ уничтоженія исковъ,—разумѣется потеря права иска, вслѣдствіе пропущенія установленнаго закономъ срока для его предъявленія.

Понятіе исковой давности было совершенно чуждо древнему римскому праву, гдѣ, вслѣдствіе истеченія извѣстнаго времени, могло уничтожиться лишь само право, а съ нимъ вмѣстѣ уничтожался и искъ (напр. *usucapio* вещи); но особыхъ сроковъ для уничтоженія однихъ исковъ не было. Исковая давность прежде всего появляется въ преторскомъ правѣ. Преторы, при извѣстныхъ условіяхъ, считали необходимымъ допустить ее по отношенію къ вводимымъ ими новымъ искамъ, съ тѣмъ чтобы отвѣтчикъ, если право его въ теченіи извѣстнаго времени не было оспорено, могъ уже быть совершенно гарантированъ отъ чьихъ либо притязаній. Срокомъ для такого оспариванія обыкновенно назначался одинъ годъ. Допустить такое ограниченіе правъ истца казалось справедливымъ 1) въ искахъ, доставляющихъ ему извѣстную выгоду—въ преторскихъ штрафныхъ искахъ (*actiones poenales*), и 2) въ тѣхъ искахъ, результатомъ которыхъ является уменьшеніе имущества отвѣтчика, въ искахъ о безусловномъ вознагражденіи за вредъ и убытки. Отъ дѣйствія годичной исковой давности изъяты были тѣ иски, которые, не обогащая истца и не обѣдняя отвѣтчика, просто лишали послѣдняго тѣхъ цѣнностей, которыя достались ему незаконно ²⁾.

Исковая давность была впоследствии распространена и на эдильскіе иски, отступающіе отъ основы *jus civile*; срокъ давности для нихъ назначенъ былъ отчасти даже меньше года.

Разсматриваемый институтъ распространялся постепенно не только по всей области гражданскаго права вообще, но даже и на тѣ иски, которые основывались на особыхъ, сингулярныхъ

tut. act. (27, 3):—ex una obligatione duas actiones, и всетаки не обращается противъ наследниковъ отвѣтчика. L. 1. §. 23. eod.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 35. pr: D. de O. et A. (41, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

правахъ, напр. на искъ казны о завладѣннн ея имѣннями и на *querela inofficiosi*.

Не смотря на такое распространеннн института давности, онъ сохранялъ во все классическое время юриспруденцн сравнительно незначительный объемъ. Большинство исковъ, носившихъ названнн *actiones perpetuae*, не подлежало ея дѣйствию, иски же, погашаемые давностью и составлявшнн какъ бы исключеннн изъ общаго правила, назывались *actiones temporales*.

Другое направленнн получилъ означенный институтъ вслѣдствнн закона Θεодоснн II, изданнаго въ 424 году. Всѣ иски, бывшнн до этого времени вѣчными, должны были подлежать дѣйствию 30-лѣтней давности. Появившееся на практикѣ стремленнн какъ ннбудь избѣгнуть этого ограниченнн вызвало нѣсколько законовъ Анастаснн и Юстиннана, которыми подтверждалось строгое соблюденнн его, причемъ однако для небольшого числа исковъ срокъ давности увеличенъ до 40 лѣтъ. Прежнее различнн въ терминологнн *actiones perpetuae* и *temporales* сохранило свою силу.

По римскому праву изъяты были отъ дѣйствнн давности: *vindicatio in libertatem*, *vindicatio colonnsta* патронномъ его, курнала—тѣмъ городомъ, къ которому онъ принадлежнтъ, и искъ о взысканнн податныхъ недоимокъ—вслѣдствнн особеннаго закона ¹⁾. Правило о томъ, что всѣ иски подлежатъ дѣйствию давности, представляетъ въ дѣйствующемъ правѣ только одно исключеннн, да и то не полное, основанное на томъ принципѣ, что со всякаго рода общности правъ связано право на уничтоженнн, на раздѣлъ этой общности; погашеннн давностью иска о раздѣлѣ было бы вполне равносильно принужденнн къ вѣчному существованнн общности правъ. Искъ о раздѣлѣ не подлежитъ дѣйствию давности также и потому, что даже въ случаѣ уничтоженнн права иска, это право само собой возникало бы вновь. Однако иски этого рода не вполне изъяты отъ дѣйствнн давности; она имѣетъ значеннн для нихъ въ томъ случаѣ, когда самыя иски имѣютъ въ виду *praestationes personales*, или споръ противъ частнаго раздѣла (*Privattheilung*) ²⁾.

Скажемъ нѣсколько словъ относительно цѣли новыхъ законовъ объ исковой давности. Чѣмъ отдаленннѣе отъ насъ моментъ возникновеннн извѣстнаго требованнн, тѣмъ трудннѣе добиться удостовѣреннн его справедливости. Если-бы эта трудность пред-

¹⁾ L. 3. C. de l. t. praescr. qu. pro lib. (7, 22), L. 23. pr. C. agrio (11, 47), L. 5. C. de praescr. XXX annor. (7, 39), L. 6. C. eod.

²⁾ L. 1. §. 1. C. de annali exc. (7, 40).

ставляла известныя невыгоды только для истца, то ему не было бы вовсе необходимости въ давности, общей всемъ искаемъ. Но промедленіе въ предъявленіи иска можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ невыгоды для отвѣтчика тѣмъ, что затруднитъ его защиту. Онъ въ это время можетъ утратить доказательства исполненія своихъ обязательствъ, напр. возьмемъ простѣйшій случай, онъ можетъ утратить доказательства уплаты долга. Поэтому представляется вполне справедливымъ—предоставить ему защищаться посредствомъ ссылки на истечение давности. Хотя истецъ не всегда съ умысломъ (*dolose*) откладываетъ на продолжительное время предъявленіе иска, однако намъ кажется вполне справедливымъ подвергнуть известнымъ невыгодамъ отъ просрочки его, а не отвѣтчика. Предоставленіемъ истцу довольно значительнаго промежутка времени для осуществленія его права достаточно удовлетворяются требованія справедливости; впрочемъ при нѣкоторыхъ условіяхъ для той же цѣли представляется уже достаточнымъ даже и сравнительно краткій срокъ.

Условія исковой давности.

· § 90.

Условія исковой давности слѣдующія: искъ долженъ возникнуть (вопросъ о началѣ исковой давности), искъ долженъ быть пропущенъ (теченіе давности) и установленный закономъ срокъ долженъ быть просроченъ (конецъ давности).

Actioni nondum natae non surrit praescriptio. Возникновеніе здѣсь понимается не въ общемъ смыслѣ, а въ особенномъ, въ смыслѣ наступленія повода къ иску. Это прямо слѣдуетъ изъ понятія давности: искъ, не предъявленный лицомъ вслѣдствіе отсутствія повода, нельзя считать погашеннымъ давностью. *Actio* только въ томъ случаѣ должна считаться *nata*, когда наступило правонарушеніе со стороны отвѣтчика, дающее возможность предъявить къ нему искъ. Примѣненіе этого принципа на практикѣ вызвало много споровъ и ошибокъ.

Условіе *actio nata* всего очевиднѣе въ вещныхъ искахъ, такъ какъ здѣсь, до момента правонарушенія, нѣтъ отвѣтчика, а потому не можетъ быть и рѣчи о давности; нельзя считать погашеннымъ давностью искъ о признаніи моего права собственности на вещь въ то время, когда я еще владѣю ею. То же будетъ впрочемъ, когда моею вещью владѣетъ некто иное другое лицо, являющееся такимъ образомъ естественнымъ (фактическимъ) владѣльцемъ. Въ данномъ случаѣ также

нѣтъ никого, противъ кого я имѣлъ бы право вчинить искъ, который поэтому и не можетъ быть погашенъ давностью. Многие думали, что здѣсь возможно предъявить искъ противъ этого фактическаго владѣльца, напр. противъ арендатора. Но, возразимъ мы, пока арендаторъ владѣетъ вещью именемъ собственника ея, до тѣхъ поръ этотъ послѣдній владѣетъ какъ бы самъ, а потому и не можетъ жаловаться. Только съ той минуты, когда указанное отношеніе измѣнится вслѣдствіе прекращенія владѣнія со стороны собственника, или вслѣдствіе какаго-либо дѣянія фактическаго владѣльца, можно сказать что возникло право иска.

Въ личныхъ искахъ отвѣтчикъ находится на лицо уже до правонарушенія. Это привело многихъ къ ошибочному выводу, что слѣдуетъ считать начало теченія давности съ момента возникновенія обязательства. Но и здѣсь имѣетъ полную силу вышеуказанное правило о моментѣ возникновенія иска. Вѣритель до тѣхъ поръ, пока право его не нарушено, не можетъ искать и потому не можетъ утратить своего права иска вслѣдствіе давности; должникъ же не всегда нарушаетъ право вѣрителя тѣмъ, что состоитъ должникомъ. Особенное вниманіе слѣдуетъ обратить на слѣдующіе случаи:

1) Назначеніе срока платежа отсрочиваетъ искъ, а вѣстѣ съ нимъ и начало исковой давности. Только съ наступленіемъ этого срока искъ считается возникшимъ; послѣ наступленія не нужны ни тога, ни напоминанія должнику (*Interpellation*).

2) Такимъ же характеромъ отличается долгъ по востребованію. Востребованіемъ опредѣляется срокъ платежа. Вслѣдствіе пропуска его непосредственно, или пропуска отсрочки, данной при востребованіи, начинается теченіе исковой давности. Невѣрно мнѣніе, будто теченіе ея начинается съ момента совершенія займа, основанное на ложномъ правилѣ, будто право иска можно считать возникшимъ, если во власти кредитора притать неплатежу долга противозаконный характеръ. Это правило—чистѣйшая выдумка ¹⁾. Вопросъ можетъ только заключать-

1) Новѣйшіе защитники этого мнѣнія, напр. Вангеровъ, Arch. f. civ. Pr. XXXIII (1850), 12, Brinz, Windscheid и др. ссылаются, за невѣніемъ внутреннихъ основаній, на L. 94. §. 1. D. de solut. (46, 3): *sin autem communis nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio*, которая сюда вовсе не относится потому, 1) что Паницианъ не могъ при искѣ по займу имѣть въ виду ни *praescriptio XXX annorum*, ни какаго-либо другаго вида исковой давности и 2) что указываемое здѣсь противоположеніе можетъ быть началомъ обязательства, а не иска. Отсюда слѣдуетъ, что въ цитатѣ слово *actio* употреблено въ смыслѣ *obligatio*.

Прим. изд.

ся въ томъ, есть ли поводъ къ иску, а не въ томъ, какъ явился тотъ или другой поводъ. Иначе пришлось бы отнести это правило и къ срочному займу, такъ какъ здѣсь назначеніе срока также зависитъ отъ кредитора.

3) Если не назначено опредѣленнаго или неопредѣленнаго срока для платежа по сдѣлкѣ, то вѣритель можетъ предъявить свое требованіе тотчасъ же по ея заключеніи, *cedit et venit dies*, поэтому и теченіе давности начинается тотчасъ же и нѣтъ необходимости въ тога. Началу давности не препятствуетъ существованіе какой-либо *exceptio dilatoria*, напр. *exceptio excusationis* или *exceptio non impleti contractus*, если только эта экцепція не основана на платежномъ срокѣ, установленномъ договоромъ или закономъ.

4) Нѣкоторое отступленіе представляетъ случай, когда при займѣ съ процентами обѣ стороны разсчитываютъ на существованіе ихъ сдѣлки въ теченіи извѣстнаго періода времени. Въ другихъ случаяхъ теченіе давности начинается съ момента неплаты въ срокъ, но оно прерывается вслѣдствіе дѣйствительной уплаты процентовъ ¹⁾.

5) Вообще теченіе давности не начинается, когда извѣстное обязательственное отношеніе должно, по согласію контрагентовъ, существовать въ продолженіи извѣстнаго времени, хотя бы вѣритель могъ произвольно прекратить его бытіе, напр. при *depositum*. Давность начинаетъ течь только послѣ того, какъ депонентъ потребуеетъ возвращенія поклажи, а депозитарій не возвратитъ ея, или совершитъ такое дѣйствіе, которое представляется нарушеніемъ его обязанностей *ex deposito*.

Что же касается доказательствъ начала давности, то должникъ обязанъ доказать лишь тотъ моментъ времени, когда требованіе истца получило свое основаніе (*Begründung*). Случай, указанный въ 3 рубрикѣ, разрѣшается на основаніи предположеній, тогда какъ остальные основаны на особомъ, выраженномъ или молчаливомъ, опредѣленіи. Если же вѣритель, опираясь на такое особое опредѣленіе, будетъ утверждать, что теченіе давности началось позднѣе, то онъ обязанъ привести тому надлежащія доказательства ²⁾.

¹⁾ L. 7. §. 5., L. 8. §. C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 5. C. de duob. reis (8, 40).

²⁾ Усмотрѣнное Вагнеровымъ, *Leitfaden*. I. (1851) стр. 252, явное внутреннее противорѣчіе между указаннымъ въ текстѣ *opus probandi* истца и правдомъ, высказаннымъ во 2 рубрикѣ, дѣйствительно существовало бы тогда, еслибы здѣсь шла рѣчь о какомъ-либо условіи давности, а не объ особенномъ препятствіи къ ея началу. *Прим. изд.*

Необходимо еще указать на применение исковой давности къ многосрочнымъ обязательствамъ (*terminweise Leistungen* ¹⁾). Здѣсь слѣдуетъ различать два случая. Эти обязательства являются:

1) Или придатками къ какому-либо обязательству, напр. проценты къ займу, и тогда погашаются давностью одновременно съ главнымъ обязательствомъ.

2) Или главными. Отказъ по завѣщанію опредѣленнаго дохода на извѣстное число лѣтъ состоитъ изъ столькихъ отдѣльныхъ отказовъ, сколько лѣтъ въ данномъ срокѣ. Поэтому о каждомъ изъ нихъ долженъ быть предъявленъ самостоятельный искъ, который и погашается давностью отдѣльно отъ остальныхъ; то же должно сказать и объ обѣщаніи дохода. Хотя здѣсь одно обѣщаніе и одно обязательство разложены на нѣсколько частей, однако они должны быть обсуждаемы въ вышеуказанныхъ соображеніяхъ какъ нѣсколько обѣщаній или обязательствъ.

Второе условіе касается теченія давности. Давность не должна прерываться во все установленное время, или, иначе говоря, истецъ долженъ быть постоянно находиться въ такомъ положеніи, чтобы ему можно было всегда написать промедленіе въ предъявленіи иска (промедленіе не непременно вслѣдствіе *culpa*). Перерывъ наступаетъ въ томъ случаѣ, когда поводъ къ иску уничтожается, напр. въ искахъ противъ владѣльца, — когда личность владѣльца измѣняется. Отступленіе существуетъ при преемствѣ, *accessio temporis*, когда новый владѣлецъ вступаетъ по преемству на мѣсто прежняго, напр. вслѣдствіе покупки; теченіе давности въ этомъ случаѣ не прерывалось и новый владѣлецъ могъ причесть себѣ истекшее время своего автора. Въ личныхъ искахъ теченіе давности прерывается вслѣдствіе признанія должникомъ требованій истца, напр. вслѣдствіе уплаты процентовъ, установленія новаго срока для платежа, выдачи новаго долговаго документа и пр. Простое напоминаніе должнику не обуславливаетъ перерыва давности, оно скорѣе служить доказательствомъ продолжающагося нарушенія права истца. Далѣе перерывъ давности производитъ предъявленіе иска, если онъ только судьей сообщенъ отвѣтчику для представленія надлежащаго объясненія, а не просто *notitiae causa*. Какъ разрѣшить вопросъ въ томъ случаѣ, если срокъ исковой давности истекъ между предъявленіемъ иска въ судъ и вызовомъ отвѣтчика? Вѣрное разрѣшеніе будетъ слѣдующее: предъявленіе иска есть актъ, прерывающій теченіе давности, лишь

¹⁾ Ср. L. 7 § 6. C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 26. pr. C. de usur. (4, 32).

бы дѣйствительность этого акта была подкрѣплена послѣдующимъ вызовомъ отвѣтчика; при отказѣ въ искѣ а *limine iudicii* перерыва не будетъ, точно также какъ и при взятіи иска обратно до вызова отвѣтчика. Даже и безъ вызова его возможенъ перерывъ давности, если вызовъ не могъ быть произведенъ вслѣдствіе отсутствія отвѣтчика и т. п. Перерывъ давности облегчается и интересы истца гарантируются многими способами:

1) Предъявленіе личнаго иска прерываетъ теченіе давности и по иску ипотечному (противъ должника) и наоборотъ; 2) если истцу предоставлено нѣсколько исковъ противъ одного лица и онъ такъ обще предъявилъ искъ, что нельзя съ точностью сказать, который именно изъ исковъ имъ вчиненъ, то такое предъявленіе прерываетъ теченіе давности по всѣмъ его искамъ; 3) если невозможно предъявить искъ въ судъ, то въ случаѣ крайности дозволяется составить протоколъ о вызовѣ отвѣтчика въ какомъ-либо другомъ присутственномъ мѣстѣ, или вызовъ можетъ быть сдѣланъ письменно въ мѣстожительствѣ отвѣтчика въ присутствіи трехъ свидѣтелей; наконецъ 4) перерывъ давности обусловливаетъ письменное предъявленіе иска у мирового (третейскаго) судьи, *Schiedsrichter*.

Древнѣйшему праву былъ чуждъ перерывъ давности вслѣдствіе предъявленія иска; такое значеніе имѣла лишь *litis contestatio*, дѣлавшая искъ вѣчнымъ. Это обстоятельство не важно въ томъ случаѣ, когда искъ доводится до конца—до судебного рѣшенія, но оно не остается безъ вліянія въ случаѣ постановки иска на какомъ-либо моментѣ, предшествующемъ рѣшенію. Нѣкоторые ученые ¹⁾ думаютъ, что постановленіе юстиниановскаго права относится только къ 30-лѣтней и большей давности, но что по отношенію къ *actiones temporales* сохранило свою силу древнее право. Это опровергается тѣмъ, 1) что болѣе легкіе способы перерыва давности необходимы при краткихъ срокахъ ея; 2) что введеніе такого различія было бы неловкостью, безъ всякой нужды затемняющею, запутывающею право, и 3) что самый законъ ни слова не говоритъ о подобномъ его ограниченіи. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Пандектъ нѣрѣдко встрѣчаются остатки древняго права; но эти остатки въ данномъ случаѣ потому имѣютъ столь малое значеніе, что въ дѣйствительности весьма важную роль играетъ *litis contestatio* (см. ниже).

Вслѣдствіе перерыва давности все протекшее время теряетъ

¹⁾ Напр. Вагнеръ, *Leitf. f. Pandekten-Vorlesungen* § 151.

всякое значеніе, и теченіе давности должно вновь начаться съ перваго ея момента. Въ этомъ заключается различіе между прерванной и покоящеюся давностью. Если въ теченіи давности попадется промежутокъ времени, въ которомъ не будетъ на лицо всѣхъ ея условій, то она все это время считается покоящеюся и затѣмъ снова продолжаетъ свое теченіе; при исчисленіи же срока ея этотъ промежутокъ времени въ расчетъ не принимается. ¹⁾ Такая покоящаяся давность встрѣчается въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда право иска принадлежитъ малолѣтнему, б) когда оно принадлежитъ несовершеннолѣтнему, впрочемъ только по отношенію къ давности, срокомъ менѣе 30 лѣтъ, с) когда право иска относится къ *adventitia* сына, состоящаго подъ властью (*filiusfamilias*), d) когда извѣстныя юридическія препятствія мѣшаютъ предъявленію иска (*agege non valenti non currit praescriptio*) и нѣк. др.

Если перерывъ давности произошелъ вслѣдствіе предъявленія иска, который былъ доведенъ до *litis contestatio*, то вторичная давность простирается уже на 40 лѣтъ со времени послѣдняго судебного дѣйствія. Такой смыслъ имѣютъ для юстиніановскаго права вышеуказанныя цитаты изъ Пандектъ, опредѣляющія, что искъ вслѣдствіе *litis contestatio* дѣлается вѣчнымъ.

Третье условіе касается конца давности, истечения срока съ момента *actio nata* до того акта, который могъ считаться перерывомъ давности. Право иска ¹⁾ теряется только съ истеченіемъ послѣдняго дня срока (§ 75). При годичной и кратчайшей давности исчисленіе ея производится по *utile tempus*, при всѣхъ другихъ срокахъ по *tempus continuum*. (§ 76). Исключеніе изъ этого представляетъ вышеуказанная покоящаяся давность.

Въ заключеніе скажемъ о *bona fides*. *Bona fides* отвѣтчика не можетъ служить условіемъ, а *mala fides ergo*—препятствіемъ для исковой давности, если вопросъ о ней разрѣшается по внутреннимъ основаніямъ; такъ какъ основа давности есть несовершеніе извѣстнаго дѣйствія истцомъ, а не опредѣленное состояніе отвѣтчика, то и квалифікація этого состоянія не можетъ быть поставлена условіемъ давности. Сказанное имѣетъ полную силу и по отношенію къ иску противъ владѣльца; владѣніе есть фактъ, дѣлающій лицо отвѣтчикомъ, но оно отнюдь не можетъ служить основаніемъ давности. Такъ разрѣшаетъ вопросъ римское право; въ этомъ именно и заключается раз-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

личіе между земскою давностью и давностью въ вещныхъ искахъ. Безъ этого различія нельзя было бы отличить ихъ и каждая исковая давность сдѣлалась бы земскою, т. е. перестала бы быть исковою. Признаніе того, что bona fides есть условіе исковой давности было послѣдствіемъ смѣшенія этихъ двухъ институтовъ; каноническое право придало этой невообразимой путаницѣ характеръ закона.

Содержаніе постановленій каноническаго права ¹⁾ въ немногихъ словахъ слѣдующее:

Владѣлецъ чужою вещью, чтобы имѣть право сослаться на давность, долженъ былъ въ теченіи всего установленнаго періода времени находиться in bona fide. Это правило прямо относится къ usucapio, которая въ каноническомъ правѣ разумѣется въ понятіи praescriptio, но должно, конечно, относиться и къ исковой давности, смѣшиваемой съ usucapio. Послѣдствіемъ является, что по каноническому праву собственно вовсе нѣтъ давности для иска о правѣ собственности.

Укажемъ нѣсколько различныхъ мнѣній, относящихся къ занимающему насъ вопросу:

1) bona fides необходима при всякой исковой давности. Этотъ взглядъ выходитъ далеко за предѣлы буквального смысла постановленій каноническаго права. Защищать это мнѣніе можно только развѣ изъ любви къ абсурдамъ, такъ какъ оно есть несомнѣнный абсурдъ, признаніе котораго равносильно было бы полному уничтоженію исковой давности (теоретически, помимо доказательства недобросовѣстности);

2) bona fides необходима только для того вида исковой давности, когда отвѣтчикъ владѣетъ чужою вещью; такимъ образомъ эта необходимость встрѣчается не только въ вещныхъ искахъ, но и въ искахъ личныхъ, а также и въ такихъ, гдѣ отвѣтчикъ опредѣляется не фактомъ владѣнія, а чѣмъ-либо инымъ, actio depositi, commodati. ²⁾ Я, не колеблясь, при-

¹⁾ С. 5. X. de praescr. (2,26): nulla antiqua dierum possessio (jure divino) juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi respuerit postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem (Alex. III), c. ult. eod: Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

²⁾ Этого мнѣнія держатся между прочими Boehmer, Mollenthel, Savigny, V. §. 244—246, Hildenbrand и др.

знаю этотъ взглядъ ложнымъ. Условіе *bona fides* мыслимо только какъ свойство того состоянія, которое ставитъ лицо въ положеніе отвѣтчика, т. е. какъ свойство такого владѣнія, которое обуславливаетъ обязанность отвѣчать по иску, чего въ *actio depositi* вовсе нѣтъ, такъ какъ депозитарій отвѣчаетъ не потому только, что онъ владѣлецъ. Оно впрочемъ здѣсь и не нужно, такъ какъ истцу предоставлена *vindicatio*;

3) *bona fides* необходима во всѣхъ искахъ противъ владѣльца—какъ вещныхъ, такъ и личныхъ. Но этотъ взглядъ выходитъ за предѣлы буквы каноническаго права: *possessor rei alienae*. Руководствуясь имъ, пришлось бы признать, что здѣсь разумѣются и свои собственныя вещи, напр. при *actio hypothecaria* противъ залогодателя, владѣющаго заложеною вещью;

4) *bona fides* необходима при искѣ о правѣ собственности. Это мнѣніе не противорѣчитъ рѣшенію каноническаго права. Нельзя *mala fide* лишать лицо собственной его вещи, подъ предлогомъ простой исковой давности. Въ пользу этого взгляда служить то, что онъ не допускаетъ нелицности существованія исковой давности подъ условіемъ *bona fides*, такъ какъ сущность его заключается въ томъ, что простая исковая давность не должна имѣть мѣста при искѣ о правѣ собственности ¹⁾;

5) Нѣкоторые вовсе отрицали вліяніе каноническаго права на исковую давность и примѣняли его постановленія только къ *usucapio*. Это мнѣніе также не можетъ быть одобрено.

Сроки исковой давности.

§ 91 *).

Обыкновенный срокъ исковой давности по закону Θεодосія 30 лѣтъ; иски, для которыхъ установленъ такой продолжительный (или даже большій) срокъ, называются *perpetuae actiones*, въ смыслѣ новѣйшаго права.

1) Вышнюю опору ему представляетъ собою исторія возникновенія по становленій каноническаго права: Hildenbrand, Arch. f. civ. Pr. XXXVI, 9. (1853). Споръ между практикой, основанной на римскомъ правѣ, с. 16. С. 16. qu. 3., и строгой теоріей, основанной на изреченіи Августина (opp. Venet. 1731. VI. 170): *sicut in jure praediorum tamdiu quisque b. f. possessor recessissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum, cum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei possessor perhibetur*, споръ этотъ, разрѣшаемый указанными законами, ограничивается дѣйствіемъ *mala fides superveniens* при *possessio rei alienae*. О давности личныхъ исковъ противъ владѣльца не было никогда возбуждаемо спора. *Прим. изд.*

2) Изъ Пандектъ.

Большій срокъ давности имѣютъ иски уже предъявленные, если производство по нимъ не окончено, — они могутъ быть продолжаемы въ теченіи 40 лѣтъ со времени послѣдняго судебного дѣйствія, и 2) иски, которые подлежатъ дѣйствію 10, 20 или 30-лѣтней давности,—въ томъ случаѣ, когда они представлены церкви или богоугоднымъ учрежденіямъ. ¹⁾

Болѣе краткій срокъ давности (*actiones temporales*) имѣютъ 1) иски, посредствомъ которыхъ осуществляются особыя фискальныя права,—они погашаются по истеченіи 20 лѣтъ (исключеніе составляютъ: искъ о *commissa*—въ 5 лѣтъ и искъ о *bona vacantia*—въ 4 года); 2) преторскіе штрафныя иски погашаются въ теченіи года и 3) иски, имѣющіе цѣлью изслѣдованіе правоспособности лица по его смерти, допускаются только въ теченіи 5 лѣтъ съ этого послѣдняго момента. ²⁾

Дѣйствіе исковой давности.

§ 92.

Формальное дѣйствіе исковой давности состоитъ въ томъ, что иску противопоставляется *exceptio (praescriptio) temporis* (а не *exceptio praescriptionis*), вслѣдствіе которой, искъ ³⁾ теряетъ свою силу по отношенію къ лицу, управомоченному на *exceptio*, и потому остается безъ послѣдствій. Дѣйствіе давности на искъ о правѣ собственности заключается въ томъ, что даже если этотъ искъ погашенъ давностью (хотя владѣлецъ вещи еще не утратилъ ея), то при переходѣ вещи къ другому владѣльцу, не являющемуся преемникомъ перваго, собственникъ можетъ вновь безпрепятственно искать свое право судебнымъ порядкомъ.

Матеріальное дѣйствіе исковой давности. Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ, что утрачивается вслѣдствіе давности—самое право, или только искъ. И то и другое мнѣніе имѣютъ за себя довольно значительное число ученыхъ юристовъ. ⁴⁾

¹⁾ Nov. 111, 131. с. 6. Средневѣковая практика и каноническое право продолжали срокъ давности по искамъ Римской церкви до 100 лѣтъ. Спорными представлялись вопросы: не слѣдуетъ ли въ этомъ отношеніи уравнивать право городовъ съ правомъ церкви? не имѣетъ ли князь, или государь по своимъ искамъ преимущество 40-лѣтней давности? Практика на послѣдній вопросъ отвѣчала утвердительно.

²⁾ Dig. XL. 15. Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

³⁾ Изъ Пандектъ.

⁴⁾ Первое раздѣляя Loehr, Heimbach, Buechel, особенно защищали его

Права могутъ быть осуществляемы различными способами: посредствомъ исковъ, экцепцій и пр. Прежде всего не подлежитъ сомнѣнію, что *praescriptio temporis*, какъ по понятію, такъ и по сущности, относится къ осуществленію правъ, а не къ правамъ, взятымъ независимо отъ ихъ судебного осуществленія. Этимъ именно и отличается исковая давность, напр. отъ *non usus*, относящагося къ самимъ правамъ и къ продолжительности ихъ бытія, и оказывающаго такое точно дѣйствіе на сервитуты. Итакъ вопросъ заключается въ томъ, на какіе способы осуществленія правъ вліяетъ исковая давность? Если она вліяетъ на всѣ процессуальныя дѣйствія, то послѣдствіемъ является прекращеніе самаго права.

Послѣдовательно разрѣшая этотъ вопросъ, приходится сказать, что теряется собственно то процессуальное дѣйствіе, которое не было совершено во время, т. е. искъ, а не всѣ прочія доступныя лицу средства осуществленія права, такъ что право представляется лишоннымъ только своего главнѣйшаго способа осуществленія. На практикѣ это весьма часто можетъ равняться уtratѣ самаго права, но нерѣдко можетъ имѣть большое значеніе и то обстоятельство, что, какъ напр. въ личныхъ искахъ, остается еще нѣкоторая *naturalis obligatio*. Вѣрителю ¹⁾, утратившему личный искъ, предоставляются: 1) непосредственное осуществленіе его требованія посредствомъ *soluti retentio* и посредствомъ *exsertio compensationis*, и 2) непосредственное осуществленіе тѣхъ правъ, которыя составляютъ *accessio* къ его требованію, именно — при закладномъ правѣ, поручительствѣ и *constitutum*. Признать противоположное правило, значило бы допустить, что просрочка и утрата иска влечетъ за собою потерю непросроченной *exsertio*; здѣсь давность распространялась бы и на эту послѣднюю, что положительно невозможно.

Разсматриваемое позрѣвіе, ограничивающее дѣйствіе иской давности однимъ правомъ иска имѣетъ за себя безспорную необходимость такого порядка при вещныхъ искахъ, именно при искѣ о правѣ собственности. Противоположный этому взглядъ повелъ бы къ признанію вещи безхозяйной, вслѣдствіе чего она осталась бы за владѣльцемъ, какъ лицомъ, совершившимъ ея *occursio*. Такимъ образомъ различіе между земскою давностью и иской было бы невозможно. Въ сервитутахъ, подобно за-

Kierulff, Вангеровъ; противъ нихъ писали Weber, Francke, Unterholzner, Roszhirt, Muehlenbruch и Савьянъ, System V. § 248—251.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

владному праву, потеря права вследствие *libertatis usucapio*, по *usus*—особенно отличается от исковой давности. Это не было бы возможно, еслибы исковая давность разрушала самое право, а не одно право иска. Поэтому теперь всеми признано, что въ вещныхъ искахъ, вслѣдствіе давности, терлется не право, а искъ, служащій для его осуществленія. Обратнаго этому правила для личныхъ исковъ мы не встрѣчаемъ нигдѣ; самый характеръ личныхъ исковъ не представляетъ ничего такого, что бы могло обуславливать различіе ихъ отъ вещныхъ исковъ въ разсматриваемомъ отношеніи; устанавливать такое различіе значить допустить полный произволъ, могущій повести не только къ путаницѣ, но и къ уничтоженію самаго понятія исковой давности, вмѣсто которой явилось бы по *usus* (такъ называемая погашающая давность обязательствъ). Это ложное мнѣніе слѣдовало бы выразить такъ: исковой давности не существуетъ, а есть только по *usus* обязательствъ, состоящій впрочемъ въ пропусеніи (просрочкѣ) иска. Правило такого рода могло бы быть признано за достовѣрное только въ томъ случаѣ, еслибы оно прямо было выражено въ положительномъ законодательствѣ, при томъ посредствомъ такого закона, смыслъ котораго былъ бы вполне ясенъ. Намъ тогда пришлось бы только сказать что это абсурдъ, но абсурдъ, установленный закономъ.

Но въ положительномъ правѣ мы можемъ усмотрѣть правило, прямо противоположное только что указанному. Напр. если извѣстное обязательство связано съ залладнымъ правомъ, то это послѣднее существуетъ лишь до тѣхъ поръ, пока существуетъ первое: уничтоженіе обязательства влечетъ за собой уничтоженіе залладнаго права. Еслибы давность, установленная для личного иска, погашала самое обязательство, то ею должно бы быть погашено и залладное право, а слѣдовательно уничтожена и *actio hypothecaria*. Но для этого послѣдняго иска установлена особая, болѣе продолжительная давность, что было бы положительно невозможно, еслибы послѣ утраты (личнаго) иска не оставалось особой *naturalis obligatio*. Поэтому въ данномъ случаѣ было допущено исключеніе: *quoad rigius* (т. е. до тѣхъ поръ, пока существовалъ залладъ) оставалась и *naturalis obligatio*.

Что касается до основаній вышеразсмотрѣннаго ошибочнаго правила, которое поддерживается только посредствомъ допущенія все большихъ и большихъ исключеній изъ него, то такими основаніями считаютъ нѣкоторые законоположенія, трактующія о *debitor tempore liberatus* ¹⁾.

¹⁾ Полное визетическое изложеніе этихъ законоположеній: L. 87. D. de *fidejuss.* (46,1), L. 19. §. 1. D. de *pec. const.* (18,5) см. прил. VI.

Сведя все вышесказанное, мы находимъ:

1) Мнѣніе, будто исковая давность разрушаетъ самое право, есть непослѣдовательность.

2) Оно даже не совмѣстно съ существованіемъ исковой давности, такъ какъ въ случаѣ признанія его осталось бы одно понятіе *non usus*, ничѣмъ не отличающееся отъ исковой давности.

3) Оно невозможно по отношенію къ вещнымъ искамъ.

4) Оно не примѣнимо и къ личнымъ искамъ, по отношенію къ вопросамъ, вытекающимъ изъ закладнаго права,

и 5) оно не имѣетъ за себя ни одной прочной, внѣшней точки опоры.

D. Овъ эксцепціяхъ.

1. Понятіе.

§. 93.

Есть процессуальныя дѣйствія, не имѣющія самостоятельнаго характера, являющіяся лишь способами защиты и потому всегда предполагающія нападеніе. Таковы эксцепціи (*Einreden*)—защита отвѣтчика противъ иска, реплики—защита истца противъ эксцепцій, дублики, триплики и пр. Но не всякій способъ защиты на судѣ будетъ эксцепціей, репликой и пр. Въ нихъ также слѣдуетъ различать матеріальное и процессуальное значеніе.

Процессуальное значеніе эксцепціи, реплики и пр. въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ было весьма опредѣленное; здѣсь разумѣлась такая защита истца, которая была вносима въ формулу для того, чтобы судья могъ имѣть ее въ виду при разрѣшеніи дѣла; это включеніе въ формулу совершалось въ видѣ исключенія изъ *condemnatio*, откуда и произошло самое названіе—*exceptio* ¹⁾.

Понятіе эксцепціи въ процессуальномъ смыслѣ представляется однимъ изъ самыхъ спорныхъ пунктовъ новѣйшаго процесса. Многіе стараются избѣгнуть затрудненія при опредѣленіи этого понятія, называя эксцепціей все то, что приводится отвѣтчикомъ въ опроверженіе иска и что поэтому должно быть имъ доказано. Но въ этихъ словахъ заключается не опредѣленіе понятія эксцепціи, а лишь указаніе на дѣйствіе ея. Мы

¹⁾ Пухта, Институтин. II. §. 170.

думаемъ, что *exsertio* всего вѣрнѣе опредѣлить слѣдующимъ образомъ: *эксцепція* въ процессуальномъ смыслѣ есть такой способъ защиты, при которомъ отвѣтчикъ фактической основѣ иска противопоставляетъ свои факты, которые, не лишая первую ея достовѣрности, отнимаютъ у нея доказательную силу.

Отношеніе процессуальнаго понятія *эксцепціи* къ матеріальному слѣдующее: въ римскомъ правѣ не было процессуальныхъ *эксцепцій*, которыя не были бы въ тоже время и *эксцепціями* матеріальными, но существовали *эксцепціи* матеріальныя, не бывшія процессуальными. Въ нынѣшнемъ процессѣ тѣ и другія *эксцепціи* существуютъ независимо другъ отъ друга.

Матеріальное или гражданское понятіе *эксцепціи*.

Отвѣтчикъ имѣетъ три способа для защиты своего права:

1) *Полное отрицаніе* (*negatio*) *требованій* истца (по фактической или юридической основѣ ихъ—все равно).

2) *Квалифицированное отрицаніе*, отрицаніе бытія известнаго *требованія* въ данную минуту, ссылка на прекращеніе его; оно является связаннымъ съ такимъ фактомъ, который имѣетъ своимъ послѣдствіемъ уничтоженіе спорнаго права *ipso iure*, напр. *usucapio*, *volutio*. Между этими способами защиты и собственно *эксцепціей* существуетъ та общая черта, что обязанность представить доказательства отрицаемаго лежитъ на отвѣтчикѣ; поэтому-то новѣйшими процессуальными этотъ способъ защиты причисляется къ *эксцепціямъ*, напр. *exsertio usucapionis*, при которой не отрицается фактическое основаніе, напр. способъ *пріобрѣтенія* права истцомъ. Не такъ смотрѣли на *квалифицированное отрицаніе* римляне; оно по римскому праву не было *эксцепціей* даже въ процессуальномъ смыслѣ.

3) *Собственно exsertio*—защита, состоящая въ противопоставленіи *требованіямъ* истца самостоятельнаго права, уничтожающаго силу и дѣйствіе иска. Самое право истца не отрицается *эксципентомъ*, но оно становится недействительнымъ вслѣдствіе тѣхъ причинъ, которыя выставляются къ тому въ самой *exsertio*. Праву истца ¹⁾ или осуществленію его можетъ противостоятъ какой-нибудь фактъ, существующій или съ самаго начала спорнаго юридическаго отношенія (напр. принужденіе къ сдѣлкѣ, служащей источникомъ права истца), или привзошедшій къ нему впоследствии (напр. возникновеніе встречнаго иска со стороны отвѣтчика) и не уничтожающій самого права истца, но дающій отвѣтчику право требовать оставленія иска безъ послѣдствій вполнѣ, или въ какой-нибудь его части. Та-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

кое право отвѣтчика на уничтоженіе иска называется *эксцепціей* въ матеріальномъ смыслѣ. Эксцепція направляется 1) или противъ самаго права истца, т. е. противъ какого бы то ни было осуществленія его; это встрѣчается всего чаще; напр. *exceptio S. C. Vellejani*, *exceptio metus, doli* и проч.; 2) или только противъ иска, напр. *exceptio temporis*, *exceptio S. C. Macedoniani*; 3) или наконецъ противъ предъявленія иска въ данный моментъ, напр. *actum ne intra certum tempus petatur*.

Еще въ римскомъ правѣ не всѣ эти виды эксцепцій считались процессуальными, напр. не считалась таковою *exceptio doli* въ *bonae fidei iudiciis*. Нынѣшніе процессуалисты включаютъ изъ числа эксцепцій тѣ, которыя не основаны на самостоятельномъ фактѣ, напр. *exceptio S. C. Vellejani*, *Macedoniani*.

Различные способы защиты ¹⁾, какъ мы сказали выше, повторяются для истца по отношенію къ эксцепціи: онъ можетъ отрицать ее или представить *exceptio exceptionis*, называемую *репликой* ²⁾, затѣмъ отвѣтчикъ защищается противъ реплики или отрицаніемъ ея, или представленіемъ особой *exceptio replicacionis*, называемой *duplica* и т. д.

Въ гражданскомъ правѣ мы должны, конечно, держаться матеріальнаго понятія эксцепціи, реплики и пр.

2. Виды эксцепцій.

§ 94.

Эксцепціи основываются отчасти на процессуальныхъ положеніяхъ, напр. *exceptio* о неподсудности или некомпетентности судьи, о недостаточности представленнаго обезпеченія, частью же на матеріальномъ правѣ. Въ числѣ послѣднихъ есть множество эксцепцій, сущность которыхъ заключается въ ссылкѣ отвѣтчика на то, что истецъ, предъявивъ данный искъ, поступаетъ *dolose* (именно потому, что его требованію противостоитъ эксцепція) или *contra bonos mores: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat*. Эксцепція такого рода называется *exceptio doli* и бываетъ или спеціальною (*specialis, doli praeteriti*), или родовою (*generalis, doli praesentis*). Указанное раз-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 22. D. de except (44,1): *replicatio est contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis*.

личіе имѣло въ римскомъ правѣ то важное практическое послѣдствіе, что при *bonae fidei iudicium* не было необходимости вносить въ формулу эксцепцію перваго рода.

Сюда же относится особое право, такъ называемое *jus retentionis*. Отвѣтчикъ, въ случаѣ обратнаго требованія (встрѣчнаго иска), имѣетъ право предъявить *exceptio doli*, если только обратныя требованія его находятся въ связи съ самимъ-искомъ или его предметомъ, напр. въ случаѣ обратнаго требованія, вытекающаго изъ того же договора и касающагося права употребленія той вещи, которая составляетъ предметъ иска. Послѣдствіемъ является то, что отвѣтчикъ можетъ удерживать уплату до тѣхъ поръ, пока эксцепція не будетъ устранена. Поэтому-то эта эксцепція и получила названіе *jus retentionis*; (название это не особенно характерно, такъ какъ то же самое бываетъ при всякой другой эксцепціи). Прежде это право удержанія считали самоуправствомъ [напр. Мюленбрухъ ¹⁾], но это мнѣніе истекло изъ невѣрнаго и неудачнаго названія указанной эксцепціи. Какъ эксцепція, такъ и удержаніе уплаты, связанное съ ней, не можетъ быть самоуправствомъ; въ противномъ случаѣ пришлось бы сказать, что всякій должникъ, который не платитъ, совершаетъ самоуправство. Изъ того же источника возникло другое мнѣніе, будто примѣненіе этой эксцепціи слѣдуетъ ограничить лишь случаями, положительно указанными въ законѣ. Совершенная ошибочность этого мнѣнія теперь признана всеми. *Jus retentionis* считали наконецъ послѣдствіемъ владѣнія. Владѣніе есть лишь способъ осуществленія права, между тѣмъ лицо можетъ удерживать не только находящуюся въ его владѣніи вещь, но и всякую другую уплату (*Leistung*). Вслѣдствіе указанной ошибки, говоря о *jus retentionis* какъ о владѣніи, стали принимать къ нему и условія владѣнія, что уже совершенно невѣрно. Недостатки владѣнія могутъ обусловить недействительность права ретенціи, если истецъ имѣетъ *interdicta possessoria*, которымъ конечно не можетъ быть противопоставлена *exceptio doli*; но поэтому-то такая безпорочность владѣнія не составляетъ условія для *jus retentionis*. Всѣ указанныя ошибочныя воззрѣнія были вызваны невѣрностью названія: *jus retentionis*.

Эксцепціи могутъ имѣть индивидуальное основаніе — личное качество отвѣтчика, *exceptiones personae cohaerentes*. Онѣ не переходятъ къ тѣмъ лицамъ, которые, въ качествѣ преемниковъ или иначе, вступаютъ въ положеніе отвѣтчика, напр. *practum ne a me petatur*. Это однако представляется исключеніемъ; общее правило то, что эксцепція предоставляется вся-

¹⁾ Lehrbuch § 135.

кому лицу, вступающему въ положеніе ответчика—*exceptioes rei cohaerentes*.

Экцепція называется также *in rem* по отношенію къ безразличности истца: она направляется противъ всякаго, кто въ качествѣ истца осуществляетъ спорное юридическое отношеніе, напр. *exceptio metus*. *Exceptio in personam* направляется всегда противъ опредѣленнаго лица. При *exceptio doli [praeteriti]* (*si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*) дѣйствуетъ правило, что она не вредитъ преемнику истца (напр. когда продавецъ *dolose* убѣдилъ владѣльца отказать отъ своего права собственности); исключеніе составляетъ преемство *ex lucrativa causa*; оно вредитъ какъ представителю лица, находящагося *in dolo*, такъ и тому, кто осуществляетъ особенныя выгоды отъ лица своего авктора.

Всякая экцепція исключаетъ искъ или навсегда, т. е. уничтожаетъ его совершенно—*exceptio perpetua et peremptoria*, или исключаетъ его только въ данный моментъ, т. е. откладываетъ его на нѣкоторое время—*exceptio temporalis et dilatoria*. Экцепціи втораго рода основываются на неправильномъ или несвоевременномъ предъявленіи иска. Время, названное здѣсь для экцепціи, можетъ быть или абсолютнымъ (напр. *exceptio praeci ne intra certum tempus petatur*), или относительнымъ, напр. *exceptio ordinis*, *exceptio quod praejudicium non fiat*. Эта послѣдняя экцепція состоитъ въ томъ, что разрѣшеніе настоящаго процесса зависить отъ разрѣшенія другаго вопроса, который не входитъ въ составъ этого процесса, а составляетъ предметъ особаго судебного изслѣдованія. Ответчикъ этою экцепціей утверждаетъ, что существуютъ два процесса, изъ которыхъ одинъ есть *praejudicium* другаго и что истецъ неправильно домогается обратнаго отношенія между ними, напр. искъ о раздѣлѣ—искъ о правѣ собственности, искъ о сервитутѣ—искъ о правѣ собственности. Въ *L. 12. D. de except.* ¹⁾ выражено, что настоящимъ истецъ долженъ и въ *praejudicium*'ѣ сфигурировать въ качествѣ истца, т. е. истцомъ должно быть то лицо, интенція котораго зависить отъ интенціи, служащей основою для *praejudicium*. Хотя лицо, представляющее экцеп-

¹⁾ *L. 12. D. de except.* (44.1): *generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit. Ср. прим. VII.* Это правило не находится въ единъ еѣ *exceptio ne praejudicium fiat*. Оно применяется также, 1) когда требованіе истца, которому готовится путь посредствомъ *praejudicium*, не есть *judicium*, напр. *in jus vocatio*, и 2) когда ответчикъ выступаетъ въ *praejudicium*'ѣ не въ качествѣ лица, представляющаго экцепцію противъ *judicium*, а лишь въ качествѣ лица, вызывающаго таковое.

Прим. изд.

цію, какъ вызывающее *praesudicium*, можетъ показаться истиннымъ, однако оно отнюдь не должно считаться таковымъ.

3. Уничтоженіе экцепцій.

§ 95.

Concursus exceptioinum, какъ причина уничтоженія экцепцій, не мыслимъ. Той цѣли, съ которою степенію придавалась сила уничтоженія исковъ, т. е. чтобы нельзя было искать одного и того же нѣсколько разъ, здѣсь конечно уже нѣтъ. Всѣ экцепціи имѣютъ одну и ту же цѣль — устранить искъ. Всѣ экцепціи конкурируютъ въ объѣктъ. Но естественно необходимо, чтобы этотъ объектъ достигался одинъ только разъ. Напротивъ соединеніе нѣсколькихъ экцепцій противъ одного иска допускается безъ ограниченія. Точно также возможно одновременное предъявленіе нѣсколькихъ противорѣчащихъ другъ другу экцепцій, или экцепцій и отрицаній¹⁾. Слова *nisi lex impedit* въ цитированномъ мѣстѣ, являющіяся дополненіемъ компиляторовъ²⁾, означаютъ: за исключеніемъ того случая, когда отрицаніе экцепцій причиняетъ ущербъ.

Давность по отношенію къ экцепціямъ невозможна, такъ какъ возраженіе не можетъ быть погашено давностью до предъявленія иска; пользованіе экцепціей не поставлено въ зависимость отъ произвола лица, которому она предоставлена. Такъ что если даже для экцепціи назначенъ срокъ (*exceptio non numeratae rescriptae*), то и тогда къ ней нельзя примѣнять началъ давности. Многие хотѣли допустить исключеніе изъ этого правила для того случая, когда извѣстное право можетъ быть осуществимо посредствомъ иска и экцепціи, напр. посредствомъ *actio redhibitoria* и *exceptio* противъ *actio venditi*. Но для этого не представляется ни малѣйшаго основанія³⁾. Въ подтвержде-

¹⁾ L. 8. D. de except. (44,1); nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversae sunt. L. 5.9. eod., L. 43 pr. D. de R. J. (50,17); nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Изъ Пандектъ.

²⁾ Что это дополненіе сдѣлано Ульшаномъ, доказываетъ *lex Aquilia*: если отвѣтчикъ отрицаетъ свою виновность, то онъ лишается уже всѣхъ экцепцій, потому что въ противномъ случаѣ онъ могъ бы, посредствомъ подтвержденія ихъ, избавиться отъ наказанія *in duplum*. L. 16. pr. C. de fide instr. (4,21). Нов. 18 с. 8. — уже новѣйшаго происхожденія. Rudorff, *Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss.* т. XIV стр. 471. Прим. изд.

³⁾ Здѣсь дѣйствуетъ правило: *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*, а не обратный принципъ, выражаемый французами слѣдующимъ образомъ: *tant dure l'action, tant dure l'exception*.

Изъ Пандектъ.

ніе этого мнѣнія приводили то соображеніе, что субъезитъ права такъ или иначе, но пропустилъ срокъ для его осуществленія. Это разсужденіе могло бы быть признано правильнымъ, если бы подобное упущеніе считалось какимъ-нибудь преступленіемъ, которое должно быть наказываемо потерей самого права.

Итакъ ¹⁾ экцепція можетъ съ одной стороны уничтожиться вслѣдствіе уничтоженія ея основанія, съ другой она можетъ прекратиться и вполнѣ непосредственно. Но ни *conscriptio exscriptio*, ни давность, какъ мы видѣли, не могутъ служить причинами прекращенія экцепцій. Такою причиною можетъ быть непользованіе экцепціею, т. е. не предъявленіе ея въ то время и тѣмъ способомъ, которые установлены процессуальнымъ законодательствомъ.

III. Вліяніе процесса на права.

A. *Litis contestatio*.

§ 96.

Слова *lis contestata* или *judicium acceptum* обозначаютъ тотъ моментъ, когда процессуальное отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ уже считается возникшимъ (закрѣпленіе тяжбы).

Это понятіе относилось въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ лишь въ *ordo judiciorum privatorum* [обыкновенный порядокъ судопроизводства, въ которомъ раздѣльно являлись магистратъ и судья; въ *judicium extraordinarium*, предоставленномъ одному магистрату, не было *litis contestatio*]. *Litis contestatio* было заключительнымъ актомъ судопроизводства *in jure* и служила основой для производства *in judicio*.

По юстиниановскому праву *lis contestata est* въ томъ случаѣ, когда отвѣтчику сообщенъ предъявленный противъ него искъ и онъ по поводу его представилъ судѣ свои объясненія, т. е. когда отвѣтчикъ принялъ вызовъ на тяжбу, а не просто устранилъ себя отъ отвѣтственности, или не удовлетворилъ тотчасъ же требованій истца. Тоже значеніе имѣетъ разсматриваемый процессуальный моментъ и по дѣйствующему праву: *litis contestatio* есть первое объявленіе отвѣтчику объ искѣ, содержащее въ себѣ принятіе имъ тяжбы, согласіе на отвѣтъ по иску.

Поэтому-то съ момента *litis contestatio* и начинается вліяніе процесса на тѣ права, которые составляютъ предметъ тяжбы.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

Это влияние состоит отчасти въ случайныхъ послѣдствіяхъ, напр. въ запрещеніяхъ, въ сорокалѣтней давности и пр., отчасти же въ послѣдствіяхъ существенныхъ, т. е. такихъ, которыя необходимо вытекаютъ изъ понятія и значенія процесса, (случайныя послѣдствія также могутъ быть объясняемы характеромъ процесса, но не съ такой необходимостью). Основной принципъ этихъ послѣднихъ слѣдующій. Цѣль процесса — разрѣшить данную тяжбу и посредствомъ этого рѣшенія установить прочный юридическій порядокъ на мѣсто прежнихъ неизвѣстныхъ и спорныхъ отношеній. Такимъ образомъ тяжущіеся обязуются поставить *res in iudicium deducta* въ зависимость отъ исхода процесса, признать будущее рѣшеніе суда, а потому обязуются не препятствовать постановленію такого рѣшенія, спокойно ожидать его и отказаться отъ другаго способа осуществленія своихъ правъ. Если тяжба разрѣшена, то это рѣшеніе непосредственно основывается на судебномъ приговорѣ, вслѣдствіе чего тому лицу, которое захочетъ тотъ же вопросъ подвергнуть новому обсужденію суда, противостоятъ *exceptio rei iudicatae*. До разрѣшенія спора, означенныя обязанности тяжущихся основаны на *litis contestatio* (это есть *exceptio rei in iudicium deductae*).

Отдѣльныя ¹⁾ послѣдствія *litis contestatio*, находящіяся въ болѣе или менѣе близкой связи съ вышеуказаннымъ принципомъ, суть слѣдующія: а) искъ, бывший до нея не наследственнымъ, становится наследственнымъ какъ активно, такъ и пассивно; б) искъ послѣ нея по древнѣйшему праву дѣлался вѣчнымъ, — по новѣйшему онъ подлежалъ уже дѣйствію новой сорокалѣтней давности; в) она обуславливаетъ *litigiositas* вещи; составляющей предметъ иска, и дѣлаетъ ее не отчуждаемою, а самый искъ не уступаемымъ. Впрочемъ практика отмѣнила, запрещеніе отчужденія вещи и уступки иска съ тѣмъ-чтобы новый приобретатель въ отношеніи къ судебному приговору становился вполнѣ въ положеніе истца, уступившаго искъ, или отвѣтчика, отчуждившаго вещь; д) истецъ вправе требовать всего того, что онъ получилъ бы въ томъ случаѣ, если бы отвѣтчикъ исполнилъ свои обязанности во время *litis contestatio* (*quale est cum petitur, tale dari debet*); е) цѣна предмета иска въ *stricta iudicia* опредѣляется въ томъ размѣрѣ, въ которомъ она была во время *litis contestatio*; е) бытіе права обсуждается по времени *litis contestatio*: уничтоженіе его послѣ этого процессуальнаго дѣйствія не служитъ помѣхой, а позднѣйшее воз-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ниновеніе его не имѣеть значенія ¹⁾; f) въ томъ случаѣ, когда право истца не указываетъ личности отвѣтчика и эта послѣдняя опредѣляется какимъ-либо измѣняющимся обстоятельствомъ (напр. владѣніемъ или правомъ собственности на вещь), то вопросъ разрѣшается посредствомъ *litis contestatio*. Это правило строго соблюдается въ ущербъ отвѣтчику при *actiones poenales*, при искахъ противъ лица обогатившагося; отвѣтчикъ, въ *arbitrae actiones* противъ владѣльца, считается свободнымъ отъ отвѣтственности тогда, когда онъ безъ вины съ своей стороны лишился объекта владѣнія, наоборотъ онъ обязанъ отвѣчать по иску, если объектъ этотъ приобретенъ имъ послѣ *litis contestatio* ²⁾. То лицо, которое призвано было къ отвѣту по иску въ качествѣ владѣльца вещью и приняло искъ (*liti se obtulit*), не будучи на самомъ дѣлѣ владѣльцемъ, это лицо послѣ *l. c.* трактуется уже какъ настоящій владѣлецъ; наконецъ g) *bonae fidei possessor* послѣ *litis contestatio* становится во многихъ отношеніяхъ въ положеніе владѣльца недобросовѣстнаго ³⁾.

В. Доказательства.

§ 97 и 98.

Рѣшеніе судьи основывается на слѣдующихъ трехъ моментахъ: 1) познаніи права, 2) познаніи фактовъ и 3) примѣненіи права къ фактамъ, подчиненіи этихъ послѣднихъ положительному закону. Третій моментъ представляется дѣйствіемъ непосредственно обусловливающимъ рѣшеніе, первые два момента играютъ роль подготовительныхъ къ третьему. Дѣятельность судьи, составляющая третій моментъ, не проявляется во внѣшнихъ образахъ и потому не подчинена особымъ правиламъ и обрядамъ судопроизводства. Она выражается во внѣ только

¹⁾ Это правило не безусловно. Необходимо указать различіе между *obligationes stricti juris* и *bonae fidei*; уплата по послѣднимъ послѣ *l. c.* обусловливаетъ оправданіе отвѣтчика; противорѣчиво разрѣшался римскими юристами вопросъ: не слѣдуетъ ли держаться того же воззрѣнія и по отношенію къ *obl. stricti juris* и какого взгляда держался Юстиніанъ. § 2. *l. de perp. et temp. act.* (4, 12) ср. *Gai IV, 114.* Изъ Пандектъ.

²⁾ *L. 18. §. 1. D. de H. P.* (5, 3), *L. 27. §. 1, L. 42. D. de R. V.* (6, 1), *L. 7. §. 4—6. D. ad exhib.* (10, 4). Изъ Пандектъ

³⁾ *L. 45. eod., L. 22. C. eod.* (3, 32), *L. 2. C. de fructib.* (7, 51). Добросовѣстный владѣлецъ не несетъ отвѣтственности за *casus: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere, indefensum jus suum relinquere.* *L. 40. pr. D. de H. P.* (5, 3); *L. 16. D. de R. V.* (6, 1); *L. 12. §. 1. D. depositi* (16, 3). Савиньи VI §. 273 и слѣд. Изъ Пандектъ.

конечнымъ результатомъ своимъ, придающимъ ей известную форму, тѣло,—судебнымъ рѣшеніемъ.

Первый моментъ—познаніе права—обыкновенно также не составляетъ процессуальнаго дѣйствія (см. § 109). Поэтому намъ надлежитъ рассмотреть здѣсь второй моментъ—познаніе фактовъ. Факты, отъ наличности которыхъ зависитъ рѣшеніе, должны быть представлены на усмотрѣніе судьи известнымъ процессуальнымъ, установленнымъ законами способомъ. Это правило распадается на слѣдующіе два элемента:

1) Факты должны быть указываемы сторонами, согласно правилу *quod non est in actis, non est in mundo* (относящемуся не только къ актамъ письменнымъ, но и ко всякому словесному аргументу). Здѣсь вопросъ чисто процессуальный.

2) Факты должны быть доказаны, т. е. судья должно быть представлено удостовѣреніе въ ихъ существованіи. Доказательство есть одна изъ важнѣйшихъ функцій сторонъ въ процессѣ. Это уже вопросъ отчасти процессуальный, отчасти же относящійся къ области гражданскаго права.

Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы юридическая достоверность была естественною (т. е. такою, которая исключаетъ возможность противоположнаго). Требовать для постановленія рѣшенія естественной достоверности нельзя потому, что въ большинствѣ случаевъ нельзя было бы достигнуть рѣшенія; признать же *non liquet*, допускаемое въ уголовномъ правѣ, было бы противно сущности гражданскаго процесса. Здѣсь существуетъ правило: если фактъ не былъ доказанъ тѣмъ лицомъ, которое должно было подтвердить его достоверность, то судья долженъ признать несуществованіе этого факта и сообразно съ этимъ рѣшить дѣло. Такое рѣшеніе было бы невозможно, если бы требовалась матеріальная правда, если бы судья имѣлъ только тогда право считать себя вполне убѣжденнымъ, когда фактъ противоположный данному былъ бы немыслимъ. Юридическая истина формальна, признаніе ея основано на юридическихъ правилахъ, которые хотя должны быть составляемы такимъ образомъ, чтобы матеріальная правда являлась ближайшею ея цѣлью, не могутъ однако гарантировать достиженіе этой цѣли. Отсюда слѣдуетъ тотъ важный выводъ, что всякое доказательство, какъ бы совершенно оно ни было, допускаетъ возможность доказывать противоположное (*Gegenbeweis*). Когда приведены доказательства *pro* и *contra* даннаго факта, то одно уничтожаетъ другое, они парализируютъ другъ друга, и самый фактъ остается недоказаннымъ.

Къ области процесса относятся вопросы: въ какихъ формахъ и какими способами должны быть приводимы доказательства.

Убѣдиться ¹⁾ въ юридической достовѣрности фактовъ судья можетъ 1) посредствомъ собственнаго познанія доказываемаго факта путемъ чувственнымъ (личный опытъ) и интеллектуальнымъ (выводы изъ другихъ вѣрныхъ фактовъ); 2) посредствомъ познанія факта посторонними лицами — правдивыми и достовѣрными, къ которымъ относятся а) стороны, если показанія ихъ направлены къ собственной невыгодѣ (признаніе ²⁾), или подтверждены клятвою, даваемою по особому требованію, съ цѣлію удостовѣренія факта ³⁾; б) постороннія лица, удостовѣряющія фактъ на основаніи личнаго опыта (свидѣтели) или на основаніи мнѣнія своего о познанномъ фактѣ (свѣдущія люди, эксперты) и с) содержаніе письменныхъ документовъ, въ которыхъ изложены показанія сторонъ или другихъ лицъ. Германское право создало по возможности точныя правила о томъ, когда и при какихъ условіяхъ указанные виды доказательствъ могутъ убѣдить судью въ юридической истинѣ фактовъ, въ римскомъ же правѣ хотя и не дѣйствовалъ противоположный принципъ (представляющей оцѣнку доказательствъ субъективному впечатлѣнію судьи), но соблюдалась благая середина между этими двумя крайностями.

Къ области гражданскаго права относятся вопросы: кто долженъ доказывать и что должно быть доказываемо.

1) Предметомъ доказательства должны быть лишь важныя и притомъ неизвѣстныя факты (а не законы). Не могутъ ¹⁾ быть предметомъ спора и потому не подлежатъ доказыванію а) несомнѣныя, общезвѣстныя акты и б) факты, въ пользу которыхъ существуетъ *presumptio juris et de jure*. Понятіе несомнѣнности, общезвѣстности (*Notorietact*) не есть абсолютное, оно относится ко всѣмъ дѣйствующимъ въ процессѣ лицамъ, — къ судьямъ и сторонамъ. Общезвѣстнымъ долженъ быть признанъ такого рода фактъ, незнаніе котораго судьей и обѣими сторонами, предположивъ ихъ одаренными общечеловѣческимъ разумомъ, невозможно. Оспариваніе такого факта являлось бы простымъ словопреніемъ и потому оно не допускается. Подъ именемъ *praesumptio juris et de jure* разумѣется предписаніе закона, запрещающее при извѣстныхъ условіяхъ оспаривать какой-либо фактъ или какое-либо заявленіе, напр. не можетъ оспоренъ тотъ фактъ, что дитя, рожденное спустя 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака, есть незаконное и потому не

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 4. 5. 7. 8 D. de confessis—42, 2).

³⁾ Dig. XII 2: de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. Savigny, System VII. (1848) §. 309—313.

допускается ссылка на законность его рожденія; далѣе, согласіе лица на сдѣлку, въ заключеніи которой оно такъ или иначе принимало участіе, не можетъ быть имъ же оспорено. Такъ какъ эти факты даже вовсе не входятъ въ область судебныхъ доказательствъ, то по отношенію къ нимъ не мыслимо и доказательства противоположнаго.

Обязанность представлять доказательства на судъ (*onus probandi*) ¹⁾ есть бремя потому, что если она лицомъ не будетъ исполнена какъ слѣдуетъ, то уже не продолжается прежнее состояніе неизвѣстности, а признается достовѣрнымъ обратное тому, что осталось недоказаннымъ.

Поэтому то вопросъ объ *onus probandi* есть одинъ изъ самыхъ важныхъ вопросовъ, такъ какъ отъ него часто зависитъ самый исходъ процесса. Въ большинствѣ процессовъ оспариваются не законы, а факты, доказываніе же важныхъ фактовъ бываетъ, вслѣдствіе недостатка доказательствъ, иногда настолько затруднительно, на столько не вѣрно, что разрѣшеніе вопроса объ *onus probandi* можетъ на самомъ дѣлѣ равняться рѣшенію самаго дѣла.

По отношенію къ *onus probandi* дѣйствуютъ слѣдующія правила:

а) Каждая сторона должна доказать тѣ факты, на которыхъ она основываетъ свое требованіе, оспариваемое другою стороною, будетъ ли это послѣднее состоятъ въ обвиненіи противника или въ оставленіи его притязаній безъ послѣдствій. Такимъ образомъ истецъ долженъ доказать фактическое основаніе своего иска, отвѣтчикъ — то же основаніе своей экцепціи или своего квалифицированного отрицанія. Вполнѣ безразлично при этомъ, подлежатъ ли доказыванію положительные или отрицательные факты, напр. *condictio indebiti*. Поэтому невѣрно правило *affirmanti incumbit probatio*; въ другомъ же правилѣ: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* ²⁾ обязанность представлять доказательства поставлена въ зависимость не отъ положительной или отрицательной формы выраженія факта, а отъ его утвержденія въ матеріальномъ смыслѣ (въ смыслѣ заявленія извѣстнаго требованія); форма, какъ мы уже сказали, не имѣетъ здѣсь никакого значенія, такъ какъ она вполнѣ зависитъ отъ произвола лица, напр. скажетъ ли малолѣтній, требующій реституціи *in integrum, sum minor* или *non sum minor* — все равно.

¹⁾ Изъ П. видокъ.

²⁾ L. 2. D. de probat. (22, 3).

Многіе хотѣли поставить *onus probandi* въ зависимость отъ наименьшей вѣроятности утверждаемаго факта: лицо, обязанное представлять доказательства, придавъ указываемому имъ факту нѣкоторую долю вѣроятности, можетъ тѣмъ самымъ сложить *onus probandi* на противника. Отсюда уже очевидна невѣрность этого воззрѣнія. Кромѣ того положительнымъ закономъ сила слагать обязанность представленія доказательствъ на противника присвоена только нѣкоторымъ вѣроятностямъ (см. ниже), почему она и не можетъ быть признана за всякимъ достовернымъ заявленіемъ. Итакъ, чтобы лицо могло освободиться отъ обязанности доказывать, необходимо, чтобы одновременно соединились 1) вѣроятность заявленія и 2) законъ — писанный или неписанный, придающій этой вѣроятности свойство переносить *onus probandi* съ одного лица на другое.

б) Стороны представляютъ доказательства въ извѣстной, естественной послѣдовательности. Прежде всего истецъ доказываетъ свои требованія, составляющія основу всего процесса и направленные на измѣненія извѣстнаго положенія вещей. Если онъ не представитъ доказательствъ вовсе или его доказательства будутъ уничтожены доказательствами противника, то ему въ искѣ отказываютъ, хотя бы отвѣтчикъ съ своей стороны не доказалъ ничего ¹⁾ Доказательство поэтому есть *onus petitoris* и *commodum possessoris*. *Petitoris partes sustinere* имѣетъ значеніе равносильное обязанности доказывать спорное право, составляющее предметъ тяжбы. Если же истцу нечего доказывать или онъ уже привелъ надлежащія доказательства, то *onus probandi* падаетъ на отвѣтчика, обязаннаго доказать тѣ факты, которые по его мнѣнію должны освободить его отъ ответственности по иску. Эти правила не могутъ быть примѣняемы къ *judicia duplicia*, гдѣ случай равенства доказательствъ или особо разрѣшенъ положительнымъ закономъ (предписывающимъ равное отношеніе къ обѣимъ сторонамъ касательно *onus probandi*, а потому и дѣленіе спорнаго предмета между ними поровну, напр. въ искахъ о раздѣлѣ), или же рѣшается сообразно съ фактическимъ владѣніемъ, напр. при *interdicta retinendae possessionis*.

с) Кромѣ того представляется необходимымъ, даже справедливымъ не требовать отъ лица доказательства нѣкоторыхъ указываемыхъ имъ фактовъ, и признать, что представленіе доказательствъ лежитъ на томъ лицѣ, которое ихъ оспариваетъ, т. е. поступить такъ, какъ будто бы послѣднее лицо заявило

¹⁾ L. 4. C. de edendo (2, 1).

требованіе, противъ котораго возразило первое. Технически это выражается слѣдующимъ образомъ: въ пользу нѣкоторыхъ фактовъ есть павѣстная юридическая вѣроятность, *praesumptio juris* (которую слѣдуетъ отличать отъ *praesumptio juris et de jure*, см. выше, и отъ *praesumptiones hominis seu facti*; эти послѣднія не освобождаютъ лицо отъ обязанности представлять доказательства, но служатъ основаніями доказательствамъ, приводимымъ тою или другою стороною).

Эти *praesumptiones juris* ¹⁾ слѣдующія: а) извѣстное отношеніе, возникновеніе котораго доказано, считается продолжающимся впродъ до удостовѣренія его прекращенія; поэтому принадлежность права лицу считается доказанною, если доказанъ способъ его пріобрѣтенія; слѣдовательно противникъ, отрицающій бытіе этого права въ настоящее время, обязанъ представить доказательства его прекращенія ²⁾; б) *naturalia negotii* (§ 58 ³⁾; в) если доказаны условія дѣйствительности сдѣлки, выступающія въ самомъ ея актѣ и ее образующія, то бытіе остальныхъ условій предполагается; отсутствіе ихъ долженъ доказать противникъ; д) безусловность сдѣлки; поэтому лицо, ссылающееся на извѣстное условіе, должно доказать его существованіе, и е) *bona fides*.

Въ заключеніе сдѣлаемъ нѣсколько замѣчаній о нѣкоторыхъ изъ этихъ презумцій:

Признаніе продолженія извѣстнаго отношенія, начало коего доказано, презумпціей — необходимо для доказательства права потому, что иначе вовсе нельзя было бы доказать его существованіе или принадлежность данному лицу. Другое дѣло — непрерывное существованіе извѣстнаго фактическаго положенія вещей. Оно также предполагается при длѣщемся (*dauernd*) состояніи (напр. при владѣніи вещью), но не при осуществленія какого-либо права, состоящемъ изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ дѣйствій, напр. права пользованія извѣстною дорогою. Здѣсь вѣроятіе постояннаго осуществленія права должно быть подкрѣплено доказательствомъ совершенія отдѣльныхъ дѣйствій въ теченіи даннаго періода времени.

Условія сдѣлокъ. Дѣеспособность лица и непорочность употребленной формы всегда предполагаются; самое соблюденіе установленной формы должно быть доказано. Лицо, ссылающееся на прекращеніе сдѣлки вслѣдствіе резолютивнаго условія, должно до-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 12. 22. 25. §. 2. D., L. 12. 16. C. eod.

³⁾ L. 9. D. eod.

казать самое назначеніе условія и наступленіе его. Споръ возбуждалъ вопросъ о доказательствѣ суспензивнаго условія. Должно ли лицо, ссылающееся на извѣстную сдѣлку, доказывать ея безусловность? Гассе ¹⁾ отвѣчаетъ утвердительно на томъ основаніи, что лицо, опирающееся на извѣстную сдѣлку, заявляетъ, или что она совершена *ipso facto*, или что условіе уже наступило. Какъ послѣднее подлежало бы его доказательству, если бы условіе продолжало существовать, такъ же точно оно должно доказать и безусловность сдѣлки. Выводъ, что всякое утвержденіе или положительное заявленіе должно быть доказано лицомъ, его сдѣлавшимъ, — ложень. Мнѣніе противоположенное разсмотрѣнному и возлагающее *onus probandi* по отношенію къ условію на противника, хотя и представляется господствующимъ, однако въ подтвержденіе его обыкновенно приводятся ложныя основанія (чувство вообще часто вѣрнѣе рѣшаетъ дѣло, чѣмъ теорія); этого недостатка не избѣжалъ даже Бетманъ-Гольвегъ ²⁾. Многие говорятъ, что безусловныя сдѣлки самыя обыкновенныя и потому наиболее вѣроятны; что лицо, ссылающееся на условіе, утверждаетъ, а противникъ его отрицаетъ. На самомъ дѣлѣ вопросъ разрѣшается весьма просто въ зависимости отъ той *praesumptio juris*, которая примѣняется къ доказательству юридическихъ сдѣлокъ. Лицо, ссылающееся на нее, представляется уже исполнившимъ свое *onus probandi* тогда, когда оно доказало факты, образующіе юридическую сдѣлку, т. е. форму и содержаніе ея въ той мѣрѣ, въ какой это было необходимо по характеру его заявленія. Ссылка на суспензивное условіе есть указаніе особаго недостатка, а потому онъ и долженъ быть доказанъ тѣмъ лицомъ, которымъ указывается ³⁾. Вопросъ о наступленіи условія не возбуждалъ противорѣчій.

С Судебное рѣшеніе

§ 99.

Судебными рѣшеніями, *decreta* въ общемъ смыслѣ слова, называются постановленіи судовъ о лицахъ, подчиненныхъ ихъ юрисдикціи. Рѣшенія, состоявшіяся по одностороннему требо-

¹⁾ Hasse, Rhein Museum III стр. 343.

²⁾ Bethmann-Hollweg, Versuche. стр. 354.

³⁾ Противъ этого возсталъ Ветцель, *Civilprozess*, конецъ 19 §: „условный договоръ, *pendente conditione*, исполненъ еще не заключенъ, такъ какъ произошло только предварительное согласованіе воли, обуславливающее возможность его въ будущемъ и обязывающее контрагентовъ ожидать разрѣшенія вопроса о су-

ванію, называются постановленіями, *decreta* въ собственномъ смыслѣ слова (напр. *Communicativdecrete*), изданныя же послѣ выслушанія преній двухъ сторонъ, называются окончательными рѣшеніями, опредѣленіями (*Decisiverkenntnisse, Urtheile, Sentenzen*). Къ этимъ послѣднимъ относятся тѣ приговоры, которыми разрѣшается тяжба или вполне (окончательный приговоръ), или въ извѣстной промежуточной стадіи (неокончательный приговоръ, *Zwischenurtheil, sententia interlocutoria*). Здѣсь мы будемъ говорить о судебныхъ рѣшеніяхъ, въ особенности окончательныхъ.

Къ области процесса относится ученіе о тѣхъ необходимыхъ условіяхъ, которымъ должно удовлетворять судебное рѣшеніе для того, чтобы быть дѣйствительнымъ и имѣть силу закона.

Къ области гражданскаго права относится ученіе о дѣйствіи судебного рѣшенія, выражаемомъ терминомъ *res judicata*, то есть судебное окончаніе тяжбы. Имъ мы теперь и займемся.

1) Рѣшеніе, какъ таковое, независимо отъ своего содержанія, въ томъ случаѣ когда предметомъ тяжбы было обязательство, имѣетъ значеніе новаци: оно уничтожаетъ прежнее обязательство вообще и кромѣ того, если требованія истца были уважены, ставитъ на его мѣсто новое обязательство. Таково дѣйствіе процесса вообще, а потому таково уже послѣдствіе и *litis contestatio*; судебное рѣшеніе лишь подтверждаетъ это послѣднее.

2) То, что постановлено въ судебномъ рѣшеніи о юридическихъ отношеніяхъ сторонъ, бывшихъ на судѣ, считается справедливымъ (заключаетъ въ себѣ формальную правду), такъ какъ оно не можетъ быть оспорено ни одною изъ сторонъ. Это необходимо слѣдуетъ изъ понятія окончательнаго рѣшенія (*Sentenz*), которое, кромѣ упомянутаго, не имѣло бы уже никакого дѣйствія. Но это дѣйствіе рѣшенія естественно распространяется только на тяжущихся и ихъ наслѣдниковъ: *res judicata pro veritate accipitur inter partes* (потому судебное рѣшеніе никого не можетъ сдѣлать собственникомъ, такъ какъ право собственности въ противоположность одному какому-нибудь лицу не имѣло бы смысла). Только въ немногихъ случаяхъ ¹⁾ рѣ-

ществованія ихъ договора отъ наступленія условія. Ссылка на условный, т. е. еще несуществующій договоръ вполне исключаетъ потому возможность сослаться на договоръ, уже существующій; такая ссылка есть отрицаніе указанного факта и потому должна обуславливать возложеніе обязанности представить доказательства на лицо, указавшее наличность условія.

1) Рѣшенія о *status* лица, L. 25. D. de statu hom (1, 5), L. 2. 3. pr. D. de agnos. lib. (25, 3), объ *inofficiositas*, L. 17. §. 1. D. de inoff. test. (5, 2.), и о всякой другаго рода недействительности завѣщанія, L. 60. §. 1. D. de

шенію придается болѣе широкое дѣйствіе, подѣ тѣмъ однако непремѣннымъ условіемъ, чтобы рѣшеніе это состоялось послѣ серьезнаго всесторонняго обсужденія дѣла сторонами и слѣдовательно не имѣли мѣста—ни *collisio*, ни ¹⁾ *contumacia*.

Благодаря упомянутой формальной правдѣ, обвинительное рѣшеніе порождаетъ для осужденнаго обязательство—*obligatio iudicati*; значеніе этого обязательства зависить исключительно отъ дѣйствительности судебного рѣшенія; существовало ли прежде обязательство, или нѣтъ—все равно, рѣшеніе уже само по себѣ составляетъ *nova causa obligationis*, предметъ исполненія. При обвиненіи по личному иску должнику предоставляется 4 мѣсячный срокъ для добровольнаго исполненія рѣшенія, и только по истеченіи его имѣетъ мѣсто *actio iudicati*. Однако судья въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, можетъ сократить этотъ срокъ, а именно при искѣ о средствахъ къ жизни (*alimenta*). Въ вещныхъ искахъ вообще не опредѣляется срока для реституціи вещи, за исключеніемъ только того случая, когда невозможно немедленное ея возвращеніе; тогда должникъ обязанъ представить въ обезпеченіе поручительство (въ томъ, что онъ возвратитъ отсужденную вещь при первой возможности ²⁾).

Дѣло, окончившееся вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, не можетъ быть предметомъ новаго разсмотрѣнія (кромя случая допущенія *in integrum restitutio*). *Res iudicata* есть *finis controversiarum*. Это дѣйствіе рѣшенія осуществляется посредствомъ *exceptio rei iudicatae*, предоставляемой каждой сторонѣ, въ пользу которой въ судебномъ рѣшеніи постановлено что-либо о предметѣ, вызвавшемъ новый споръ: экцепція эта дается оправданному въ томъ случаѣ, когда истецъ захочетъ вновь осуществить отсужденное отъ него право, но она дается и прежнему истцу, освобожденному отъ какой-либо *exceptio* отвѣтника, когда послѣдній захочетъ вновь осуществить отсужденное у него право посредствомъ новаго процесса (Новація также осуществляется посредствомъ *exceptio rei iudicatae* см. ниже § 292). Здѣсь слѣдуетъ, конечно, говорить единственно о матеріальной функціи экцепціи, основывающейся на томъ, что

leg. I. (30). L. 14. D. de appell. (49, 1); по *actiones populares*, L. 3. pr. D. de pop. act. (47, 23).

Изъ Пандектъ.

¹⁾ А не *collisio*, или *conniventia*, какъ неудачно исправляетъ Parbs, *ibid.* стр. 33. См. L. 14. §. 1. D. de app. (49, 1). L. 1. D. de leg. I. (30); L. 17. §. 1. D. de inof. test. (5, 2.).

Прим. изд.

²⁾ Отсюда ведетъ начало употребленное въ L. 6. §. 2. D. de confess. (42, 2) названіе *actiones, ex quibus dies datur ad restituendam rem.* Прим. изд.

рѣшеніемъ постановлено ничто такое, противъ чего возражаетъ лицо приговоренное.

Exceptio rei judicatae имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда между одними и тѣми же лицами возобновляется рѣшенная тяжба. Правило: exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur ¹⁾ заключаетъ въ себѣ слѣдующія условія:

1) Eadem personae—рѣшеніе имѣетъ силу только для лицъ, участвовавшихъ въ процессѣ. Вступленіе въ процессъ представителя до или послѣ рѣшенія не составляетъ различія лицъ. Представителемъ считается и временный собственникъ вещи при вопросѣ о ея реальныхъ сервитутахъ. Пользоваться этою экцепціею могутъ и наследники обоихъ тяжущихся, какъ универсальные, такъ и сингулярные.

2) Eadem quaestio—тотъ же спорный вопросъ, который уже былъ разрѣшенъ. Это требованіе распадается на двѣ составныя части, точнѣе опредѣляющія тождество:

a) item de quo agitur—тождество предмета иска—вещи или дѣйствія. То обстоятельство, что въ первомъ случаѣ дѣло шло о цѣломъ предметѣ, а во второмъ—о части его, не имѣетъ значенія, такъ какъ противъ лица, ищущаго сначала часть, а потомъ цѣлое, и наоборотъ, напр. участокъ земли, а затѣмъ часть его или домъ, наследство и единичныя res hereditariae, есть exceptio ²⁾; b) eadem causa petendi, causa proxima actionis—тождество права, изъ котораго вытекли прежній и новый искъ. Иски же могутъ быть различны, напр. interdictum adipsendae possessionis и actio. Causa remota не имѣетъ значенія: она можетъ быть другою, а право будетъ оставаться тѣмъ же ³⁾. Поэтому противъ иска о правѣ собственности является exceptio, какъ только ссылаются на новый способъ приобрѣтенія этого права, а не на прежній ⁴⁾. Различный спо-

¹⁾ L. 7. §. 4. D. de exc. rei jud. (42, 2).

Прим. изд.

²⁾ Въ L. 7. D. h. t. слѣдуетъ только устранить противорѣчіе вопроса о строительныхъ матеріалахъ, если подобно Савинью (System VI., прим. XVI) начинать § 1. словами item si quis fundum petierit.—Возраженіе Беккера (die proz. Consumption. 1853. стр. 336), будто рѣшеніе въ § 1. есть только предварительное (fere),—не вѣрно, ибо fere относится не къ posse, а къ omnibus. По той же причинѣ слѣдуетъ въ §. 3. читать exceptio nocet, а не omni nocet.

Прим. изд.

³⁾ L. 27. eod: Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset (Nerat).

Изъ Пандектъ.

⁴⁾ L. 11. §. 1. 2. 4. 5. D. eod.

собъ приобрѣтенія права только тогда рождаетъ другое право, когда самое приобрѣтеніе совершилось уже послѣ перваго рѣшенія, *adquisitum postea dominium* ¹⁾, что естественно не противорѣчитъ высказанному нами выше взгляду. — Но эксцепція не можетъ быть предъявлена, когда истцу было отказано не потому, что спорное право принадлежитъ не ему, а по другому основанію, напр. потому-что отвѣтчикъ не можетъ въ дѣйствительности считаться таковымъ. Ссылка въ этомъ послѣднемъ случаѣ на право собственности не противорѣчитъ содержанію перваго судебнаго рѣшенія.

По отношенію къ *causa remota* весьма важно различіе между *actiones in personam* и *in rem*. Всякое обязательство возникаетъ извѣстнымъ, ему одному свойственнымъ образомъ: другой способъ возникновенія—другое обязательство. Слѣдовательно тотъ, кто требуетъ исполненія того же дѣйствія по другому обязательственному основанію, отличному отъ прежняго, тотъ ищетъ по другому обязательству; здѣсь уже не *eadem causa petendi* и *exceptio* теряетъ значеніе; въ судѣ шло дѣло только объ одномъ обязательствѣ, рѣшеніе постановлено только по этому одному обязательству, а не по всѣмъ основаніямъ, по которымъ извѣстный предметъ можетъ слѣдовать истцу, напр. возмещеніе убытковъ *ex deposito*, *ex l. Aquilia*: я требую вознагражденія за убытки по *actio depositi*, но мнѣ отказано, такъ какъ я не могъ доказать поклажи; я могу предъявить *actio legis Aquiliae*, не опасаясь никакой *exceptio rei judicatae*.

Права, изъ которыхъ вытекаютъ вещные иски, возникаютъ разнообразными способами, причемъ различный способъ возникновенія права не дѣлаетъ его инымъ правомъ; кому отказано въ признаніи права собственности, въ правѣ на сервитутъ, тому, естественно, отказано и во всякой другой возможности приобрѣтенія этого права; полагая въ основаніе своего иска собственность и проч., истецъ исчерпалъ уже всѣ *causae remotae*.

Долго утверждали, что можно избѣгнуть этого, полагая въ основаніе иска опредѣленный способъ приобрѣтенія (*expressa causa acquirendi*). Но этотъ взглядъ:

1) нецѣлесообразенъ и противорѣчитъ основнымъ положеніямъ разумнаго процессуальнаго законодательства

и 2) невозможенъ съ точки зрѣнія гражданскаго права. Тогда на судѣ обсуждался бы и разрѣшался не вопросъ о правѣ собственности, а объ извѣстномъ способѣ его приобрѣтенія. Это

¹⁾ L. 11. §. 5. D. h. t. (42, 2): Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.—

уже не былъ бы искъ о правѣ собственности: сослаться на оное можно было бы только *non expressa causa* ¹⁾.

IV. In integrum restitutio.

А. Понятіе.

§ 100.

Кто желаетъ отвратить ущербъ, происшедшій отъ правонарушенія, тотъ можетъ для этой цѣли пользоваться вышеуказанными обыкновенными, ординарными средствами охраненія правъ. Но есть другого рода ущербъ, для предотвращенія которыхъ обыкновенная защита недостаточна; даже само право можетъ служить поводомъ къ подобному ущербу; таковы, напр. законъ о земской и исковой давности, невыгодное заключеніе сдѣлки, судебное рѣшеніе. Формальное право можетъ сдѣлаться матеріальною неправдой.

Нѣтъ, конечно, никакой надобности въ этихъ чрезвычайныхъ средствахъ охраненія, когда каждому дана возможность собственною осмотрительностью и заботливостью предотвращать подобныя невыгоды; мы безъ всякой необходимости принесли бы въ жертву великое благо прочности юридическаго быта, если бы хотѣли помогать невнимательнымъ и легкомысленнымъ лицамъ въ такихъ невыгодахъ, которыя произошли по собственной ихъ винѣ. *Jura vigilantibus sunt scripta*.

Но помощь становится необходимою, если обстоятельства лица слагаются такимъ образомъ, что для него неизбежны тѣ невыгоды, которыя вытекаютъ изъ формальнаго права; въ противномъ случаѣ само право перестало бы быть благотельнымъ. При подобныхъ обстоятельствахъ допускается, кромѣ обыкновенныхъ способовъ охраненія правъ, еще чрезвычайное средство, состоящее въ защитѣ не общаго права, а въ дѣйствіяхъ противорѣчащихъ ему; назначеніе этого средства—осуществленіе идеи высшей справедливости противъ невыгодъ обыкновеннаго закона. Это и есть *in integrum restitutio*, возвращеніе лица въ прежнее положеніе. Чѣмъ болѣе извѣстное право проникнуто уваженіемъ ко всей совокупности интересовъ человѣческаго существованія, тѣмъ менѣе будетъ потребности въ этомъ чрезвычайномъ средствѣ; но никогда нельзя будетъ совершенно обойтись безъ него.

¹⁾ См. эвгегетическое изложеніе относящихся сюда мѣстъ въ прил. VIII.

Терминъ *in integrum restitutio* характеризуетъ этотъ способъ охраненія права только вообще, не опредѣляя его въ точности; поэтому мы должны прежде всего выдѣлить изъ понятія реституціи нѣсколько случаевъ, которые иначе могли бы быть подведены подъ это понятіе. *In integrum restitutio* есть:

1) Возстановленіе извѣстнаго правоваго состоянія, уже уничтоженнаго строгимъ правомъ. А потому сюда не относится реституція, какъ предметъ вѣдикаціи, въ силу которой защищается существующее право и возстановляется только фактическое состояніе; затѣмъ реституція, какъ предметъ нѣкоторыхъ *interdicta restitutoria*, и проч.

2) Возстановленіе посредствомъ особаго процессуальнаго дѣйствія. А потому не будетъ реституціей а) возстановленіе извѣстнаго положенія вещей вслѣдствіе снисхожденія (концессіи) государя, напр. *restitutio famae* (собственно реституція не есть дѣло милости); б) возстановленіе, наступающее *ipso jure*, въ силу закона, каково *postliminium*. Можетъ случиться, что противъ послѣдствій строгаго права будетъ предоставлено законное средство охраненія, которое хотя и вытекаетъ изъ общаго права, но не изъ *jus strictum*, а изъ *jus aequum*. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда условія такого способа защиты права точно опредѣлены въ законѣ, и допущеніе его или недопущеніе, не предоставлено усмотрѣнію судьи. Нѣсколько способовъ судебной защиты, которые прежде подводились подъ понятіе *in integrum restitutio*, выдѣлились впоследствии (отчасти уже въ римскомъ, отчасти въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ) изъ этой сферы, такъ какъ было предписано давать защиту праву вообще, безъ вліянія индивидуальныхъ особенностей каждаго случая. Такъ напр. обманъ и принужденіе не влекутъ за собою ничтожности сдѣлки, однако въ этомъ случаѣ дается возстановленіе посредствомъ *actio* и *exceptio doli*, *actio* и *exceptio metus*. Эти способы охраненія въ древнемъ римскомъ правѣ входили частью въ понятіе *in integrum restitutio*, въ новѣйшемъ же вполне выдѣлились изъ него. Такъ же возстановляются извѣстные виды отчужденій—въ ущербъ противника въ процессѣ, въ ущербъ кредитора (*actio Pauliana*);—они вызываютъ процессуальный способъ защиты—*actio in factum*, который въ древнемъ римскомъ правѣ сводился къ *in integrum restitutio*; въ новѣйшемъ же римскомъ правѣ этого уже нѣтъ), далѣе—*capitis deminutio* (вслѣдствіе которой истецъ теряетъ право иска, но за то могъ быть возстановленъ въ прежнемъ правѣ посредствомъ *in integrum restitutio*. И этотъ случай уже въ новомъ римскомъ правѣ выдѣлился изъ области *in integrum restitutio*).

3) Собственно реституція, т. е. такого рода возвращеніе въ прежнее состояніе, правомѣрность котораго основывается на рѣшеніи судьи, постановленномъ независимо отъ болѣе или менѣе тѣснаго ограниченія судейскаго усмотрѣнія специальнымъ закономъ о поводахъ и основаніяхъ мнѣнія судьи объ умѣстности или неумѣстности реституціи.

Реституція основывается на слѣдующихъ моментахъ:

1) Поводъ—причиненный правомъ ущербъ (§ 101).

2) Основаніе. а) Юридическое основаніе. Здѣсь вопросъ въ томъ, возможно ли допустить реституцію при данныхъ обстоятельствахъ, предположивъ ихъ истинными. Основаніе состоитъ въ требованіяхъ высшей справедливости въ противоположность обыкновенному правовому порядку; наше право называетъ *justae causae restitutionis* нѣсколько обстоятельствъ, которые вообще могутъ обуславливать вторженіе въ область обыкновеннаго юридическаго порядка (§ 102—104), но ставитъ дѣйствіе ихъ въ отдѣльныхъ случаяхъ въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи и отъ значенія индивидуальныхъ отношеній. Въ этомъ-то, а именно во первыхъ въ осуществленіи *aequitas* въ противоположность обыкновенному праву, затѣмъ во вліяніи судьи на это право—и заключается характеристическій признакъ истинной *in integrum restitutio*. б) Фактическое основаніе. Здѣсь вопросъ въ томъ, истинны ли факты, указанные лицомъ просящимъ реституціи. Конечно, это не составляетъ характеристической черты реституціи, ибо вопросъ объ истинѣ фактовъ имѣетъ мѣсто во всякомъ процессѣ ¹⁾.

3) Реализація, дѣйствительное возстановленіе прежняго состоянія. И этотъ моментъ не составляетъ характеристической черты реституціи, ибо и обыкновенные судебные способы охраненія правъ могутъ имѣть такой же результатъ. Средства для этой реализаціи суть а) отмена (*Rescission*) извѣстнаго событія, напр. вступленія въ права наслѣдства; б) отмена и возстановленіе утраченнаго способа охраненія права, *actio rescissoria* s. *restitutoria*, напр. при отрѣженіи отъ права; в) допущеніе новаго иска, которое впрочемъ обуславливается вышеупомянутымъ основаніемъ (2-й моментъ) и его изслѣдованіемъ; этотъ случай, по нынѣ дѣйствующему праву, исключенъ изъ сферы реститу-

¹⁾ L. 3. D. de in int. rest. (4, 1): *omnes in integrum restitutiones causa cognita a praefore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* Слова *an verae sint* не могутъ относиться къ фактической истинѣ, иначе должно было бы употребить: *et an*,—смыслъ же ихъ слѣдующій: справедливы ли основанія, по которымъ онъ желалъ бы оказать помощь.

ция и сдѣлался обыкновеннымъ судебнымъ средствомъ охраненія, каковы *actio* и *exceptio doli. metus.* (См. выше третью рубрику).

В. Поводъ.

§ 101.

Первое условіе, отъ котораго зависитъ допущеніе реституціи и которымъ также опредѣляется рѣшеніе судьи, есть существованіе ущерба, *laesio*. Здѣсь надо обратить вниманіе на слѣдующіе пункты:

1) Ущербъ не долженъ быть ничтожный: *minima non curat praetor*. Это соответствуетъ чрезвычайности помощи.

2) Этотъ ущербъ долженъ быть сопоставленъ съ ущербомъ, имѣющимъ произойти для другихъ лицъ отъ допущенія реституціи, а также и съ тѣмъ замѣшательствомъ въ юридическихъ отношеніяхъ вообще, которое отъ этого можетъ случиться. Реституція не можетъ быть допущена, когда ущербъ втораго рода значительно перевѣшиваетъ первый. Указанное условіе не должно быть понимаемо положительно, въ смыслѣ наличности значительнаго вреда; только въ тѣхъ случаяхъ, когда допущенію реституціи препятствуютъ какія-либо сомнѣнія, они должны быть устраняемы соображеніями о значительности ущерба отъ недопущенія реституціи.—Уже въ этихъ двухъ пунктахъ заключается важное вліяніе усмотрѣнія судьи, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ идетъ рѣчь объ основаніяхъ реституціи, опредѣленныхъ въ законѣ.

3) Не только положительный ущербъ долженъ быть принимаясь въ расчетъ, но и недостиженіе ожидаемой выгоды, не вредящее интересамъ другаго лица.

4) Ущербъ можетъ касаться не только имущества, но и личности, напр. тягостная работа или безпокойство.

5) *Laesio* должна быть причинена самимъ правомъ. Поэтому исключается случайный ущербъ, напр. принятіе наслѣдства, которое уменьшается вслѣдствіе непредвидимыхъ событій (не то должно сказать относительно нейтральныхъ капиталовъ); а также собственная вина и непростительная небрежность къ собственнымъ интересамъ. Все различіе между совершеннолѣтними и несовершеннолѣтними состоитъ въ томъ, что послѣднимъ подобныя недостатки не всегда ставятся въ вину и что напротивъ ихъ безпечность и легкомысліе должны служить источникомъ *laesio* (такъ что и здѣсь виноватъ собственно законъ, признающій за подобными лицами дѣеспособность).

6) *Laesio* должна находиться въ причинной связи съ *justa causa restitutionis*; ущербъ долженъ быть вызванъ несовершеннолѣтнѣмъ, заблужденіемъ, отсутствіемъ и т. д.

С. Основаніе реституціи.

§ 102—104.

Извѣстны слѣдующія *justae causae*, которыя, при извѣстныхъ предположеніяхъ, могутъ служить поводомъ къ реституціи.

1) *Minor aetas*.

• Всякій ущербъ (при отсутствіи особеннаго ограниченія въ законѣ) можетъ служить поводомъ къ реституціи для несовершеннолѣтнихъ, если только они вовлечены въ невыгодное положеніе, будетъ ли это сдѣлка или упущеніе—все равно, легкомысліемъ и неопытностью; конечно, при этомъ предполагается, чтобы сдѣлка не была недѣйствительною уже по общему праву, напр. вслѣдствіе отсутствія согласія опекуна на заключеніе сдѣлки, или вслѣдствіе обмана съ одной стороны. При исковой давности реституція была устранена прямымъ предписаніемъ закона, что для несовершеннолѣтнихъ 30 лѣтняя и меньшая давность приостанавливается; при *actiones perpetuae* давность исключается во всѣхъ случаяхъ (см. § 107) ¹⁾.

Указанныя свойства несовершеннолѣтнихъ должны послужить поводами для *laesio*. Поэтому если несовершеннолѣтній заключилъ сдѣлку такъ же, какъ это сдѣлалъ бы всякій опытный совершеннолѣтній, — реституція не допускается. Участіе опекуна въ такихъ сдѣлкахъ само по себѣ не исключаетъ возможности реституціи, которая только тогда не имѣетъ мѣста, когда сдѣлка заключена совершенно правильно. Это ограниченіе необходимо, иначе не были бы возможны никакія сдѣлки съ несовершеннолѣтними. Нѣкоторые случаи ²⁾ особо разрѣшены

¹⁾ Авторъ безъ сомнѣнія хочетъ сказать: „но противъ погашенія давностью этихъ *actiones perpetuae* реституція никогда не допускается.“ Въ этомъ убѣждаетъ насъ смыслъ на параграфѣ 107.

Прим. изд.

²⁾ а, противъ денежнаго займа, совершеннаго *filiusfamilias minor* по приказанію отца, L. 3. §. 4 eod., L. 2. C. de filiofam. minore (2, 23); б, противъ отчужденія заклада, отданнаго еще наследодателемъ малолѣтняго, L. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29); в, противъ платежа, učinеннаго съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, L. 25. C. de adm. tut. (3, 37), §. 2. I. quib. alien. licet. (2, 8), вслѣдствіе котораго потерпѣло измѣненіе древнее правило, установленное въ L. 7. §. 2. D. de minor. (4, 4), L. 1. C. si adv. solut. (2, 33).

Изъ Пандектъ.

въ законѣ въ томъ смыслѣ, что въ нихъ признавали отсутствіе необходимыхъ условій для реституціи и потому таковая не допускалась; случаи эти часто, но неправильно, рассматривались какъ исключенія изъ общаго правила.

Несовершеннолѣтній теряетъ право ссылаться на свою неопытность вслѣдствіе обмана съ своей стороны при заключеніи спорной сдѣлки, именнно не только вслѣдствіе обманнаго завѣренія въ своемъ совершеннолѣтіи (*malitia supplet aetatem*), но и вслѣдствіе клятвы, данной для укрѣпленія сдѣлки, а также и въ тѣхъ случаяхъ, когда реституція является безиравденною или неприличною: поэтому-то реституція не допускается противъ займа, совершеннаго 18 лѣтнимъ юношей или другими уполномоченными имъ лицами для освобожденія своихъ родныхъ ⁴⁾, противъ обыкновенныхъ (не чрезмѣрныхъ) брачныхъ подарковъ, если только бракъ дѣйствительно воспослѣдовалъ ⁵⁾, противъ мировой сдѣлки близкихъ родственниковъ относительно возложеннаго на нихъ, на случай ранней смерти, фидеикомисса ⁶⁾.

Реституція ⁴⁾, установленная для несовершеннолѣтнихъ, практикою была распространена на общины ⁵⁾, церкви и богоугодныя заведенія ⁶⁾, наконецъ на всѣ *universitates personarum* ⁷⁾.

2) Отсутствие. Нижеслѣдующее относится только до такого рода упущеній, причиною которыхъ было отсутствіе. Преторъ перечислилъ нѣсколько опредѣленныхъ случаевъ отсутствія, присоединивъ къ нимъ въ заключеніе особую *clausula generalis*, которая хотя также относится къ случаямъ отсутствія, но имѣетъ и болѣе обширное значеніе. Результатъ этого слѣдующій: основаніемъ для реституціи противъ упущеній служатъ: а) Собственное отсутствіе потерпѣвшаго 1) *непроизвольное и необходимое*: по государственной или общественной службѣ (это относится также и къ женѣ отсутствующаго, далѣе къ первому

¹⁾ Nov. 115. c. 3. §. 13 in f.

²⁾ L. 1. C. si adv. donat. (2, 30).

³⁾ L. 11. C. de transact. (2, 4).

⁴⁾ Изъ Пандектъ.

⁵⁾ L. 4. C. qu. ex caus. mai. (2, 54); L. 3. C. de jure republ. (11, 29).

⁶⁾ c. 1—3. 6. X. de in int. rest. (1, 41).

⁷⁾ Упомянутое, выработанное практикою, распространеніе привилегій, собственныхъ государству (*republicae*), церкви и монастырямъ, на всѣ *universitates personarum* имѣетъ то единственное основаніе, что и для этихъ послѣднихъ управляются посторонними лицами.—Это могло скорѣе привести къ распространенію на нихъ *ex clausula generali* ограниченной реституціи, даруемой отсутствующимъ, такъ какъ реституція, даруемая несовершеннолѣтнимъ, ограничивается случаями ихъ личнаго дѣйствія или бездѣйствія. Savigny, System VII. стр. 160.

времени по возвращеніи его или жены—противъ ущерба, который они потерпѣли по возвращеніи, но только въ теченіи первыхъ дней), отсутствіе по случаю вызова къ начальству (*von Obrigkeit*), плѣна на войнѣ, заключенія, принужденія, основательнаго страха и вообще всякаго рода произвольное отсутствіе, имѣвшее упомянутое послѣдствіе. Къ этимъ, дѣйствительно произвольно отсутствующимъ лицамъ причисляются и виды фиктивнаго отсутствія умалишенныхъ, дѣтей и юридическихъ лицъ. 2) *Произвольное* отсутствіе, когда оно вызвано похвальнымъ мотивомъ, напр. *studiorum causa*, при чемъ не было допущено никакой небрежности въ назначеніи повѣреннаго. Но подобнаго рода небрежность, при произвольномъ отсутствіи, можетъ сдѣлаться помѣхой, если только въ этомъ случаѣ причиной убытковъ было не собственно отсутствіе, а нѣчто другое; впрочемъ дѣло всегда обсуждалось снисходительно. Если же отсутствующій имѣлъ повѣреннаго и могъ съ него взыскать убытки, то реституція не давалась.

б) Отсутствіе противника. Это обстоятельство служитъ поводомъ къ реституціи безъ обсуждения его мотива, но при этомъ предполагается, что нѣтъ на лицо повѣреннаго, или защитника, противъ котораго право могло бы быть осуществлено. Если противникъ скрывался, или невозможно было его настигнуть,—то и эти обстоятельства разсматривались, какъ препятствія, зависящія отъ личности контрагента.

3) Препятствіе къ совершенію упущеннаго дѣйствія, зависевшее отъ личности судьи (ясно поименованнаго преторомъ) или отъ другихъ внѣшнихъ обстоятельствъ: наводненія при пользованіи сервитутомъ, предписанія закона, болѣзни и пр., когда обстоятельства эти такого рода, что точное исполненіе обыкновеннаго права противорѣчило бы справедливости. Эти случаи относятся также къ *clausula generalis*.

4) Ивинительное заблужденіе (см. § 57). Но заблужденіе только въ немногихъ случаяхъ считается основаніемъ для реституціи: а) противъ упущенія *ex clausula generali*, когда по обстоятельствамъ дѣла представляется настоятельная потребность въ помощи, но не противъ упущенія годовой исковой давности ¹⁾; б) еще ограниченнѣе значеніе заблужденія для реституціи въ сдѣлкахъ; оно проявляется въ трехъ случаяхъ: 1) въ сдѣлкѣ ²⁾, заключенной *falso tutore auctore* съ лицомъ, на-

¹ L. 3. §. 31. D. eod., L. 7. D. de in int. rest. (4, 1), L. 15. §. 5. D. quod vi (43, 24).

²) Изъ Пандектъ.

ходимся подъ опекой; 2) по отношенію къ кредиторамъ на слѣдства (Erbchaftsgläubiger), которые въ ущербъ себѣ заявили о раздѣлѣ, и 3) по отношенію къ истцу, которому отказано въ вѣрномъ искѣ вслѣдствіе ложнаго его обоснованія и котораго законныя требованія исключаются посредствомъ *exceptio rei judicatae* ¹⁾

Еще одно замѣчаніе о *clausula generalis*; иногда она служила поводомъ къ вопіющимъ злоупотребленіямъ. Новѣйшія основательныя изслѣдованія этого предмета привели къ тому заключенію, что римское право примѣняло эту *clausula* только къ упущеніямъ (*Versaumnisse*).

Между тѣмъ возможны случаи, когда распространеніе этой *clausula* становится потребностью, что (неговоря уже о старыхъ обычаяхъ) подтверждается практикой, именно когда лицо, слабого ума и характера, а потому и мало развитое, подъ вліяніемъ вѣшняго авторитета (но безъ принужденія), заключить невыгодную для себя сдѣлку. При стеченіи всѣхъ этихъ обстоятельствъ реституція будетъ умѣстна.

Dolus и *metus* уже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ имѣли весьма ограниченное примѣненіе въ смыслѣ основаній реституціи; въ большинствѣ случаевъ противъ нихъ употреблялись ординарныя средства защиты ²⁾. То же соблюдается и теперь по нынѣшнему праву ³⁾; поэтому на *actio* и *exceptio doli, metus* нельзя болѣе смотрѣть какъ на реституцію ⁴⁾. Въ римскомъ

¹⁾ Dig. XXVII. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicitur, L. 1. §. 17. D. de separ. (42, 6). L. 11. pr. D. de exc. rei jud. (44, 2).

²⁾ Мнѣніе, будто въ новѣйшемъ правѣ была введена особая реституція прозябонае *fidei obligationes*, заключенныхъ подъ вліяніемъ *dolus*, которая, благодаря своему быстрому производству, почти совершенно вытѣснила иски по договорамъ, см. Burchardi, Vangerow, Leitfaden für Pand. Vorl. § 102, прие., мнѣніе это не имѣетъ въ словахъ *in integrum restitutio, употребленныхъ въ L. 10. C. de resc. vend. (4, 44)* никакого видимаго вѣшняго для себя основанія, ибо этотъ терминъ можетъ только обозначать восстановленіе правового состоянія посредствомъ иска по договору, L. 23. §. 7, L. 60. D. de aed. ed. (21, 1).

Прим. изд.

³⁾ Вилгеровъ (§ 117, прим. 1, и другіе думаютъ, что реституція вслѣдствіе *dolus* и *metus* должна быть вновь введена. Противнаго мнѣнія держится Рутратъ. Ср. L. 5. C. fin. in quib. caus. in int. r. n. non est. Прим. изд.

⁴⁾ Эта аргументація однако не разрываетъ тѣхъ случаевъ, для которыхъ ординарныя законныя средства (*actio* и *exceptio doli* и *metus*, договорные иски по сдѣлкамъ *bonae fidei*) недостаточны, напр. несостоятельность прозябоннаго, принужденіе къ принятію или отреченію отъ наследства, рѣшеніе на основаніи показанія подкупленнаго свидѣтеля. Подаваемая въ этихъ случаяхъ помощь есть бесспорно чрезвычайная, L. 21. §. 5, 6. D. quod metus (4, 2), L. 33. D. de re jud. (42, 1), Savigny System. VII. §. 330. 332. даже и въ каноническомъ правѣ, с. 1. de rest. in VI-to (1, 2).

Прим. изд.

правъ существовалъ поводъ къ примѣненію реституціи при *dolus*—въ самомъ свойствѣ *actio doli*, какъ позорнаго иска, *factiosa actio*. Изъ состраданія было повелѣно не допускать *actio factiosa* тамъ, гдѣ можно было помочь реституціею. Но для нынѣ дѣйствующаго права все это утратило значеніе, а потому ничто не мѣшаетъ признать *restitutio ob dolum* совершенно отмѣненной.

Д. Просьба о реституціи.

§ 105.

Просьба ¹⁾ о реституціи должна быть подана компетентному судью въ установленное время: по древнѣйшему праву въ теченіи *annus utilis*, по новѣйшему—въ теченіи *quadriennium continuum*. Компетентнымъ для реституціи должно считать судью, считающагося компетентнымъ по отношенію къ тому сподобу защиты права, которое должно быть возвращено лицу, просящему реституціи. Срокъ для реституціи вслѣдствіе несовершеннолѣтія считается съ момента достиженія законнаго возраста; для реституціи вслѣдствіе отсутствія и другихъ препятствій—со времени уничтоженія этихъ препятствій. Производство по просьбѣ о реституціи представляетъ три главные момента: изслѣдованіе и разрѣшеніе 1) юридической основы просьбы, 2) фактической ея основы, составляющее видѣтъ *judicium rescindens* и 3) реализацію данной реституціи, состоящую въ устраненіи причинившаго ущербъ факта и въ возстановленіи утраченнаго права или средства защиты (иска или эксценціи) и составляющую предметъ *judicium rescissorium s. restitutorium*, въ которомъ примѣняются реституированныя лицу процессуальныя дѣйствія. Согласно съ этимъ слѣдуетъ признать правило, что судья, компетентный для *judicium rescissorium*, компетентенъ и для *judicium rescindens*. Потому оба эти производства могутъ быть соединены, что обыкновенно и дѣлается.

Вопросъ: „требуется ли для начала реституціонной давности, чтобы управомоченное на реституцію лицо знало о нарушеніи его права (*laesio*)?“ рѣшился утвердительно на основаніи слѣдующаго мѣста въ кодексѣ: „*ex quo annus utilis currebat*“ ²⁾. Но, какъ мы выше видѣли, *utile tempus* не имѣетъ никакого

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53): *Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provin-*

вліянія на опредѣленіе начала давности, поэтому при *appus utilis* и не требуется никакого знанія о *laesio*. Мнѣніе это не только ни на чемъ не основано, но и само по себѣ невозможно.

Противъ реституціонной давности невозможна реституція ¹⁾ ни вслѣдствіе незнанія, ни вслѣдствіе заблужденія и это весьма естественно, такъ какъ иначе не предвидѣлось бы конца. Если въ этихъ случаяхъ даже нельзя требовать реституціи, то тѣмъ менѣе можетъ быть исключено *ipso iure* начало давности.

При изслѣдованіи вопроса о реституціи должны быть выслушаны обѣ стороны (только въ видѣ исключенія, при разсмотрѣніи нѣкоторыхъ процессуальныхъ упущеній, но не случаевъ гражданскаго права, можно прибѣгать къ производству *brevi manu*). На лицъ, ищущемъ реституціи, лежатъ обязанности доказать 1) *laesio* и 2) *iusta causa*.

Имѣющимъ право на реституцію считается тотъ, кто потерпѣлъ ущербъ и для кого появилась *iusta causa*. Поэтому напр. нѣтъ реституціи противъ дѣйствія несовершеннолѣтняго, если онъ вмѣстѣ съ тѣмъ не есть потерпѣвшее лицо, а напротивъ самъ нанесъ ущербъ другому, напр. тому, чьимъ повѣреннымъ онъ былъ. Другое дѣло, если онъ отвѣчаетъ предъ нимъ за свои дѣйствія, напр. какъ *negotiorum gestor*.

Можно ли имѣть реституцію отъ лица другаго? Безспорно ее имѣетъ универсальный наследникъ, напр. наследникъ несовершеннолѣтняго—противъ ущерба, понесеннаго послѣднимъ, и по поводу котораго несовершеннолѣтній могъ бы самъ искать реституціи. Такое уже возникшее требованіе переходитъ къ наследнику. Но этимъ случаемъ и ограничивается переходъ: по отношенію къ сингулярному наследнику такой переходъ не имѣетъ мѣста.—Имѣетъ ли поручитель право на реституцію отъ лица главнаго должника? Этотъ спорный вопросъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно. L. 7. §. 1. D. de except. ²⁾, которая приводитъ

cis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune.

¹⁾ L. 20. D. de minor. (4, 4). Трудно согласиться какъ съ этимъ положеніемъ, такъ и съ основаніемъ, по которому оно допущено. Реституція противъ истечения реституціонной давности есть только дальнѣйшее распространеніе другаго реституціоннаго основанія, напр. отсутствія, обмана. Было бы произволомъ безусловно отказать въ ней потому только, что этимъ удлиняется реституціонное время; такъ именно рѣшается этотъ вопросъ положит. право, L. 1. 3. C. de temp. in int. (2, 53), с. 1. de rest. in VI-to (1, 21). Отказъ въ L. 20. cit. опирается исключительно на томъ общемъ основаніи, что въ конкретномъ случаѣ отсутствіе не представляетъ никакого препятствія. См. также Savigny Syst. VII стр. 558.

Прим. изд.

²⁾ L. 7. §. 1. D. de except. (44, 1): *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt — idem dicitur et pro filiofamilias contra S.*

лась въ подтвержденіе положительнаго отвѣта на него, рѣшаетъ этотъ вопросъ обратно; здѣсь различаются два случая: былъ ли minor обманутъ—въ этомъ случаѣ онъ имѣетъ exceptio doli, или уже нанесъ онъ себѣ ущербъ по собственной винѣ, deceptus in re здѣсь minor можетъ выйти изъ своего положенія только путемъ auxilium extraordinarium; поручителю же не дается exceptio. Другой вопросъ состоитъ въ томъ: не имѣетъ ли поручитель права, по крайней мѣрѣ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, требовать реституціи на томъ основаніи, что *главный несовершеннолѣтній должникъ реституированъ* (следовательно не ex persona minoris); но о немъ см. въ ученіи о поручительствѣ, § 405¹⁾.

Е. Дѣйствіе реституціи.

§ 106.

Говоря о дѣйствіи реституціи, необходимо отвѣтить на два вопроса: въ чемъ состоитъ послѣдствіе реституціи и противъ кого именно дѣйствуетъ реституція? Послѣдствіе реституціи состоитъ въ восстановленіи правоваго состоянія, существовавшаго до возникновенія повода къ реституціи. Реституированное лицо получаетъ снова свое потерянное право, но только въ томъ видѣ, каково оно было до laesio, не болѣе и не менѣе; при реституціи иска восстанавливается прежняя давность. Въ случаѣ просрочки восстанавливается только то время, которое было утрачено *iusta causa*, какъ напр. при реституціи противъ истекшей земской

C. quis fidejusserit aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio. Это можетъ означать: 1) онъ никогда не имѣетъ exceptio, 2) онъ не имѣетъ ея до тѣхъ поръ, пока не реституированъ несовершеннолѣтній. Последнее толкованіе, въ связи съ принятымъ въ текстѣ, д. б. предпочтено.

Прим. изд.

1) Вопросъ долженъ быть поставленъ иначе, потому что поручитель ex sua persona не имѣетъ права на реституцію; также и при допущеніи реституціи въ пользу несовершеннолѣтняго поручитель можетъ только добиваться уступки реституціи съ дѣлю направленія ея противъ кредитора, L. 24. pr. D. de min. (4, 4). Скорѣе надо поставить вопросъ такъ: слѣдуетъ ли реституировать несовершеннолѣтняго должника только противъ кредитора, или также и противъ поручителя, такъ-чтобы послѣдній, въ концѣ концовъ, несть весь ущербъ? При этомъ слѣдуетъ различать: ручался ли поручитель только на случай несостоятельности, или также и на случай реституціи (contemplatione juris praetorii); въ послѣднемъ случаѣ предполагается, что онъ зналъ о несовершеннолѣтнѣи должника. Въ первомъ случаѣ ему будетъ дана помощь, L. 51. D. de proc. (3, 3), въ послѣднемъ—нѣтъ: Paul. R. S. I, 9. §. 6., L. 13. pr. D. de min. (4, 4), L. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3). Savigny Syst. VII стр. 220 и слѣд.

Прим. изд.

или исковой давности. Время съ момента устранения препятствія засчитывается реституированному, а потому очень возможно, что послѣ реституціи свободнаго времени уже не остается, слѣдовательно необходимо немедленное предъявленіе иска послѣ реституціи. Это обстоятельство предупреждается соединеніемъ иска съ просьбою о реституціи. Противникъ также реституируется, но при столкновеніи возстановленія его правъ съ правомъ лица, уже получившаго реституцію, онъ долженъ уступить ему. Ни подъ какимъ видомъ не долженъ реституированный обогащаться на счетъ противника. Что касается втораго вопроса: противъ кого дѣйствуетъ реституція, то обыкновенно говорятъ: реституція по правилу дѣйствуетъ *in personam*, т. е. противъ того, кто отъ *laesio* остался въ выигрышѣ, и только въ видѣ исключенія *in rem*. Но далеко не всѣ случаи могутъ быть разрѣшены на основаніи этого принципа; онъ пригоденъ только для весьма небольшого числа ихъ.

Скорѣе слѣдуетъ признать такой принципъ: противникъ, противъ котораго была просима и должна дѣйствовать реституція, определяется правомъ, подлежащимъ реституціи

1) При реституціи иска противникомъ ея считается то самое лицо, противъ котораго будетъ предъявленъ искъ (*judicium rescindens* направляется противъ того же лица, противъ котораго направится и *judicium rescissorium*). При вещномъ искѣ, напр. при реституціи противъ земской давности, — противъ всякаго владѣльца вещи, при личномъ искѣ — противъ должника.

2) Этотъ же принципъ примѣняется и къ эксцепціямъ.

3) Когда требуется отмѣна иска, то противникомъ становится лицо управомоченное на искъ, напр. при принятіи наследства; точно то же бываетъ и вообще, когда реституція дается противъ какого либо обязательственнаго отношенія, напр. договора, судебного рѣшенія. Если дѣло остановилось на простомъ обязательственномъ отношеніи, то нѣтъ необходимости въ дальнѣйшемъ его разсмотрѣніи. Напротивъ, если что-либо уже исполнено, уключено по обязательству, то реституція по принципу направляется противъ того же лица, т. е. противъ получателя. Но можетъ случиться, что реституціею нельзя помочь реституированному лицу, напр. въ случаѣ несостоятельности получателя или когда реституированному важно возвратить себѣ *in specie* отчужденную получателемъ вещь. Въ такомъ случаѣ для того — чтобы реституція достигала цѣли, слѣдуетъ допустить ея направленіе *in rem*, т. е. ресцидируется не только обязательная сдѣлка, но и исполненіе ея, слѣдовательно и самый переходъ права собственности, т. е. реституируется вещный

искъ (это нужно имѣть въ виду при примѣненіи вышеупомянутаго правила, которое въ противномъ случаѣ будетъ недостаточно) ¹⁾. Право на реституцію переходитъ къ третьимъ лицамъ лишь настолько, насколько интересы этихъ лицъ неразрывно связаны съ интересами лица реституированнаго ²⁾.

Г. Ограниченіе реституціи.

§ 107.

Обусловливаемая реституціею возможность вторженія въ область ординарнаго права могла бы угрожать большою опасностью юридическому порядку, еслибы судьи предоставляли лицамъ пользованіе этимъ чрезвычайнымъ средствомъ охраненія правъ безъ достаточной осмотрительности, безъ особенной на то крайности. Нѣкоторую границу противъ подобнаго зла составляетъ вышеизложенная теорія разсматриваемаго юридическаго института, если только она будетъ въ точности соблюдаема. Однако германское право все таки сочло полезнымъ устранить возможность неумѣстнаго примѣненія реституціи особыми ограниченіями, а равно и совершенно обезпечить нѣкоторыя юридическія отношенія отъ дѣйствія этого чрезвычайнаго средства.

1) Реституція, какъ вполнѣ неумѣстная, исключается въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда ущербъ лица гораздо меньше тѣхъ невыгодъ, которыя произошли бы отъ реституціи для другихъ лицъ; б) когда ущербъ состоитъ въ утратѣ штрафнаго иска (*actio poenalis*); в) противъ послѣдствій преступленія (*delictum*), совершеннаго лицомъ, ищущимъ реституціи, и д) противъ сдѣлокъ съ родителями, которые въ этомъ именно, а не въ другомъ какомъ-либо качествѣ и принимали участіе въ сдѣлкѣ.

2) Слѣдующіе юридическіе факты (сдѣлки) не могутъ быть уничтожены вслѣдствіе реституціи: а) фискальныя отчужденія, б) браки—согласно практикѣ, основанной на сущности этого союза, в) совершенныя несовершеннолѣтнимъ—отказъ отъ наслѣдства или принятіе наслѣдства, открывшагося для него во время дѣтства и принятаго или отвергнутаго его отцомъ, наконецъ д) тридцатилѣтняя и большая давность.

3) Ограниченіе реституціи краткимъ періодомъ времени, назначеннымъ для ея полученія отъ судьи, гарантируется тѣмъ, что

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Cod. 11, 26: *si in communi eademque causa i. i. r. postuletur.*

реституція исключается вслѣдствіе пропущенія этого срока. Отказъ отъ реституціи со стороны лица управомоченнаго на нее, обусловливающая также утрату реституціи, не исключаетъ однако возможности особой реституціи противъ этого отказавшагося субъекта, если есть къ тому достаточное основаніе. Одно изъ важнѣйшихъ ограниченій дѣйствія реституціи есть изъятіе 30-лѣтней и большей давности. Взглядъ, признающій это исключеніе, является господствующимъ, хотя многіе юристы опровергали его; это различіе мнѣній зависитъ отъ объясненія постановленія, служащаго имъ основаніемъ ¹⁾. Отъ этой давности не избавляютъ ни —поль, ни отсутствіе, ни военная служба, ни возрастъ, за исключеніемъ несовершеннолѣтія. Нѣкоторые говорили, что слова цитаты относятся не къ реституціи, но къ вопросу о *tempus continuum* или *utile*; что приведеннымъ мѣстомъ установлено именно *tempus continuum*; но это мнѣніе рѣшительно не вѣрно. Можно бы предположить на основаніи этого мнѣнія, что всѣ приведенные пункты имѣютъ значеніе при *utile tempus*, а между тѣмъ это справедливо только относительно одного пункта, именно, отсутствія, но не относительно пола и возраста. А потому въ приведенномъ мѣстѣ должно говориться о чемъ-то такомъ, что обще для всѣхъ этихъ пунктовъ, а это есть реституція ²⁾. Относительно возраста и отсутствія (и *militia*) это—само по себѣ ясно, ради же пола реституція не допускается, хотя женщины иногда были реституируемы вслѣдствіе заблужденія въ такихъ случаяхъ, когда мужчины реституціи не получали. Это подтверждается и всѣмъ содержаніемъ законовъ. Неднократно строго предписывалось, чтобы отвѣтчикъ по истеченіи извѣстнаго продолжительнаго срока давности непременно былъ въ безопасности. Далѣе несовершеннолѣтніе освобождены только отъ исковой давности меньше 30 лѣтъ. Конечно, если бы 30-лѣтняя исковая давность была предметомъ реституціи, то несовершеннолѣтніе не были бы изъяты отъ дѣйствія этой реституціи.

¹⁾ L. 3. C. de praescr. XXX ann. (7, 39): non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —

²⁾ Въ пользу этого говорятъ выраженіе *defendenda*, которое вовсе не равнозначуще со словомъ *eximenda*.
Прим. изд.

КНИГА III.

О ПРИМѢНЕНІИ ЗАКОНОВЪ КЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОТНОШЕНІЯМЪ.

Введеніе.

§ 108 ¹⁾.

Примѣненіе права къ юридическимъ отношеніямъ, являющееся дѣятельностью судьи, зависитъ 1) отъ бытія того закона, о примѣненіи котораго идетъ дѣло: въ этомъ бытіи его судья обязанъ удостовѣриться (§ 109), и 2) отъ способности даннаго юридическаго отношенія подчиняться именно указанному закону. Вопросъ о томъ, къ какимъ случаямъ долженъ быть примѣняемъ извѣстный законъ, разрѣшается частію особымъ содержаніемъ этого закона, частію нѣкоторыми общими, выходящими за предѣлы отдѣльныхъ законовъ, правилами, о которыхъ и будетъ рѣчь ниже (§ 110—113).

I Судейское знаніе закона.

§ 109.

Отношенія суда къ фактамъ и къ законамъ, отъ которыхъ зависитъ рѣшеніе, различно. Факты должны быть указаны и доказаны. Относительно законовъ существуетъ правило: *jura novit curia*. Судья только воспринимаетъ факты, предлагаемые тяжущимися. Относительно права существуетъ обратное правило: *para mihi factum, ego tibi narrabo jus*. Функція судьи состоитъ въ примѣненіи закона къ предложеннымъ ему фактамъ. Отъ воли тяжущихся зависитъ не предлагать извѣстнаго факта на об-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

сужденіе судьи; отъ нихъ же зависитъ—какой именно фактъ предложить судью. Должность судьи не оскорбляется полнымъ отказомъ тяжущагося отъ нѣкоторыхъ правъ, которые принадлежать ему на основаніи извѣстныхъ фактовъ. Напротивъ, самостоятельно познать и примѣнить право—задача судьи; тяжущіеся могутъ и не опредѣлять тѣхъ законовъ, которые идутъ къ дѣлу, а потому и примѣненіе ихъ не столько зависитъ отъ дѣятельности тяжущихся, сколько зависитъ отъ нихъ группировка фактовъ.

1) Указаніе законовъ судью не признается необходимымъ. Правилу это вообще имѣетъ силу для общаго права (*gemeines Recht*) *scriptum* и *non scriptum*, обнародованнаго права данной страны и записаннаго обычнаго права извѣстнаго судебного округа. Модификація его допускается только относительно нѣкоторыхъ законовъ, о существованіи которыхъ судья не обязанъ знать; таковы: иностранное право, особенное обычное право своего отечества, за исключеніемъ записаннаго обычнаго права своего судебного округа. Непримѣненіе этихъ правъ не можетъ быть поставлено въ укоръ судью, если тяжущіеся сами на нихъ не ссылались.

Означенная модификація отнюдь не представляется полнымъ исключеніемъ изъ правила, такъ какъ иностранное право и особенное обычное право не трактуются какъ факты, которые судья не имѣетъ права обсуждать и принимать въ расчетъ, если стороны на нихъ не ссылались.

Если же судья случайно знаетъ помянутыя права, то онъ не долженъ ждать ссылки на нихъ, потому что примѣненіе права не можетъ зависетьъ отъ произвола сторонъ.

2) Законы не должны быть доказываемы. Судья *ex officio* долженъ пріобрѣсть знаніе права. Этотъ принципъ подвергается модификаціи по отношенію къ тѣмъ законамъ, знаніе которыхъ не обязательно для судьи: въ этомъ случаѣ онъ можетъ требовать, чтобы стороны доставили ему тѣ средства познать эти законы, которые ему самому не доступны, напр. средства познаванія особеннаго обычнаго права: указаніе случаевъ примѣненія его, наименованіе лицъ, подлежащихъ допросу, и пр. Но всѣ эти случаи никогда не могутъ быть уравнины съ фактами. Судья не долженъ забывать, что въ этихъ случаяхъ онъ самодѣятеленъ и долженъ дѣйствовать *ex officio*, а не относиться къ нимъ пассивно.

Къ изложеннымъ случаямъ указанія права тяжущимися никогда не примѣняются процессуальные принципы о приведеніи доказательствъ, именно касательно сроковъ, ступеней въ процессѣ, способовъ доказыванія и формы ихъ употребленія.

Указывали на слѣдующія два исключенія изъ установленнаго правила:

1) Публикацію закона ¹⁾, такъ какъ это—фактъ. Но это вѣрно только въ томъ смыслѣ, что законъ вообще и всякое отдѣльное законоположеніе есть фактъ, но не въ смыслѣ процессуальномъ. Если допустить, что публикація закона должна быть доказана, то отчего же не допустить этого и относительно промѣны его.

2) Обычное право. Долгое время господствовалъ тотъ взглядъ, что обычное право есть фактъ и, какъ таковое, должно быть доказано; но оно является фактомъ не болѣе, чѣмъ всякое другое право. Это ученіе вытекло изъ нерасположенія древнѣйшихъ романистовъ къ туземному нѣмецкому праву, которое существовало преимущественно въ формѣ права обычнаго, которому они на практикѣ противодействовали посредствомъ такого невыгоднаго на него воззрѣнія, серьезно затруднявшаго его примѣненіе. Опроверженіе этого взгляда въ другомъ моемъ сочиненіи ²⁾ вызвало правильный взглядъ на обычное право и въ практикѣ. Судья разсматривающій какой-либо законъ, какъ процессуальный фактъ, не понимаетъ своего призванія; онъ даже унижаетъ его, ставя примѣненіе права въ зависимость отъ случайности процессуальнаго доказательства.

II. ПРИМѢНЕНИЕ ПРАВА.

A. Исключеніе примѣненія частною волею.

§ 110.

Право не можетъ быть измѣняемо волею частныхъ лицъ ³⁾. Однако есть права (законы), примѣненіе которыхъ къ подлежащимъ случаямъ можетъ быть исключено волею частныхъ лицъ, это такъ-называемое *jus dispositivum*. Оно опредѣляетъ случаи своего примѣненія такимъ образомъ, что частная воля можетъ изъять изъ его дѣйствія извѣстное отношеніе, таковъ наприм. для наслѣдованія по закону законъ объ условіи

¹⁾ Ср. Thibaut System. des Pand. R. § 25.

²⁾ Puchta. Das Gewohnheitsrecht. II. стр. 151.

³⁾ L. 38. D. de pactis (2,14): *jus publicum pactis mutari non potest.*
Изъ Пандектъ.

чтобы субъектъ умеръ *intestatus*, для *naturalia negotii*—чтобы между контрагентами ничего опредѣленно условлено не было, и проч.

Ему противопологается такъ-называемое *jus cogens*, опредѣляющее случаи своего примѣненія абсолютно: оно запрещаетъ всякое уклоненіе или исключеніе его примѣненія частною волею, таковъ напр. законъ о формѣ тестамента. Съ этихъ правомъ смѣшивали отиѣну и модификацію закона посредствомъ источника права, каковъ напр. случай когда общее право исключаетъ дѣйствіе мѣстныхъ особенныхъ законовъ. Однако же это вовсе не есть существенное свойство *jus cogens* и можетъ встрѣтиться и при *jus dispositivum* (это заблужденіе произошло отъ смѣшенія обычнаго права съ частною волею).

Указанное подраздѣленіе относится только къ возможности исключенія примѣненія закона частною волею. Отиѣна же закона есть ничто другое. Въ этомъ отношеніи частная воля не имѣетъ значенія.

В. Примѣненіе новаго закона.

§ 111.

[Вопросъ о примѣненіи законовъ можетъ быть поставленъ по поводу различія времени изданія закона и времени, къ которому относится подлежащій обсужденію случай. Принципъ здѣсь слѣдующій]: законъ не имѣетъ никакой силы до своего возникновенія; онъ можетъ быть примѣненъ только къ такимъ случаямъ, которые ко времени его возникновенія еще не существовали, къ *facta futura*, а не къ *facta praeterita*. Этотъ принципъ въ особенности относится къ примѣненію законовъ положительнаго права, которое имѣетъ опредѣленное время возникновенія.

Дѣйствіе закона начинается 1) съ момента публикаціи, съ послѣдняго акта, необходимаго для возникновенія положительнаго закона; 2) съ позднѣйшаго срока, если законодатель допустилъ *vacatio legis*; 3) съ извѣстнаго, предшествующаго публикаціи срока, если законодатель допустилъ обратное дѣйствіе закона: законъ въ этомъ случаѣ долженъ быть примѣняемъ такъ, какъ если бы онъ былъ изданъ въ опредѣленное, предшествующее публикаціи время. Эта обратная сила закона сама собой подразумѣвается, когда вновь изданный законъ есть аутентическая интерпретація прежняго—объяснительный (*declaratoriches*) законъ. Случай, на которые не должна быть про-

стираема обратная сила закона, суть: 1) дѣла, разрѣшенныя преговоромъ суда, или окончившіяся мировой сдѣлкой; 2) дѣла, перенесенныя въ апелляціонную инстанцію, но еще не рѣшенныя. [Обратная сила закона не можетъ здѣсь имѣть никакого примѣненія, потому что апелляціонный судья долженъ разсмотрѣть, правильно ли рѣшилъ дѣло первый судья, а это онъ можетъ сдѣлать только сообразаясь съ существовавшими во время рѣшенія законами, а потому онъ не долженъ примѣнять новаго закона ¹⁾]. Нѣкоторые хотятъ сдѣлать во второмъ случаѣ исключеніе для объяснительныхъ законовъ и допустить примѣненіе ихъ апелляціоннымъ судьей. Но объявленіе новаго закона аутентическою интерпретаціею прежняго есть только молчаливое предписаніе объ обратной его силѣ. Молчаливое же предписаніе объ обратной силѣ закона не можетъ имѣть большаго значенія, нежели ясно выраженное предписаніе, а аутентическая интерпретація есть такой же новый законъ, какъ и всякій другой.

Вопросъ о примѣнимости закона къ извѣстному случаю, или юридическому отношенію, подлежащему обсужденію, зависитъ отъ отношенія времени возникновенія этого случая къ моменту начала дѣйствія закона. Случай долженъ совпадать по времени съ этимъ моментомъ, все равно, будетъ ли это моментъ публикаціи, или предшествующій ей, или слѣдующій за ней моментъ времени. Но примѣненіе можетъ быть сомнительнымъ при сомнительности времени возникновенія того или другаго случая. По какому даннымъ мы узнаемъ время возникновенія юридическаго отношенія, т. е. опредѣляемъ его какъ *factum praeteritum* или *futurum*?

Надобно различать три случая:

1) Фактъ можетъ быть мгновеннымъ, можетъ ограничиться однимъ моментомъ времени. Здѣсь все зависитъ отъ того, предшествуетъ ли этотъ моментъ тому, съ котораго начинается дѣйствіе закона, или же слѣдуетъ за нимъ. Фактъ долженъ обсуждаться по закону, дѣйствовавшему въ моментъ его совершенія. Такимъ фактомъ является заключеніе сдѣлки. Всѣ юридическія условія, касающіяся самаго акта, должны быть обсуждаемы по прежнему праву, дѣйствовавшему въ моментъ образованія, а не по позднѣйшимъ законамъ, хотя бы вопросъ о соблюденіи этихъ условій возникъ позже послѣдствіе того, что сдѣлка будетъ предложена на разсмотрѣніе судьи уже по выходѣ новаго закона.

¹⁾ Nov. 19. р. v, Nov. 118., Nov. 115. с. 1., Nov. 143.

2) Фактъ распредѣляется на цѣлый періодъ времени. Въ этомъ случаѣ онъ считается совершившимся только съ истеченіемъ этого времени, поэтому если начало дѣйствія новаго закона падаетъ въ этотъ промежутокъ времени, то фактъ будетъ не *factum praeteritum*, а *futurum*. Подобными случаями являются давность земская и исковая, бракъ, по отношенію къ вопросу о послѣдствіяхъ длящагося бытія его, а не одного его заключенія. Такимъ образомъ, напр. вопросъ объ условіяхъ дѣйствительности заключенія брака (ибо могутъ существовать также условія дѣйствительности его продолженія) обсуждается по правиламъ указаннымъ въ первой рубрицѣ, то-есть по времени начала брака; юридическія же послѣдствія прекращенія его влѣдствие смерти одного изъ супруговъ обсуждаются по правилу установленному во второй рубрицѣ. То же должно сказать о содержаніи завѣщанія (а не о формѣ его): фактомъ, составляющимъ источникъ права наслѣдованія, является не одно составленіе завѣщанія, но и послѣдующая смерть завѣщателя. Поэтому законъ, вышедшій до его смерти, можетъ измѣнить дѣйствіе самаго завѣщанія, тогда какъ по прежнему закону будутъ обсуждаться условія, относящіяся исключительно къ бытію завѣщанія. Примѣненіе новаго закона къ относящимся сюда случаямъ ограничивается другимъ, не лишеннымъ значенія, принципомъ: *jura quaesita* считаются всегда совершившимися фактами, *facta praeterita*, которые не должны быть стѣснены новымъ закономъ. Поэтому сокращенный давностный срокъ, вводимый новымъ закономъ, не вредитъ истцу (если противоположный этому принципъ прямо не установленъ законодателемъ) потому, что онъ уже приобрѣлъ искъ въ связи съ извѣстною опредѣленною давностью; иначе былъ бы возможенъ негнѣпый результатъ, что искъ оказался бы уже погашеннымъ давностью въ моментъ изданія новаго закона ¹⁾. Но указанное ограниченіе обуславливаютъ только эти *jura quaesita*; гдѣ ихъ нѣтъ,

1) Впрочемъ, если срокъ давности, считая отъ момента публикаціи, уже прошелъ, то нѣтъ препятствія къ примѣненію новаго закона. Давность не есть часть приобретеннаго лицомъ права. Искъ, возникшій послѣ публикаціи (*pacta actio*), подлежитъ дѣйствію новаго закона точно также, какъ и искъ, уже прежде возникшій.

Ни прежне мнѣніе автора, изложенное въ текстѣ, ни новое, — въ этомъ примѣчаніи — не вѣрны безусловно. Новый законъ, сокращающій нововведенную давность, отрицаетъ лишь необходимость, а не достаточность прежняго продолжительнаго срока, а потому его слѣдуетъ примѣнять такимъ образомъ, чтобы 1) требовалось не болѣе полнаго истеченія прежняго срока; 2) но также и не менѣе, или всего стараго, или всего новаго срока, по выбору отъѣтчика, въ послѣднемъ случаѣ безъ зачисленія истекшаго уже времени.

такой законъ принимается вполнѣ, напр. въ случаѣ сокращенія срока земской давности—ко вреду собственника; положимъ, что срокомъ для usucapio прежде было 10 лѣтъ и что новый законъ сократилъ этотъ срокъ на 5 лѣтъ, еще до полного истечения давности; законъ этотъ долженъ быть принимаемъ ко вреду собственника, ибо онъ не имѣетъ никакого права на то, чтобы его вещь была приобретаема давностью только по истеченіи 10 лѣтъ. Впрочемъ подобные случаи могутъ представлять извѣстныя неудобства, которыя должны быть предусмотрены законодателемъ. Судья можетъ здѣсь помочь развѣ только посредствомъ *in integrum restitutio*, если данный случай представляеть къ тому возможность, напр. при сокращеніи давностнаго срока. Принципъ, что приобретенныя права не должны подвергаться никакимъ измѣненіямъ, есть только переносъ указаннаго выше правила о непримѣненіи новаго закона къ *facta praeterita*.

3) Новый законъ выходитъ въ промежутокъ времени между совершеніемъ извѣстнаго факта и наступленіемъ его юридическихъ послѣдствій, такимъ образомъ фактъ обсуждается какъ *factum praeteritum*, а послѣдствія его—какъ *facta futura*. Рѣшеніе вопроса о примѣненіи зависитъ здѣсь отъ того, возможно ли такое самостоятельное, отдѣльное обсужденіе факта отъ его послѣдствій.

а) Если послѣдствія связаны съ фактомъ только посредственно, такъ что существуетъ другое, позднѣйшее непосредственное основаніе ихъ возникновенія, то они подпадаютъ подъ дѣйствіе новаго закона, напр. измѣненіе въ судопроизводствѣ, предписывающее для руководства суда правила для осуществленія обязательствъ древнѣйшихъ и возникшихъ при другихъ процессуальныхъ законахъ; подобные законы вступаютъ тотчасъ же въ дѣйствіе: измѣненіе мѣста, занимаемаго извѣстною претензіею въ конкурсахъ, до открытія послѣдняго, послѣдовательность удовлетворенія такихъ претензій—опредѣляется исключительно по новому закону. Слѣдовательно, если моя претензія, принадлежавшая по прежнему закону ко второму классу, по новому

Напр. 10-лѣтняя давность, по истеченіи 7 лѣтъ, сокращается новымъ закономъ въ 5-лѣтнюю; въ этомъ случаѣ истецъ уже утратилъ свое право нека, если послѣ изданія новаго закона прошло 8 года; въ случаѣ изданія послѣдняго по истеченіи 1 года прежней давности — нека погашается новымъ давностью чрезъ 5 лѣтъ со времени публікаціи закона и чрезъ 6 лѣтъ со времени возникновенія нека; Savigny, System VIII. § 132. Мнѣніе, что здѣсь допускается пропорціональное исчисленіе, или что требуется culpa со стороны истца (Herrmann, Zeitschr. fuer Civl. und Process. II. 3., нов. сер. 1845 года)—лишено внутренняго основанія.

Прим. изд.

будетъ отнесена къ пятому, то я долженъ этому подчиниться, ибо возникновеніе моего права на причисленіе претензіи моей ко второму классу связано съ прежнимъ закономъ только посредственно; дѣйствительнымъ же и непосредственнымъ источникомъ возникновенія этого права является открытіе конкурса. Въ этомъ случаѣ нельзя сказать, чтобы *factum praeteritum* упомянутого перваго факта былъ подчиненъ дѣйствию новаго закона.

b) Если послѣдствія неразрывно связаны съ упомянутымъ фактомъ, такъ что обсужденіе ихъ по новому закону было бы обсужденіемъ по этому же закону и самого факта, то послѣдствія въ такомъ случаѣ сами принимаютъ характеръ чего-то прошедшаго, и примѣненіе новаго закона становится невозможнымъ; напр. когда дареніе, впоследствии запрещенное закономъ, совершается посредствомъ нѣсколькихъ уплатъ, то въ слѣдующій за изданіемъ закона срокъ полученія, дареніе лишь осуществляется и примѣненіе новаго закона на него не имѣетъ мѣста: стипуляція здѣсь была одна, хотя исполненіе ея должно совершиться въ нѣсколько разъ. Признакомъ непримѣнимости новаго закона здѣсь можетъ еще служить то обстоятельство, что примѣненіе новаго закона въ этихъ случаяхъ всегда повлекло бы за собой нарушеніе *jura quaesita*.

Въ германскомъ законодательствѣ хотя мы находимъ нѣсколько рѣшеній, относящихся къ занимающему насъ вопросу, но они, въ виду допущенныхъ аномальностей, не могутъ служить руководствомъ. Напримѣръ, относительно договора о процентахъ ¹⁾ постановлено, что эти договоры должны подлежать дѣйствию новаго закона, если онъ понижаетъ размѣръ процентовъ. Для того, чтобы избѣжать нарушенія *jus quaesitum*, кредиторъ должно быть предоставлено право требовать прежніе вышіе проценты—по день платежа, если онъ самъ не хлопоталъ о пониженіи (напр. при пониженіи процентовъ государственнаго долга). Относительно же закона о приданомъ ²⁾ постановлено наоборотъ, что новый законъ долженъ быть примѣняемъ только къ приданому (*dots*), имѣющему быть отданнымъ въ будущемъ. Это постановленіе германскаго права имѣетъ внутреннее основаніе относительно тѣхъ правъ, которыя уже дѣйствительно возникли вслѣдствіе назначенія приданнаго и которыя отнюдь не должны быть измѣняемы, но не по отношенію къ цѣлому *jus dotale*, такъ какъ оно устанавливаетъ отчасти такіа

¹⁾ L. 27. C. de usur. (1,32).

²⁾ L. un. in. f. C. de rei ux. act. (5,13).

последствія, которыя вытекаютъ лишь изъ дѣйствующа бытія брака и къ которымъ должны быть примѣнены новые законы. Наконецъ есть еще одно аномальное рѣшеніе — относительно содержанія завѣщанія ¹⁾, именно содержаніе это должно быть обсуждаемо по прежнему закону; это правило противно природѣ вещей, ибо содержаніе завѣщанія, въ моментъ составленія послѣдняго, не есть еще совершившійся фактъ.

С. Лица, въ которыхъ примѣняется право.

§ 112.

Примѣненіе закона къ лицу опредѣляется:

1) территоріею, на которой дѣйствуетъ право и отношеніемъ къ ней самого лица. Въ этихъ словахъ заключаются два правила: а) Примѣненіе права ограничивается извѣстною территоріею; областью примѣненія закона представляются для общаго права (*gemeines Recht*) — вся Германія, для земскаго права (*Landesrecht*) — извѣстная страна (*Land*), для прочихъ мѣстныхъ правъ — провинція, край, мѣстечко. б) Право распространяется на всѣхъ лицъ, состоящихъ въ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ на данной территоріи; причемъ нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы лицо имѣло на территоріи постоянное *domicilium*, а достаточно простаго мѣстопробыванія, т. е. распространяется на туземцевъ и иностранцевъ. Этотъ принципъ, называемый *принципомъ территоріальности* — въ настоящее время является господствующимъ. Въ средніе вѣка этотъ принципъ замѣнялся личнымъ. Принадлежность къ подданному извѣстнаго государства, или въ частныхъ правахъ — происхождение, принадлежность къ извѣстной національности подчиняло себя также и гражданскія права, безъ различія мѣстопробыванія лица.

2) Примѣненіе нѣкоторыхъ законовъ, въ видѣ исключенія, опредѣляется личными качествами, благодаря которымъ лицо принадлежитъ къ извѣстному кругу лицъ, для котораго исключительно назначено право — *jus speciale*, напр. для дворянъ, женщинъ, купцовъ.

3) Гражданское право, если только оно не относится къ области *jus speciale*, примѣняется ко всѣмъ частнымъ лицамъ, вообще, даже и къ представителю верховной власти (*Regent*), насколько онъ состоитъ въ имущественно-гражданскихъ отно-

¹⁾ Nov. 66. с. 1. § 4. 5.

шеніяхъ: имѣть собственность, вступаетъ въ обязательства и пр. Вопросъ этотъ разрѣшается такимъ образомъ во многихъ мѣстахъ кодекса Юстиніана. Повидимому этому противорѣчитъ L. 31. D. de leg. ¹⁾). Но здѣсь юристъ имѣлъ въ виду диспенсацію главы государства отъ извѣстныхъ законовъ, предоставляемую посредствомъ *lex de imperio*, напр. свободу отъ *lex Julia et Papia*. Въ Юстиніановскомъ правѣ диспенсація должна относиться, конечно, не къ одному этому специальному закону, но къ другимъ гражданскимъ, карательнымъ законамъ подобнаго рода. Компиляторы, вѣроятно, кромѣ того имѣли цѣлью констатировать этимъ другія подобныя рѣшенія и представить ихъ, какъ особенно достойный актъ правосудія.

В. Принятіе правъ различныхъ территорій.

§ 113.

Принципъ территоріальности можетъ служить поводомъ къ различнымъ столкновеніямъ правъ нѣсколькихъ территорій. Слѣдующіе принципы могутъ придти въ коллизію: 1) право дѣйствуетъ внутри, а не внѣ извѣстной области; 2) лица, состоящія въ продолжительныхъ или временныхъ отношеніяхъ къ этой области, судятся по ея законамъ. Можетъ случиться, что оба эти принципа на практикѣ другъ друга исключаютъ. Лицо можетъ а) состоять по подсудности въ извѣстной области и потому судиться по праву мѣстнаго суда; этотъ случай совпадаетъ съ первымъ принципомъ. Но оно б) можетъ также имѣть *domicilium* въ другой странѣ; въ этомъ случаѣ есть уже коллизія, если права обѣихъ странъ различны, и кромѣ того с) имѣть мѣстопребываніе гдѣ-нибудь въ третьей странѣ; здѣсь будетъ коллизія права этой страны съ первыми двумя; d) въ четвертой странѣ лицо можетъ имѣть поземельную собственность; въ этомъ случаѣ возможна коллизія четырехъ правъ; e) въ пятой странѣ лицо могло заключить контрактъ, по которому оно является истцомъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ возможна коллизія пяти правъ: права области, гдѣ находится судебное мѣсто, права дѣйствующаго въ мѣстѣ—жительства лица, права, дѣйствующаго въ его мѣстопребываніи, права мѣстонахожденія поземельной собственности и права мѣстосовершенія

¹⁾ L. 31 D. de legibus (1,3): *Princeps legibus solutus est, Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.*

контракта. Обыкновенною въ прѣжнее время теорію, съ которою необходимо познакомиться ради введенныхъ ею техническихъ выраженій ¹⁾, была слѣдующая: 1) Права, касающіеся личности, обсуждаются по праву, дѣйствующему въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится *domicilium* лица (*statuta personalia*); 2) вещныя права—по законамъ того мѣста, гдѣ вещь находится (*statuta realia*) и 3) всѣ прочія права обсуждаются по законамъ того мѣста, въ которомъ совершена сдѣлка, ихъ обосновывающая. Эта теорія не можетъ быть признана удовлетворительною какъ по неопредѣленности понятій, лежащихъ въ ея основаніи, такъ и потому, что она не обнимаетъ всѣхъ относящихся сюда случаевъ. Вехтеръ ¹⁾ принимаетъ за основной принципъ предполагаемую волю законодателя; взглядъ этотъ также не ведетъ къ вѣрному разрѣшенію вопроса. Общій недостатокъ всѣхъ предшествовавшихъ теорій заключается въ томъ, что онѣ не различаютъ примѣненія права одного и того же государства отъ примѣненія права другихъ государствъ ²⁾.

Важнѣйшимъ принципомъ долженъ считаться указанный выше въ 1-й рубричкѣ: онъ есть непосредственное выраженіе принципа территориальнаго примѣненія права. Отсюда слѣдуетъ правило, что всякій судъ долженъ примѣнять право своей области. Слѣдовательно, судья долженъ, при рѣшеніи подлежащихъ его разбирательству тяжбъ, примѣнять право своего, а не другихъ государствъ, не обращая вниманія на подданство тяжущихся. Это правило допускаетъ два исключенія:

¹⁾ Изъ Пандектъ.

¹⁾ *Archiv fuer. civ. Praxis* XXIV. 1841. стр. 230—311, XXV. 1842. стр. 1—60, 161—200, 361—419.

²⁾ Этому различію препятствуютъ слѣдующія основанія: 1) Вопросъ, изъ какого закона должно быть почерпнуто рѣшеніе дѣла, относится къ интерпретаціи законовъ; 2) поэтому надобно изслѣдовать дѣйствительно ли иѣтннй государственный законъ опредѣляетъ исключительнымъ образомъ извѣстное юридическое отношеніе, и 3) такое изслѣдованіе, по общему правилу, приводитъ къ отрицательному результату, такъ какъ права различныхъ государствъ, въ силу современныхъ международныхъ отношеній отстраняются, такъ сказать, слѣются во едино. Губеръ, въ сочиненіи *De conflictu legum* (*praelect. ad Pand. I. 3. §. 2*), хотя и исходитъ отъ положеній, указанныхъ подъ 1 и 2 рубриками, но третьимъ принципомъ полагаетъ: *rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercitata teneant ubique suam vim, изъ чего онъ исключаетъ quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque praejudicetur—quia, sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commercio et usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res certo jure validae, mox alibi diversitate juris infirmarentur*. Основное положеніе, вырешенное во 2-й рубричкѣ, и ограничиваемое авторомъ особенными иѣтннми правами одного и того же государства, примѣнимо потому и между различными государствами.

Прим. изд.

1) Если иностранецъ приобрѣлъ какое-либо право по законамъ своего государства, прежде нежели къ нему могло быть примѣнено право страны, въ которой онъ избралъ мѣстопробываніе, то это право должно быть здѣсь признано уже какъ совершившійся фактъ. Иначе пришлось бы предположить, что иностранецъ до означеннаго момента набранія новаго мѣстопробыванія былъ безправнымъ, что въ наше время было бы абсурдомъ, напр. иностранецъ по праву своего государства сдѣлался собственникомъ какой-либо вещи, въ нашемъ государствѣ вещь вышла изъ его владѣнія; онъ виндицируетъ вещь и долженъ доказать, что приобрѣлъ право собственности по праву своего государства (требуется ли по послѣднему праву для этого болѣе условій, нежели по найму, или менѣе—все равно). Но при этомъ необходимо предполагается, чтобы правомъ даннаго государства вообще признавалась законность той юридической власти надъ вещью, которую осуществляетъ иностранецъ; въ противномъ случаѣ судья не долженъ принимать иска. Еслибы, напр. плантаторъ изъ французской, или испанской колоніи, или же сѣверо-американецъ явился въ Германію съ негромъ рабомъ, то германскій судья не могъ бы защищать его право собственности на негра.

2) Форма юридической сдѣлки считается дѣйствительною, если она соотвѣтствуетъ праву мѣста ея совершенія, все-равно—былъ ли контрагентъ туземцемъ въ томъ мѣстѣ или нѣтъ: *locus regit actum*. Но это правило относится только къ формѣ сдѣлокъ. При его примѣненіи возникнетъ вопросъ: какъ разсматривать сдѣлку, которая по праву мѣста-совершенія ея не дѣйствительна, а по праву мѣста—нахожденія контрагента вполне формальна? Она считается въ этомъ случаѣ законною, ибо нѣтъ необходимости совершать юридическую сдѣлку по мѣстному праву. Этотъ случай составляетъ положительное исключеніе, не основанное, подобно первому, на внутренней необходимости. Поэтому, въ случаяхъ, гдѣ этого не требуетъ справедливое охраненіе сдѣлки, должно держаться основнаго правила.

Напротивъ, если дѣло идетъ о различныхъ мѣстныхъ правахъ одного и того же государства, то нѣтъ необходимости строго держаться принципа обязательности для судьи права его области. Ибо существованіе въ государствѣ многихъ судовъ, а не одного для цѣлаго государства, есть только особая форма судоустройства не находящаяся ни въ какой связи съ различіемъ правъ (другое дѣло—спеціальные суды по нѣкоторымъ отраслямъ права, напр. по ленному, торговому праву). Это видно изъ того, что всѣ отдѣльные суды соединяются въ одномъ высшемъ, для котораго они служатъ только ступенями. Слѣ-

довательно здѣсь необходимо держаться другаго принципа, который слѣдуетъ искать въ основаніяхъ подчиненія лица извѣстному праву. Этихъ основаній четыре: мѣсто жительства (*domicilium*), мѣстопребываніе (*Aufenthalt*), поземельная собственность и совершеніе сдѣлки. Первая основа должна быть признана важнѣйшею: мѣстожительство совершенно и всецѣло подчиняетъ лицо извѣстному праву, а потому оно и должно имѣть рѣшительное значеніе.

Итакъ мы имѣемъ слѣдующее правило: юридическія отношенія лица должны обсуждаться по праву его мѣстожительства. Но можетъ встрѣтиться стеченіе нѣсколькихъ мѣстожительствъ, при томъ или

1) одновременно; при чемъ обсужденію подлежатъ: а) либо юридическія отношенія между многими лицами, имѣющими различныя мѣстожительства; здѣсь, въ случаѣ невозможности разрѣшить вопросъ по отношенію къ одному лицу иначе, чѣмъ по отношенію къ другимъ лицамъ, — юридическія отношенія обсуждаются по праву мѣстожительства обязаннаго лица; при преемствѣ по мѣстожительству автатора; б) либо отношенія одного и того же лица, — въ этомъ случаѣ примѣняется право того мѣстожительства, съ которымъ связано разсматриваемое юридическое отношеніе (таковъ напр. случай, когда купецъ имѣетъ два торговыхъ заведенія въ различныхъ городахъ).

2) Или послѣдовательно, напр. при перемѣнѣ мѣстожительства. Случай, когда лицо, достигшее совершеннолѣтія въ своемъ прежнемъ мѣстѣ жительства, попадаетъ въ провинцію, гдѣ требуется большій возрастъ, или на оборотъ, — долженъ быть разрѣшенъ точно такъ же какъ случай Консолинта двухъ законовъ, опредѣляющихъ различныя сроки. Права пріобрѣтенныя уже не измѣняются; но право новаго мѣстожительства примѣняется, если фактъ, служащій основаніемъ юридическаго требованія хотя и начался въ первоначальномъ мѣстожительствѣ но еще не окончился; напр. право наслѣдованія супруговъ должно быть обсуждаемо по законамъ того мѣстожительства, въ которомъ бракъ прекратился, ибо право на наслѣдованіе пріобрѣтается только со смертію; уже возникшее *jus dotale* или общность имущества между супругами (не обусловленная особымъ контрактомъ), не измѣняются вслѣдствіе перемѣны мѣстожительства супруговъ, если только эти отношенія между ними уже установились, потому что они суть *jura quaesita*.

Исключенія изъ принципа мѣстожительства существуютъ

1) Для правъ на недвижимость, обсуждаемыхъ всегда по законамъ той мѣстности, гдѣ находится самая недвижимая собственность (*statuta realia*).

2) Для юридических сделок — разрешаемых по законам, действующим на мѣстѣ совершенія сделки, *locus regit actum*. Это правило имѣетъ безусловное и рѣшительное примѣненіе только по отношенію къ формѣ сделокъ. Оно соблюдается и по отношенію къ содержанію сделокъ но лишь въ томъ случаѣ, когда онѣ имѣютъ мѣстное значеніе, т. е. когда обязательство, составляющее предметъ сделки, должно быть исполнено въ томъ же мѣстѣ, гдѣ совершена самая сделка.

КНИГА IV.

ПРАВА НА СОБСТВЕННУЮ ЛИЧНОСТЬ.

ГЛАВА I.

ПРАВО ЛИЧНОСТИ.

I. Возникновение.

§ 114.

Личность, правоспособность, возможность имѣть права—какъ свойство субъекта, служитъ условіемъ всякаго права. Личность проявляется въ приобрѣтеніи правъ на вѣщныя предметы: кто признаетъ меня собратомъ, тотъ признаетъ меня лицомъ. Но въ самомъ субъектѣ, даже при его бездѣятельности, заключается право, власть быть лицомъ, право на собственную личность. Возможность имѣть права сама по себѣ есть уже нѣчто дѣйствительное, есть власть, даже прежде ея осуществленія въ другихъ правахъ. Это право личности можетъ быть признано только за человекомъ, ради котораго и существуютъ права. Юридическія лица суть только фикціи, придуманныя съ цѣлью созданія субъекта для извѣстныхъ правъ. Они существуютъ для правъ, а не права для нихъ. Юридическое лицо безъ дѣйствительнаго имущества для насъ не мыслимо; независимо отъ него оно не существуетъ, а потому и не имѣетъ самостоятельнаго права личности; поэтому, напр. честь юридическаго лица—не юридическое понятіе; обида (*injuria*) по отношенію къ нему не мыслима; она возможна только относительно его представителей.

Люди суть лица, а потому право личности является одновременно съ возникновеніемъ человѣческаго индивидуума ¹⁾. Для этого требуется

1) Рожденіе. Личность начинается только съ появленіемъ извѣстнаго самостоятельнаго индивидуума. Находящійся въ утробѣ (*in utero*) есть часть матери. Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда это клонится къ выгодѣ младенца, допускается фикція его рожденія, если онъ уже зачатъ и уже существуетъ *in rerum natura*, однако всегда подъ условіемъ послѣдующаго дѣйствительнаго рожденія.

2) Рожденіе *живаго* существа. Въ случаѣ рожденія мертваго ребенка личности никогда не существовало.

3) Рожденіе *жизнеспособнаго* существа. Жизнеспособность (*Vitalitas*)—есть такое тѣлесное развитіе и зрѣлость, при которомъ возможно отдѣльное существованіе младенца отъ матери, хотя бы онъ тотъ же часъ послѣ рожденія умеръ отъ какой-либо другой причины. При рожденіи живаго ребенка—жизнеспособность всегда предполагается; утверждающій противное обязанъ доказать это. Жизнеспособность, какъ условіе личности, не всѣми признавалась необходимою для возникновенія лица. Недоразумѣніе произошло вслѣдствіе того, что два вопроса, сюда относящіеся, не были достаточно ясно разграничены; такъ, нѣкоторые прежніе юристы условіемъ жизнеспособности младенца поставляли рожденіе его на седьмой мѣсяцъ по заключеніи брака; эти два условія вполне самостоятельны, такъ какъ оба основаны на внутренней необходимости. Незрѣлое дитя, въ случаѣ ранняго рожденія и неспособности къ самостоятельному существованію, есть еще простой зародышъ (*embrio*); рожденія, въ собственномъ смыслѣ слова, не произошло, а было только ненормальное отдѣленіе плода отъ матери, иначе слѣдовало бы считать рожденіемъ и выкидышъ на первомъ мѣсяцѣ беременности; такое неправильное рожденіе, выкидышъ (*abortus*), рав-

¹⁾ Это мнѣніе автора, хотя и представляется господствующимъ, должно быть однако признано неутвержденнымъ и непоследовательнымъ (см. §. 22). Рожденіе есть возникновеніе человѣческой индивидуальности, свойства *homo*, *pubillus* и т. д., а не личности—какъ средоточія права и имущества, которая скорѣе обуславливается понятіемъ *status*;—а потому на рожденіе обращается вниманіе въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рожденному не достаетъ самой низшей степени личности, L. 9. §. 1. D. ad l. Falc. (35,2.): *Circa ventrem ancillae partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur; tamen debet sciri et o filiisfamilias*, L. 12. D. de lib. et post. (28,2.). Напротивъ личность, подъ неизмѣннымъ условіемъ *status'a*, признается таковою еще до рожденія, L. 3. D. si pars (5,4.): *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent*, L. 26. D. de statu hom (1,5). *Прим. над.*

носьяно по послѣдствіямъ съ рожденіемъ мертвѣго младенца ¹⁾. L. 12. §. 1. D. de lib. et post. ²⁾ говорить не о жизнеспособности, но о поврежденіяхъ младенца при рожденіи.

4) Рожденіе *человѣческаго* существа. Уродъ, *monstrum*, не есть лицо [уродомъ не считается *prodigium* т. е. челоѣческое существо, отличающееся не совсѣмъ правильной конструкціей] Въ римскомъ правѣ было предписаніе принимать въ расчетъ рожденіе и такихъ существъ—относительно выгодъ, которыя съ этимъ связывались для матери; предписаніе это не составляетъ исключенія изъ только что указаннаго принципа. Обыкновенно говорятъ, что рѣшительное значеніе въ случаѣ сомнѣнія должна имѣть голова, согласно L. 44. D. de relig. (11,7), такъ какъ голова есть главная часть челоѣческаго тѣла—*inde cognoscitur*;—съ точки зрѣнія гражданскаго права едвали это практично; у истиннаго *monstrum* не можетъ быть и жизнеспособности.

II. Превращеніе.

§ 115.

Единственнымъ способомъ прекращенія личности, по общему праву, считается физическая смерть ³⁾. Это право не знаетъ такъ называемой гражданской смерти ⁴⁾.

1) L. 2 C. eod.: uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidētissimū est. Изъ Пандектъ.

2) L. 12. §. 1. D. de lib. et post. (28,2): Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

3) Смерть превращаетъ челоѣческое существованіе и этикъ разрушаетъ дѣеспособность, владѣніе, естественныя отношенія его и проч; напротивъ абстрактная личность—имущественное единство—такъ же мало можетъ быть разрушена естественнымъ событіемъ, какъ и наоборотъ естественное отношеніе можетъ быть прекращено гражданскою *capitis deminutio*, L. 8. D. de cap. min. (4,5). Только въ тѣхъ случаяхъ это имущественное единство, какъ напр. *hereditas*, не можетъ продолжать существовать, гдѣ не достаетъ *status'a* т. е. необходимаго условія личности; напр. у *filiiusfamilias*, L. 20. §. 10. D. de H. P. (5,3), L. 18. pr. D. de stip. serv. (45,3.). Авторъ самъ въ другомъ мѣстѣ, § 47 и 447, такъ ясно выставляетъ личность въ *hereditas*, что его непослѣдовательность бросается въ этомъ мѣстѣ въ глаза еще болѣе, чѣмъ когда онъ говоритъ о рожденіи—§ 114. *Прим. изд.*

4) Ученіе о перемѣнѣ личности вслѣдствіе *capitis deminutio* устарѣло для нынѣшняго права, пережива она не можетъ считаться гражданскою смертію, т. е. единцею *экической* смерти еще живущаго лица, ибо слѣдствіемъ *экической* смерти было бы наследствіе, которое не имѣло мѣста при *capitis*

Смерть человека должна быть доказана тѣмъ лицомъ, которое основывается на ней свои требованія. Можетъ случиться, что ни жизнь, ни смерть не могутъ быть констатированы какимъ бы то ни было образомъ; это бываетъ въ случаяхъ такъ называемаго безвѣстнаго отсутствія (*Verschollenheit*). Оно естественно предполагаетъ отсутствіе, но не всякое отсутствіе есть безвѣстное. Практика ввела для признанія такого отсутствія судебное объявленіе о смерти, т. е. презумцію, которая однако должна быть выражена судебнымъ декретомъ; при этомъ возрастъ лица безвѣстно отсутствующаго долженъ быть болѣе 70 лѣтъ, или, при наступившемъ позднѣе безвѣстномъ отсутствіи, болѣе 80 лѣтъ; если безвѣстное отсутствіе лица началось уже послѣ достиженія имъ 80 лѣтняго возраста, то для признанія его умершимъ требуется истеченіе полныхъ 5 лѣтъ.

Определеніе времени смерти можетъ имѣть очень важное значеніе и возбуждало многіе споры между учеными юристами ¹⁾. Моментомъ предполагаемой смерти считали: 1) моментъ начала безвѣстнаго отсутствія (Пуендорфъ и древнѣйшіе, указываемые имъ юристы-практики); 2) моментъ достиженія возраста, дающаго право объявить лицо умершимъ, (Глюкъ, Heise, Kropp и Савиньи, System II. § 73), и 3) моментъ судебного объявленія о смерти лица (Фихторнъ, Вангеровъ). Разрѣшеніе вопроса зависитъ отъ того, какое значеніе будетъ признано за декретомъ.— конститутивное или декларативное. Въ первомъ случаѣ рѣшающимъ началомъ является время изданія декрета. Но мы не вправѣ, безъ внѣшнихъ основаній—безъ положительнаго закона,—придавать такое высшее значеніе декрету и слѣдовательно *in dubio* обязаны признать низшее значеніе его, т. е. декларативное. А потому рѣшать вопросъ должно или по началу безвѣстнаго отсутствія, или по времени достиженія установленнаго возраста. Но первое начало представляется только однимъ условіемъ, при томъ предварительнымъ. Презумція состоитъ въ томъ, что человекъ, находясь въ безвѣстномъ отсутствіи, не пережилъ извѣстнаго возраста, а потому слѣдуетъ признать, что вопросъ о времени смерти разрѣшается по времени достиженія установленнаго возраста ²⁾. Необходимо при этомъ замѣтить,

deminutio. Обратное этому положеніе находимъ и у Гая III §. 153. и въ L. 63. § 10. D. pro soc. (17,2), изъ которыхъ обыкновенно выводятъ представленіе гражданской смерти напр. Sheurl, Beitrage, § 287. *Прим. изд.*

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Вызовъ посредствомъ эдикта (*Edictalcitation*), необходимый для признанія лица безвѣстно отсутствующимъ, имѣетъ двоякую цѣль: 1) замѣнить предполагаемое время смерти дѣйствительнымъ, 2) открыть ближайшихъ

что мѣстныя права, разрѣшая этотъ вопросъ, отличаются большими или меньшими отступленіями отъ общаго права, частью допуская болѣе раннее признаніе смерти лица, частью ограничивая послѣдствія такого признанія.

Фактъ смерти можетъ быть несомнѣнно извѣстенъ, но самое время смерти оставаться неизвѣстнымъ. При этомъ извѣстныя юридическія послѣдствія смерти могутъ зависѣть отъ того, въ какомъ отношеніи по времени смерть даннаго лица стоитъ къ другому событію, именно къ смерти другихъ лицъ, время которой можетъ быть извѣстно или неизвѣстно. Напр. въ случаѣ одновременной смерти отца и сына—при наслѣдствѣ со стороны матери, или же дарителя и одареннаго—при *donatio mortis causa*, *donatio inter virum et uxorem*.

Лицо, основывающее извѣстныя требованія на чьей-либо смерти, должно доказать моментъ самой смерти и поэтому, въ случаѣ если онъ не приведетъ надлежащаго доказательства, остается безъ удовлетворенія. Поэтому рѣшеніе вопроса о правахъ, обусловливаемыхъ смертью лица, будетъ зависѣть отъ обязанности представленія доказательствъ. При дареніи, которое завершается или упрочивается смертью дарителя, наслѣдникъ послѣдняго, требующій возвращенія дара, долженъ будетъ приводить доказательства, и въ случаѣ неуспѣшности даръ останется дѣйствительнымъ (Не то бываетъ при обѣщаніи подарить).

Если болѣе ранняя смерть одного изъ многихъ лицъ ставится условіемъ какого-нибудь завѣщательнаго распоряженія, *fidemcommissa*, напр. *si sine liberis decesserit heres* или какой-либо *substitutio pupillaris* по отношенію къ тому изъ двухъ состоящихъ подъ опекою несовершеннолѣтнихъ, кто умретъ послѣднимъ, и всѣ эти лица погибнуть отъ общаго несчастія, то условіе должно считать исполненнымъ, согласно правилу, что если при завѣщательныхъ актахъ одно изъ назначенныхъ условій остается *in ambiguo*, то должно считать условіе исполненнымъ. Такая снисходительность не допускается только въ случаѣ коллизіи означенныхъ наслѣдственныхъ правъ съ правомъ, принадлежащимъ матери.

наслѣдниковъ. Если удастся и то и другое, то презумція должна уступить обнаруженной истинѣ. При неудачѣ дѣло останавливается на предположеніи, что безвѣстно отсутствующій не жилъ долѣе 70 лѣтъ, и если при этомъ нѣтъ доказательства болѣе ранней или болѣе поздней смерти его, то рѣшающимъ началомъ является возрастъ. Что безвѣстное отсутствіе, какъ простое предварительное предположеніе, не можетъ быть рѣшающимъ началомъ - это доказалъ Брунсъ пріемами изъ старой практики. *Прим. изд.*

Сверхъ того, есть еще презумція, заставляющая доказательство. Если родители и дѣти погибли отъ общей причины, то предполагается, что несовершеннолѣтнія дѣти умерли прежде родителей, а совершеннолѣтнія послѣ нихъ. Нѣкоторые ученые неосновательно настаивали на распространеніи этой презумціи.

III. Уменьшеніе.

A. Status и capitis deminutio.

§ 116 ¹⁾

Римское право ставитъ положеніе лица въ правѣ, отъ котораго зависитъ его личность. status hominum, jus personarum, въ зависимость отъ трехъ условій: 1) libertas, обуславливающую дѣленіе людей на свободныхъ и рабовъ, 2) civitas, подраздѣляющую свободныхъ людей на cives, latini et peregrini, и 3) familia, благодаря которому, граждане бываютъ или sui juris или alieno juri subjecti (in potestate, manu, mancipio). Изъ этихъ трехъ условій, второе (вмѣстѣ съ соответствующимъ ему подраздѣленіемъ) въ юстиніановскомъ правѣ вовсе утратило свое значеніе, а третье, вслѣдствіе уничтоженія manus и mancipium, ограничено настолько, что соответствующее ему раздѣленіе было сведено къ простому различію между patresfamilias и filiifamilias. Умаленіе правоспособности, заключающее въ себѣ измѣненіе status'a (prioris status permutatio), называется capitis deminutio и бываетъ трехъ родовъ: 1) maxima, когда лицомъ утрачивается свобода, а вмѣстѣ съ ней и остальные два условія правоспособности, послѣдствіемъ чего является не простое умаленіе, но полное уничтоженіе личности, полная юридическая нуллификація челоуѣка; 2) media, — когда утрачивается право римскаго гражданства и вмѣстѣ съ тѣмъ третье условіе правоспособности, и наконецъ 3) minima, — когда измѣняются семейственные отношенія и теряются права гражданскаго родства (Agnationsrechte). Все это ученіе, утратившее еще въ юстиніановскомъ правѣ свою внутреннюю связь и являющееся въ немъ отдѣльными отрывками и замѣтками, лишеннымъ практическаго содержанія, тѣмъ болѣе устарѣло для новѣйшаго права. Примѣненіе же римской терминологіи о status и capitis deminutio къ юридическимъ отношеніямъ настоящаго времени могло бы имѣть своимъ единственнымъ послѣдствіемъ затемненіе того и другаго и неминуемую путаницу.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

В. Степени личности по нынѣдѣйствующему праву.

§§ 117. ¹⁾

Личность въ дѣйствующемъ гражданскомъ правѣ имѣетъ двойное направленіе: 1) на всеобщія, не предполагающія особаго сословія (Stand) права; къ нимъ относятся все права, основанныя на римскомъ правѣ, и 2) на сословныя права (Standesrechte), предполагающія принадлежность лица къ какому-либо сословію, имѣющему особую правовую сферу. Права первого рода обуславливаются общею или гражданскою правоспособностью, являющеюся въ тоже время основою общей гражданской чести (§§ 119), права второго рода—особенною или сословною правоспособностью, которой соответствуетъ и особая сословная честь; эта послѣдняя и права ею обуславливаемые не входятъ въ область обыкновеннаго гражданскаго права. Общія же правоспособность содержитъ въ себѣ двѣ главныя ступени: 1) право *личности вообще*, которое не можетъ быть вполнѣ уничтожено никакимъ слобомъ, кромѣ естественной смерти (§§ 115), но можетъ быть значительно уменьшено вслѣдствіе умаленія чести (§§ 119) и 2) право *самостоятельной личности*, которое можетъ быть уничтожено вслѣдствіе подчиненія субъекта его отеческой власти.

§ 118.

Еще въ нынѣдѣйствующемъ правѣ существуетъ гражданско-правовая власть одного лица надъ другими, имѣющая ограничивающее вліяніе на правоспособность подвластнаго лица, это отеческая власть. обуславливающая, какъ сказано выше, различіе между *paterfamilias* и *filiusfamilias*, — различіе двухъ ступеней права личности: права личности вообще и права самостоятельной личности. Послѣдней вѣтъ у *filiusfamilias*. Здѣсь мы укажемъ въ чемъ именно состоятъ ограниченія сына, находящагося подъ отеческою властью.

1) Ограниченіе это относится къ области гражданскаго права и потому не дѣйствуетъ непосредственно на право государственное, публичное. Таковъ смыслъ постановленій римскаго права ²⁾, которое въ основу разсматриваемаго семейственнаго

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 9. D. de his qui sui vel alieni juris sunt (1,6). Срав. Прил. IX.

отношенія владеть только гражданско-правовое значеніе. Но семейство, безъ сомнѣнія, имѣетъ также и публичное, государственное значеніе, а потому нельзя не оправдать того вліянія, которое оказываетъ иногда это гражданско-правое ограниченіе на область государственнаго права. Семейство принадлежитъ къ основамъ государственнаго благосостоянія; есправедливость требуетъ, чтобы то лицо, которое не достигло еще самостоятельности въ семействѣ, не было бы въ государственномъ отношеніи равноправно съ вполне самостоятельнымъ гражданиномъ.

2) Ограниченіе это имѣетъ своею основною имущественно-правовое значеніе отеческой власти, поэтому оно не распространяется на чисто семейственныя права, каковы — бракъ, родительскій союзъ и родство.

3) Въ основѣ ограниченія лежитъ слѣдующій принципъ: сынъ пріобрѣтаетъ для отца, а самъ не способенъ имѣть самостоятельнаго имущества. Проще было опредѣленіе древнѣйшаго римскаго права, признававшее каждому *filiusfamilias* прямо неспособнымъ имѣть имущество. По новѣйшему праву *filiusfamilias* способенъ обладать имущественными правами, но неспособенъ распоряжаться ими: права эти изъяты изъ его самостоятельнаго распоряженія—вслѣдствіе власти отца распоряжать и пользоваться ими. Это ограниченіе имѣло своимъ результатомъ то, что по отношенію къ подвластному сыну сохранили свою силу всѣ тѣ ограниченія его правоспособности, которыя прежде существовали и которыя можно признать слѣдствіями новаго принципа, а это бываетъ въ большинствѣ случаевъ.

Изъ вышеуказаннаго принципа вытекаетъ невозможность сказать, что подвластный сынъ неспособенъ имѣть имущественныя права. Напротивъ, должно признать обратное правило, съ тѣмъ однако ограниченіемъ, что способность подвластнаго сына имѣть права парализуется тѣмъ, что недостатокъ самостоятельнаго имущества ¹⁾ препятствуетъ ея осуществленію.

Укажемъ въ частности нѣкоторыя права подвластныхъ сыновей съ ихъ ограниченіями.

1) Сынъ, находящійся подъ властью, хотя и имѣетъ *testamentifactio*, но не можетъ самъ составить завѣщанія.

2) *Filiusfamilias* можетъ вступать въ обязательства посредствомъ договоровъ и преступленій, такъ какъ долги не

¹⁾ Авторъ бесспорно разумѣетъ здѣсь недостатокъ самостоятельнаго права распоряженія, какъ онъ, по удостовѣренію *Parbá's cit.* стр. 48, действительно выразился во время лекціи. Впрочемъ можно понять и употребленное здѣсь выраженіе, если сдѣлать особенное удареніе на словъ „самостоятельное“.

Прим. изд.

предполагають активнаго имущества, тѣмъ менѣе имущества самостоятельнаго. Особыми исключеніями изъ этого правила являются: а) *S. C. Macedonianum*. Исторія этого закона вѣроятно слѣдующая. Для того, чтобы сдѣлать кого-либо должникомъ по займу, необходимо было перенести на него право собственности. Слѣдовательно сыновья, находящіеся подъ отеческою властью, собственно не могли совершать займовъ. Такое ограниченіе показалось тягостнымъ и его устранили на томъ основаніи, что заемъ относится къ области *jus gentium*, а *patria potestas* къ *jus civile*. Но впоследствіи обнаружился пагубный послѣдствіи отъѣны означеннаго ограниченія, устранить которыя и должно было *S. C. Macedonianum*. б) *Pollicitatio* сына не дѣйствительно безъ согласія отца. Обязательство, возникающее изъ *pollicitatio*, есть совершенно исключительный институтъ, распространеніе котораго на сыновей, находящихся подъ властью, было бы неосновательно и несправедливо.

3) Подвластный сынъ можетъ явиться на судъ въ качествѣ отвѣтчика, поэтому къ нему можетъ быть предъявленъ искъ. Приведеніе рѣшенія въ исполненіе, конечно, предполагаетъ самостоятельное имущество. Во всякомъ случаѣ оно возможно по выходѣ его изъ подъ отеческой власти. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ за сына отвѣчаетъ отецъ. (См. § 277).

4) По древнему праву *filiusfamilias* могъ приобрѣтать только въ качествѣ представителя отца; по новѣйшему же праву онъ приобрѣтаетъ для себя (исключая приобрѣтенія отъ отца), но отцу обыкновенно принадлежитъ право пользованія и управленія имуществомъ сына.

5) Истцомъ онъ можетъ явиться на судъ въ качествѣ повѣреннаго (*procurator*). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, именно когда отцу угрожаютъ значительные убытки, или дальнѣйшее и крайне пагубное нарушеніе его правъ, онъ, въ отсутствіе отца и безъ особаго порученія, допускается къ судоговоренію въ качествѣ его презумптивнаго представителя. Самъ отъ себя онъ не можетъ искать на судъ потому, что по древнему праву онъ не имѣлъ активнаго имущества, иски же предполагають имущественныя права; а по новѣйшему праву—оттого, что онъ не имѣетъ права управленія (*Verwaltung*), предъявленіе же иска есть актъ управленія.

Отсюда вытекаетъ исключеніе для исковъ, не имѣющихъ имущественнаго характера, каковы *actio injuriarum* и аналогическіе ему иски, напр. *querela inofficiosi testamenti*. Кромѣ того исключается еще искъ дочери, находящейся подъ властью (*filiafamilias*), о приданомъ, если отецъ самъ не можетъ или не хочетъ предъявить его. Далѣе исключаются *actio depositi* и

commodati, если *filiusfamilias* самъ отдалъ вещи въ поклажу или въ ссуду—покрайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда въ сдѣлкахъ этого рода не были замѣшаны интересы отца. Въ этихъ случаяхъ сыну предоставлялись по древнѣйшему праву *in factum actiones*, потому что въ нихъ истецъ положительно не приписывалъ себѣ какого-либо права ¹⁾. Въ юстиниановомъ правѣ такого рода постановленіе имѣло бы смыслъ въ томъ случаѣ, еслибы имъ выражалось, что всѣ иски, называемые *in factum*, могутъ быть вчинаемы сыномъ, находящимся подъ властью. Но это невозможно, а потому и самое названіе исковъ лишено въ новѣйшемъ правѣ всякаго значенія.

Изъятіе изъ общаго правила, сдѣланное для всеобщихъ исковъ, *actiones populares*, даже собственно не представляетъ исключенія, ибо въ нихъ *filiusfamilias* является истцомъ не отъ своего имени, а въ качествѣ представителя народа.

6) Сынъ не можетъ вступать съ отцомъ ни въ юридическія сдѣлки, ни въ тяжбу. См. § 438, гдѣ указано отступленіе отъ этого правила, обусловливаемое *concessio peculii*.

7) Если подвластный сынъ по какому-либо исключительному случаю имѣетъ самостоятельное имущество, то по отношенію къ нему онъ трактуется какъ полновластное лицо, слѣдовательно всѣ ограниченія его уничтожаются. Это бываетъ при *bona castrensia vel quasi*, отчасти и при иррегулярныхъ адвентурияхъ (см. § 435, 437) ²⁾.

С. Умаленіе чести.

§ 119, 120.

Правоспособность не есть простое право; она—не одна только власть, заключающая въ себѣ произволь осуществлять или не осуществлять ее; напротивъ, она скорѣе представляетъ собою обязанность для лица сохранять ее и настаивать на ея признаніи. Эта обязанность лежитъ на человѣкѣ, не какъ индивидуумъ, но какъ на участникъ въ юридическомъ общеніи, которое признаетъ за нимъ право личности и передъ которымъ онъ несетъ отвѣтственность за ея неприкосновенность. Съ этой стороны правоспособность называется *честью*, *existimatio*. Честь лица, какъ гражданина извѣстнаго государства, называется об-

¹⁾ L. 13. D. de O^o et A, (44,7): *In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.*

²⁾ Толкованіе относящихся сюда мѣстъ см. въ приложеніи IX.

щею гражданскою честью, а какъ члена корпораціи или сословія—*сословною* честью (*Standesehre*). Исполненіе вышеуказанной обязанности всякаго лица заключается въ юридически неопороченномъ образѣ жизни (*honeste vivere*), оно доставляетъ лицу нравственное уваженіе въ глазахъ его согражданъ; уменьшеніе этого уваженія къ лицу, вслѣдствіе недостойнаго поведения, уменьшаетъ его честь, а вмѣстѣ съ нею и правоспособность.

Умаленіе чести есть ограниченіе правоспособности, лишеніе чести—потеря правоспособности. Последняя, по отношенію къ гражданской чести, невозможна по дѣйствующему германскому праву; напротивъ умаленіе чести есть институтъ германскій, возникшій частью изъ римскаго, частью же изъ туземнаго права.

Изъ вышеказаннаго слѣдуетъ, что понятіе чести, по происхожденію своему, относится къ государственному, а не гражданскому праву, такъ какъ связанная съ правоспособностью обязанность ея сохраненія, называемая честью, есть обязанность государственная, а не частно-гражданская. Поэтому съ гражданской ступенію правоспособности, съ правомъ на самостоятельную личность—не связано нивакой чести, такъ какъ нѣтъ обязанности оставаться полновластнымъ отцомъ. Въ Римскомъ правѣ честь находилась въ связи съ политической *civitas*, обусловливающею *jus suffragii* и *jus honorum*.

Но съ умаленіемъ чести было впоследствии связано извѣстное вліяніе на гражданскія права, вслѣдствіе чего честь и сдѣлалась институтомъ гражданскаго права. Это обстоятельство имѣло своимъ результатомъ то, что и съ гражданскимъ положеніемъ лица соединено понятіе чести. Право на личность рождаетъ право на уваженіе, насколько это послѣднее можетъ представляться юридическимъ, т. е. выраженіе презрѣнія слѣдуетъ признавать за оскорбленіе личности. Изъ этого далѣе вытекаетъ, что заслуженное презрѣніе, презрѣнность (*Veraechtlichkeit*) самаго лица уменьшаетъ содержаніе его права на личность, слѣдовательно ограничиваетъ его гражданскую правоспособность. Отсюда ¹⁾ вытекаютъ слѣдующія послѣдствія: 1) опозоренное лицо вообще отстраняется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при разрѣшеніи дѣла судья обязанъ принять во вниманіе его индивидуальность ²⁾, и 2) въ частности, отъ него не принимается ни *famae actio* къ лицу неопороченному ³⁾, ни *querela inoffi-*

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ а) при свидѣтельствѣ, L. 3. пр. D. de testib. (22,5), Nov. 90. c. 1; b) при опекуномъ управленіи, L. 17. §. 1. D. de test. tut. (26,2), и c) при разрѣшеніи состоянія владѣнія для *interdictum de liberis exhibendis*, L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exh. (43,30).

³⁾ L. 11. §. 1. D. de dolo (4,3).

ciosi testamenti противъ завѣщанія братьевъ и сестеръ его, но за то съ другой стороны querela противъ лица опозореннаго всегда возможна ¹⁾. Впрочемъ такое умаленіе чести можетъ быть отмѣнено государемъ посредствомъ famae restitutio, дѣйствіе которой однако обусловливается уничтоженіемъ причины, возбудившей презрѣніе къ лицу.

Въ римскомъ правѣ встрѣчаются два вида ограниченія чести:

1) *Естественное*, являющееся слѣдствіемъ постыднаго дѣянія или такого положенія, вслѣдствіе котораго лицо, по нравственному приговору своихъ согражданъ, лишается безпорочности, становится недостойнымъ полнаго признанія его личности. Въ римскомъ правѣ это называлось nota, turpitude. Levis nota употребляется для обозначенія лишь меньшей степени такого умаленія чести, а не какого-либо другаго вида безчестія (такъ назыв. infamia facti). Она встрѣчается также и въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ.

2) Чисто *юридическое* умаленіе чести, въ силу опредѣленнаго предписанія закона, устанавливающаго его или ipso jure, или же при посредствѣ приговора — за извѣстныя дѣянія или состоянія; это есть infamia (juris) ²⁾. Вслѣдствіе этой infamia честь лица можетъ быть или вовсе уничтожена (consumitur existimatio), когда гражданинъ вслѣдствіе приговора подвергается capitis deminutio maxima или media, или только умалена (minuitur existimatio); это послѣднее, основанное на специальномъ законѣ, умаленіе чести и называется infamia. Она является послѣдствіемъ 1) осужденія въ iudicium publicum, каково бы ни было преступленіе, подавшее поводъ къ суду и какое бы наказаніе назначено ни было, если однако приговоръ не имѣлъ своимъ послѣдствіемъ consumptio existimationis; 2) осужденія за crimen extraordinarium, если только это преступленіе такого рода, что оно и при гражданскомъ искѣ (см. п. 3) повело бы къ infamia; 3) осужденія за нѣкоторыя гражданскія преступленія, каковы воровство, грабежъ, iniuria, обманъ, sepulcri violatio; 4) осужденія вслѣдствіе actio directa по договорамъ societas, опеки, mandatam (здѣсь, впрочемъ, и вслѣдствіе actio contraria) и depositum (называемыхъ поэтому contractus famosi); 5) судебного декрета, отстраняющаго опекуна вслѣдствіе dolus, — приговора уличающаго лихоимца, и missionis ignominiosae солдата; 6) извѣстныхъ проступковъ и безнравственныхъ дѣйствій, безъ особаго приговора или декрета: — не-

1) L. 11. 19. 27. c. de inoff. test. (3,28).

2) Изъ Пандектъ.

соблюденія траурнаго года, двойнаго обрученія, двоебрачія, доказаннаго предлюбодвінія жены, нарушенія закрѣпленнаго клятвою договора или акта отпущенія, брака опекуна или сына его съ опекаемою, заключеннаго до полнаго устраненія возможности исковъ по опекаѣ и пр. и пр.; 7) нѣкоторыхъ занятій, напр. актеровъ, гладіаторовъ, публичныхъ женщинъ и лицъ, промышляющихъ ихъ развратомъ. Infamia есть вообще нѣчто ддящееся, но она можетъ быть устранена посредствомъ in integrum restitutio противъ того приговора, результатомъ котораго она явилась. Возможно, какъ мы сказали, restitutio famae государемъ ¹⁾. Въ современномъ правѣ встрѣчается такая же infamia, но это не римская, хотя къ ней часто и примѣняются основныя начала послѣдней. Римская же infamia — институтъ устарѣвшій. Желającychъ познакомиться съ нѣмецкой infamia я отсылаю къ нѣмецкому праву ²⁾.

Многіе признають три вида умаленія чести: infamia (juris), 2) infamia facti или turpitudō, 3) levis notae macula или levis nota. Старые ученые понимали подъ третьимъ терминомъ то же, что разумѣется въ германскомъ правѣ подъ словомъ Anguechtigkeit (пятно вслѣдствіе незаконнаго рожденія и нѣкоторыхъ ремеслъ). Позднѣе утверждали, будто бы этотъ третій родъ уменьшенія чести существовалъ и въ римскомъ правѣ, однако не могли дать о немъ яснаго понятія. И дѣйствительно нѣтъ такой levis nota, которая бы качественно отличалась отъ turpitudō.

В. Охраненіе права личности.

§ 121 ³⁾.

Нарушеніе права личности, вызывающее его охраненіе, можетъ 1) заключать въ себѣ оспариваніе самаго права; въ этомъ случаѣ дается искъ, непосредственно вытекающій изъ нарушенія, имѣющій цѣлью восстановленіе права отъ нарушенія, т. е. признаніе права судьбою и устраненіе нападенія на него. Для этой цѣли не нужно особой condemnatio, но достаточно судей-

¹⁾ Другое послѣдствіе имѣеть помилованіе: оно только избавляетъ отъ понесенія наказанія, вполне независимаго отъ infamia, L. 3. C. de generali abolit. (9,43) Изъ Пандектъ.

²⁾ См. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (5 изд. 1835 г.) § 83 - 90, Gerber, System des deutschen Privatrechts (4 изд. 1853 г.) § 39—42.

Прим. изд.

³⁾ Изъ Пандектъ.

скаго рѣшенія, признающаго право за истцомъ (*actio praedialis de statu*). Подобный искъ предполагаетъ юридическую возможность оспариванія, которая по дѣйствующему праву исключена относительно общей правоспособности тѣмъ закономъ, что всѣ люди суть лица. Только право на самостоятельную личность можетъ быть оспорено съ нѣкоторымъ отъѣнкомъ справедливости и потому можетъ быть непосредственно осуществимо искомъ, называемымъ *actio de patria potestate negativa*; 2) оскорбленіе личности, не заключающее въ себѣ оспариванія ея, то-есть *delictum*. *Obligaciones ex delictis* представляютъ собой посредственный способъ охраненіе права личности.

ПРАВО ВЛАДѢНІЯ.

1. Понятіе и юридическая природа владѣнія.

§ 122.

Лицо начинаетъ свою дѣятельность подчиненіемъ вѣншихъ предметовъ своему владычеству. Изъ такого рода подчиненій и состоятъ всѣ права, кромѣ права личности.

Между вѣншими предметами есть одинъ предметъ, который прежде всего представляется лицу объектомъ власти потому, что онъ по отношенію къ нему является вѣншимъ, существующимъ независимо отъ него, и кромѣ того имѣетъ своимъ назначеніемъ вполне подчиняться владычеству человека болѣе всякаго другаго предмета; этотъ предметъ—вещь (res).

Итакъ вещь есть первый предметъ, подчиненіемъ котораго начинается дѣятельность лица, поэтому оно и слѣдуетъ въ системѣ гражданскаго права непосредственно за правомъ личности.

Но это подчиненіе мыслимо двоякимъ. Первый видъ его есть *фактическое, физическое, естественное* подчиненіе, фактическая власть надъ вещью,—такое состояніе, при которомъ физически возможно полнѣйшее воздѣйствіе на вещь. Это есть *владѣніе*. Второй видъ есть признаваемая *правомъ собственности* власть надъ вещью, господство надъ нею приобретаемое такимъ образомъ, что общая воля—право—признаетъ вещь принадлежащую извѣстному лицу. При владѣніи имѣетъ мѣсто естественное воззрѣніе, въ собственности же—юридическое: лицо владычествуетъ надъ вещью. Владѣніе есть полнѣйшее естественное подчиненіе, право собственности—полнѣйшее юридическое подчиненіе вещи лицу. Слѣдовательно отношеніе между владѣніемъ и правомъ собственности такое же, какъ между фактомъ и правомъ; владѣніе можно назвать осуществленіемъ права собственности; оно есть фактическое состояніе, соответствующее праву собственности, какъ отношенію юридическому.

Оба понятія мыслятся слитыми или раздѣльными.

1) Владѣніе и право собственности соединены въ одномъ и томъ же лицѣ. Въ этомъ случаѣ о владѣніи, какъ объ особомъ

отношеніи, юридически не можетъ быть и рѣчи; юридическимъ элементомъ выступаетъ здѣсь право собственности. Мы предполагаемъ именно, что право собственности не только существуетъ, но что оно вполне достоверно доказано и неоспоримо.

2) Право собственности можетъ впрочемъ существовать и помимо владѣнія. Я удерживаю юридическое господство, хотя бы уже лишился фактическаго, я даже могу считаться собственникомъ вещи, никогда не бывши ея владѣльцемъ, напр. вслѣдствіе наслѣдованія, или отказа по завѣщанію и проч. Здѣсь владѣніе разсматривается, какъ нѣчто имѣющее быть приобретеннымъ собственникомъ вещи; чужое владѣніе считается нарушеніемъ права собственности; собственникъ можетъ виндицировать свою вещь для того, чтобы возвратить себѣ владѣніе ею.

3) Владѣніе также можетъ существовать помимо права собственности; владѣлецъ не есть собственникъ; другими словами, его право собственности не признано, или оспаривается. Такое отдѣльное существованіе владѣнія отъ права собственности, есть прежде всего естественная возможность: мы должны признать владѣніе, даже помимо его соединенія съ правомъ собственности, какъ естественное состояніе. Если мы на этомъ остановимся, то съ юридической точки зрѣнія придется сказать, что владѣніе есть неправда, нарушеніе права собственности; этой квалификации владѣнія можно будетъ избѣгнуть только допущеніемъ того соображенія, что оно приобретено съ дозволенія собственника. Но тогда отдѣльность его отъ права собственности есть только кажущаяся; напротивъ, владѣлецъ въ этомъ случаѣ признаетъ даже зависимость своего владѣнія отъ права собственности лица: онъ самъ владѣетъ вслѣдствіе права собственности, но только не своего, а чужаго. Въ данномъ случаѣ владѣніе не имѣло бы самостоятельности по отношенію къ праву собственности. Дѣйствительное отдѣленіе и независимость владѣнія отъ права собственности, еслибы только о немъ шла рѣчь какъ объ естественной возможности, всегда слѣдовало бы признать за неправду.

Но бытіе владѣнія помимо права собственности и независимо отъ него есть въ тоже время и возможность юридическая, т. е. владѣніе вещью безъ права собственности на нее и самостоятельное по отношенію къ этому праву (слѣдовательно независимое отъ согласія собственника вещи) есть юридическое состояніе, самый фактъ есть право—*право владѣнія*, заключающееся въ естественномъ подчиненіи вещи и такимъ образомъ занимающее мѣсто между правомъ личности и юридическимъ владычествомъ надъ вещью.

Какъ же объясняется это кажущееся противорѣчье, что фактъ есть право? Неразвѣтному уму кажется совершенно естественнымъ; что напр. воръ долженъ имѣть совершенное право на украденную имъ вещь потому только, что онъ владѣлецъ ея. Многие пытались разрѣшить этотъ вопросъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ подробная теорія владѣнія такъ точно и ясно изложена и установлена въ сочиненіи Савиньи *das Recht des Besitzes*.

Иные понимали выраженіе: „фактъ есть право“ такъ: естественное подчиненіе есть правовое, т. е. оно есть право собственности, но только неполное или временное (*provisorisch*) Тѣмъ же объясненіемъ въ сущности вовсе отрицается, а не уясняется понятіе владѣнія, такъ какъ утрачивается понятіе естественнаго подчиненія вещи лицу. Руководствуясь имъ, было бы абсурдомъ признать вора владѣльцемъ.—Другіе думали достигнуть цѣли, обозначая владѣніе двусмысленнымъ выраженіемъ: начинающееся, образующееся право собственности; они хотѣли этимъ сказать, что владѣніе лежитъ на пути къ праву собственности; но, по нашему мнѣнію, недостаточно ставить вопросъ: куда? и необходимо спросить: откуда? и въ отвѣтъ на этотъ вопросъ слѣдуетъ искать разумнаго объясненія.

Иные въ какомъ-то отчаяніи совѣтъ отрицали положеніе „фактъ есть право“, утверждая, что владѣніе не есть право, хотя выстъ съ тѣмъ признавали, что нарушение владѣнія есть правонарушеніе. Справедливо здѣсь только то, что владѣніе само по себѣ не имѣетъ свойствъ права, а должно замѣствовать ихъ у какого-либо другаго права, подъ охраненіе котораго оно и поставляется.

Правомъ, отъ котораго владѣніе получаетъ свой юридическій характеръ, не можетъ быть право собственности потому, что, какъ сказано выше, владѣніе должно быть по отношенію къ нему исполнѣ самостоятельно; напротивъ права собственности, оно съ точки зрѣнія скорѣе является неправдою. Следовательно, для того, чтобы найти юридическую основу владѣнія, мы должны по возможности держаться вдали отъ права собственности. Кроме того мы, ища основанія владѣнія, должны идти не впередъ, а назадъ.

Признаніе факта владѣнія правомъ основывается на томъ юридическомъ содержаніи, которое сообщается личностью владѣльца простому естественному подчиненію вещи. Эта личность требуетъ, чтобы владѣніе было охраняемо до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано чье-либо право на вещь. Кто осуществляетъ право владѣнія, тотъ осуществляетъ именно это прикрытіе естественной власти личностью. Онъ слѣдуетъ требу-

еть, чтобы его воля была признана волею лица (онъ хочет иметь свою волю); воля имѣетъ себя самѣ своимъ предметомъ: право владѣнія есть право на собственную личность. Оно есть право личности въ его примѣненіи къ естественному подчиненію вещей. Во владѣніи охраняется субъективная возможность права.

Стать совершено успешается дѣло; теперь уже не можетъ вѣдаться страннымъ то обстоятельство, что мы даемъ право на защиту владѣнія даже вору (а тѣмъ охраняемъ его противъ другихъ), такъ какъ воръ не лишился своей личности. Этимъ далѣе объясняется то, что охраненіе владѣнія постоянно имѣетъ временный характеръ: владѣлецъ уступаетъ лицу управомоченному, какъ скоро начнется споръ о правѣ на вещь: наконецъ объясняется и то, что только владѣніе съ *animus domini* производитъ такое дѣйствіе (см. слѣд. §) Этимъ опровергается также и то мнѣніе, будто охраненіе владѣнія основывается на произвольномъ положеніи, что самоуправство не должно быть допустимо, или что нарушеніе владѣнія есть насиліе, слѣдовательно преступленіе (напр. Сапшья), такъ какъ во первыхъ послѣднее положеніе совершенно не правильно, а во вторыхъ изъ него слѣдовало бы заключить, что и владѣніе безъ *animus domini* должно быть охраняемо.

Систематическое соотношеніе владѣнія къ праву собственности можетъ быть выражено еще слѣдующимъ образомъ. Владѣніе есть подчиненіе вещи, находящееся еще подъ охраною, или какъ бы подъ властью права личности; подчиненіе же вещи, освободившееся отъ этой охраны и вполнѣ самостоятельное, есть уже право собственности ¹⁾.

¹⁾ Въ слѣд. объясненіи охраненія владѣнія видимъ послѣдствія изъ записки въ общ. чинѣмъ въ § 16 сие есть чешскій слѣдствій, сдѣланный въ 1870 году при устан. влѣніи понятии о правѣ на собственную личность *Recht an der eigenen Person*. Личность, въ смыслѣ политической свободы есть божество (тосу. претри. чинѣ) гр. в., нарушеніе ея есть правонарушеніе, охраняемое такъ же, какъ и охраненіе другихъ гр. в. (§ 121). Личность же, въ смыслѣ свободы воли, нарушенія владѣнія, *animus* сдѣлано юридическому понятию, выраженному въ § 20 „каждо лица есть юридическая, т. е. закономъ и общ. волей признанная власть надъ предметомъ“, которое авторъ здѣсь принимаетъ въ жертву своей системѣ). Личность въ этомъ смыслѣ не можетъ быть признана, нарушеніе владѣнія не можетъ быть правонарушеніемъ; въ противномъ случаѣ пришлось бы охранять и незаконное владѣніе противъ признанной со стороны первоначальнаго владѣльца. При этомъ если не охраненія владѣнія состоятъ въ самоуправствѣ: юридическій порядокъ выключается въ подчиненіи личной воли — воли общ. и только ей (за нѣмъ), а не какой либо другой личной воли. Слѣдств. изъ незаконнаго владѣнія со стороны воли другого есть насиліе (*necessitas ipsius contra vo-*

Двойственный характеръ владѣнія, состоящей въ томъ, что оно, будучи чѣмъ то фактическимъ, есть въ тоже время право, не оставя безъ вліянія на теорію владѣнія, основныя принципы которой иногда видоизмѣняются. Эти видоизмѣненія могутъ быть распространительными: владѣніе признается тамъ, гдѣ фактически его нѣтъ, или—ограничительными: владѣніе не признается даже тогда, когда оно *фактически* существуетъ.

Отъ права владѣнія сдѣдуетъ отличать право владѣть, имѣть владѣніе—*Recht zu besitzen* (точно также, какъ отличается право собственности отъ права быть собственникомъ или сдѣлаться имъ). Последнее есть власть, коренящаяся на совершенно другомъ началѣ, независимая отъ дѣйствительнаго владѣнія: ее можетъ имѣть лицо, не признаваемое владѣльцемъ, а истинный владѣлецъ можетъ быть лишенъ ея. Въ первомъ случаѣ идетъ рѣчь о правѣ, связанномъ съ владѣніемъ, тогда какъ право владѣть есть право, самый предметъ котораго составляетъ владѣніе.

II. Виды владѣнія.

A. По его первоначальной природѣ.

§ 123.

Подраздѣленіе владѣнія на нѣсколько разныхъ видовъ основано частію на его естественныхъ свойствахъ (различія, обнаруживающіяся при взглядѣ на дѣло съ чисто естественной точки зрѣнія), части же носятъ экзотерическій характеръ, основываясь на привхожденіи юридическаго элемента къ чистому факту.

Владѣніе состоитъ изъ двухъ существенныхъ частей: *corpus* и *animus*. Всякое владѣніе предполагаетъ волю, направленную на вещь и на ея владѣніе—*animus possidendi*. Эта воля становится владѣніемъ, какъ скоро къ ней приходитъ тѣлесное отношеніе лица къ вещи, которое есть такого рода осуществленіе этой воли, что она дѣйствительно оказываетъ извѣстное послѣдствіе, состоящее въ возможности какаго либо воздѣйствія на вещь. Этотъ *corpus* можетъ принимать разныя формы, напр: держаніе вещи въ рукахъ, сидѣніе, стояніе на вещи или около нея, запераніе вещи и т. д. Это различіе *corpus'a* обуславливаетъ разные виды владѣнія, потому что существеннымъ пред-

Inventari, хотъ владѣлецъ можетъ устранить; такимъ образомъ владѣніе должно быть исключено не по тому, что оно есть право, но *потому что оно не равно*. Ср. Bruns, *Recht des B. Besitzes*, 1848 г. стр. 18. *Прим. изд.*

стается здесь естественное подчинение, фактическое господство над вещью, возникающее только при посредствѣ этихъ случайныхъ формъ, самое же владѣтельство повсюду одно и то же. (Нерѣдко желали отнести сюда подраздѣленіе владѣнія на действительное и фиктивное; но фиктивное владѣніе, собственно говоря, — вовсе не владѣніе, а только признаніе извѣстныхъ послѣдствій владѣнія безъ назичности послѣдствіяго. Еще менѣе относится сюда дѣленіе владѣнія на естественное и символическое, ибо символическаго владѣнія вовсе нѣтъ).

Владѣніе, какъ мы сказали, невозможно безъ воли лица, *animus*, но воля эта можетъ быть болѣе или менѣе полная. Полная воля владѣнія есть воля, направленная на всю вещь, вполнѣ обхлывающая вещь, *animus rem¹ sibi habendi (sibi, а не alteri), animus domini*, воля присвоить себѣ вещь и притомъ присвоить ее себѣ вполнѣ, воля въ этомъ отношеніи фактически вполнѣ сходная съ юридической волей, выражающейся въ правѣ собственности (здесь необходимымъ не *animus domini*, не воли, направленная на приобрѣтеніе права собственности, но воли, направленная на полное фактическое присвоеніе вещи; еще менѣе необходима здесь *opinio domini*).

Однако тѣлесное отношеніе лица къ вещи мыслимо и безъ этого полного *animus*, безъ воли обладать вещью вполнѣ для себя, мыслимо следовательно съ волей владѣть ею съ частичною цѣлью (*partieller Zweck*). Эта воля не исключаетъ чужаго *animus domini*, чужаго владѣнія; она совмѣщается съ нимъ, она, какъ частичная воля, даже предполагаетъ его и можетъ быть обнаружена только при сопоставленіи ея съ полной волей. Владѣлецъ обладаетъ не всею вещью для себя, следовательно онъ владѣть ею въ то же время и для другаго, онъ владѣть ею *alieno nomine*, онъ осуществляетъ чужое владѣніе.

Такимъ образомъ различіе *animus*'а даетъ начало двумъ различнымъ видамъ владѣній: владѣніе съ *animus domini* и владѣніе безъ него. Первое есть собственно владѣніе, *possessio, possidere*, второе сходно съ нимъ только въ отношеніи *corpus*'а и называется *naturalis possessio, corporaliter tenere, detentio*, естественнымъ владѣніемъ. Собственно владѣть не детенторъ

¹ *Rem*, а не только *usum, fructus, possessionem (ignoris jure, но rem не какъ право собственности, а какъ объектъ этого пр. вл. Несарке, Ливоничице Беканга Lehrbuch, § 123 прим. а. 9 и д.), судно по с. в. т. им. вытекающая изъ права собственности, обширнѣе послѣдствій, вытекающихъ изъ владѣнія, на тѣмъ основаніи, что простой владѣлецъ не способенъ къ ст. удержанію п. т. и. Р. различіе вымочается здесь не въ полнѣ, но въ юридическомъ ея значеніи и въ вытекающихъ изъ него юридическихъ послѣдствіяхъ. Прим. изд.*

вещи, у него—чужое владѣніе; таково значеніе выраженія in possessione esse; въ такомъ положеніи находятся напр. usufrуктуарій, арендаторъ, коммодатарій, депозитарій, мандатарій и т. д. ¹⁾).

Только одно владѣніе съ animus sibi habendi или съ animus domini есть право, потому что только при этомъ владѣніи воля вполне соответствуетъ тѣлесному отношенію и закрѣпляетъ его. Только такой владѣлецъ можетъ въ защиту факта владѣнія сослаться на свою личность. Юридическое владѣніе по способу охраненія называется также *интердиктнымъ* владѣніемъ. Дегентору вещи не дается охраны, какъ владѣльцу, такъ какъ онъ признаетъ чужое владѣніе, которому онъ подчиняется. Различіе между означенными видами владѣнія можетъ быть выражено еще слѣдующимъ образомъ: corpus и animus бывають соединены въ одномъ и томъ же лицѣ, но могутъ также и существовать отдѣльно другъ отъ друга, когда corpus осуществляется другимъ лицомъ вмѣсто владѣльца; самъ владѣлецъ имѣетъ animus domini, ему же принадлежитъ и corpus, осуществляемый другимъ лицомъ, которое имѣетъ одинъ только corpus владѣнія, безъ соответствующаго ему animus'a, animus его—особый, признающій владѣніе чужаго лица.

В. Владѣтвіе юридическихъ видоизмѣненій.

І. Вліяніе causae possessionis.

§ 124.

Causa possessionis, юридическое основаніе, по которому лицо владѣетъ, поводъ и мотивъ animus'a, собственно говоря,—не должно было бы имѣть значенія для вопроса о владѣніи; въ виду естественнаго содержанія этого института, при обсужденіи послѣдняго важенъ, по общему правилу, только самый фактъ владѣнія ²⁾ Такимъ образомъ принятіе въ расчетъ извѣстной causae possessionis при опредѣленіи послѣдствій владѣнія представляется юридической модификаціей Это бываетъ.

1) При владѣльческихъ интердиктахъ. Здѣсь также дѣйствуетъ правило, что causa possessionis не имѣетъ значенія. Но владѣніе, имѣющее одинъ изъ трехъ пороковъ, vitia possessio-

¹⁾ L. 19 pr. C. de adqn. vel. tamitt. poss. (41, 2).

²⁾ L. 3. §. 5. D de adqn. poss. (41, 2. — in summa possessione non multum interest, juste quis an injuste possideat

ніе, ничтожно по отношенію къ тому лицу, отъ котораго оно неправильнымъ образомъ іріобрѣтено. Эти *vi's* суть: насиліе (*vi*), тайный захватъ (*clandestina*), захватъ съ гарушеніемъ довѣрія (*precario*), такъ что разлагають слѣдующія три вида *usucapio*: *violenta*, *clandestina* и *precario*. На этомъ основывается дѣленіе владѣнія на насильное (недобросовѣстное) и непорочное (добросовѣстное), *injusta*, *iusta* *usucapio*. Таковъ техническій и обыкновенный смыслъ этихъ выраженій ¹⁾.

2) При *usucapio*. Владѣніе, продолжался въ теченіи пѣтлѣтлаго времени, можетъ повести къ праву собственности. Но такого послѣдствія не имѣетъ простой фактъ владѣнія, простое юридическое владѣніе. При всякой *usucapio* необходима *bona fides*, а при обыкновенной земской давности—необходимы: вещь, способная подчиниться *usucapio*, и *iusta causa*, *justus titulus*, юридическое основаніе, способное повести къ праву собственности. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ имѣетъ вліяніе самая *causa*, которая и обозначается здѣсь предлономъ „*pro*“: *possessio pro emptore*, *donato*, *herede*, *legato*, *suo*. Такое владѣніе, направленное къ обыкновенной земской давности, называется давностнымъ, *possessio ad usucapionem*. *Usucapionsbenefitz* (также *bonae fidei possessio*; впрочемъ это выраженіе имѣетъ еще болѣе общее значеніе). Оно отличается отъ простаго юридическаго владѣнія упомянутыми принадлежностями юридическими элементами; всякое владѣніе *ad usucapionem* есть юридическое, но не всякое юридическое владѣніе есть *possessio ad usucapionem*. Оно носитъ означенное названіе по своимъ послѣдствіямъ, въ тѣхъ случаяхъ заключаетъ его преимущественно передъ простымъ юридическимъ владѣніемъ; но оно называется еще и *civilis possessio*, въ противоположность *possessio ad interdicta naturalis*; такое значеніе прилагательнаго *civilis* вполне согласно съ обыкновеннымъ употребленіемъ его въ римскомъ правѣ, напр. *obligatio civilis*, *acquisitio civilis*, что подтверждается нѣкоторыми римскими законоположеніями ²⁾. Отъ безошибочнаго пониманія этихъ выраженій зависитъ вполне правильное развитіе теоріи владѣнія на основаніи положительнаго права. Савиньянъ принадлежитъ заслуга полнаго разъясненія терминовъ

¹⁾ Въ L 13. §. 1. D. de publ. act. (6 2), L. 7. § 4 D. comm. div. (10 3) *precario possessio* относится къ *iusta possessio*; впрочемъ это владѣніе не имѣетъ поименованія въ обширномъ смыслѣ всякаго не добросовѣстнаго владѣнія.

²⁾ Н. пр. L. 1. §. 9. 10. D. de vi (43, 16), L. 1 § 2. D. pro don. (29, 6). Этимологическое тѣло словъ имѣетъ значеніе, такъ и другія, обозначающія суда высшаго ст. прва. X.

логія владѣнія. До него признавали, что терминомъ *civilis possessio* обозначается юридическое владѣніе, выраженіемъ же *naturalis possessio*—простое держаніе вещи (*detentio*).

Крайне прискорбно было видѣть, какъ цѣлый рядъ нѣмецкихъ юристовъ ¹⁾ старались исполнѣ или отчасти поддержать старое заблужденіе; мы думаемъ, что если бы указываемое ими значеніе вышеозначенныхъ терминовъ было истиннымъ, то Римляны пришлось бы упрекнуть въ произвольномъ отступленіи отъ ихъ обыкновеннаго языка ²⁾. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ въ *L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10,4)* идетъ рѣчь вовсе не о владѣніи *ad usucapionem*, не имѣющемъ никакого значенія для *actio ad exhibendum*; но здѣсь подъ именемъ *civilis possessio* разумѣется владѣніе съ *animus domini*, а подъ именемъ *naturalis possessio*—производное владѣніе, вообще владѣніе безъ *animus domini*. Такое мнѣніе ложно. Въ *L. 7. §. 3 D. ad exhib. (10,4)* даже сказано, что къ юридическимъ лицамъ можетъ быть предъявлена *actio ad exhibendum*, ибо они могутъ владѣть вещами и узаконивать. Отсюда слѣдуетъ, что владѣніе *ad usucapionem* должно имѣть нѣкоторое значеніе и для *actio ad exhibendum*. Мысль здѣсь такова: этотъ искъ, также какъ и *rei vindicatio*, подготовляющая его, весьма часто будетъ употребляемъ съ цѣлью предупредить *usucapio*. Однако въ *L. 3. cit.* сказано, что, хотя этотъ искъ часто имѣетъ упомянутую цѣль, но отвѣтчикомъ по немъ можетъ явиться не только владѣлец *ad usucapionem (civilis possessor)*, но и всякій другой владѣлец, не имѣющій *civilis possessio (naturalis possessor)*. Притомъ этого служить лицо, принимающее въ закладъ движимое имущество, такъ какъ это лицо ни въ какомъ случаѣ не бываетъ владѣльцемъ *ad usucapionem*.

Въ *L. 2. §. 1. pro her. 3)* *civilis possessio* противопоставляется *naturalis possessio* и изъ всѣхъ видовъ послѣдней обращается особое вниманіе только на *detentio*. Изъ этого нѣкоторые ученые стремятся вывести, что интердиктное владѣніе должно быть отнесено къ *civilis possessio*. Этотъ выводъ могъ бы

¹⁾ Въ послѣднее время дѣйствія изъ этого дѣльнаго цѣльна были — Табо, Бурхардъ и законодѣ Вейеръ, *Lei fallen I*, стр. 268.

Изъ Пандектъ.

²⁾ *L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10,4)*: *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter inveniatur possessione, denique credito, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet*

³⁾ *L. 2 §. 1. D. pro her. 41,5*: *Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur.*

служить подтвержденіемъ мнѣнія Вагнера¹⁾, будто къ *civillis possessio* относится и владѣніе залогопринимателя. Но такой выводъ съобща не логиченъ. Изъ приведенной цитаты можно заключить только то, что юрестъ вовсе не касается вопроса объ interdиктномъ владѣніи потому, что *causa possessionis* въ немъ не имѣетъ публичнаго значенія. Рѣчь идетъ о владѣніи съ извѣстной *causa*, interdиктное же владѣніе само по себѣ не имѣетъ такого свойства.

Causa possessionis представляется намъ чѣмъ-то объективнымъ, основывающимся не на одной лишь полѣ владѣльца: для одного и того же владѣнія можетъ быть нѣсколько *causarum*, по существующая *causa*, по правилу созданному римскими юристами, не можетъ быть измѣнима одностороннимъ образомъ по произволу лица: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Это правило принимается:

1) при interdиктахъ, напр. *vis. precarium*;

2) при *usucapio*, въ чѣмъ именно случаяхъ, гдѣ *causa* неспособна къ такому измѣненію, напр. при владѣніи одареннаго супруга; въ особенности же при древней *pro herede usucapio*, которая имѣла то преимущество даже предъ обыкновенной *usucapio*, что давностное приобрѣтеніе могло совершиться и безъ *bona fides*. Важное значеніе имѣетъ здѣсь то обстоятельство, что если кто-либо ужъ владѣлъ по одному основанію, напр. *pro sintore*, то эту *causa* нельзя было превратить въ другую *Causam*²⁾; ошибается, думая, что упомянутое правило о неизмѣнимости *causa* ограничивается однимъ только этимъ случаемъ. Юристы упоминаютъ его также и въ двухъ вышеприведенныхъ отношеніяхъ. Савиньи возразилъ противъ этого, что они только приводятъ случаи, въ которыхъ правило не примѣнимо. Но это происходитъ не потому, что правило относится лишь къ *usucapio pro herede*, а по другимъ основаніямъ, при которыхъ предполагается общая его примѣнимость.

Слѣдующіе случаи не могутъ быть подведены подъ разсматриваемое правило: 1) Измѣненіе, происходящее отъ новой юридической сдѣлки, прибавляющей какую-нибудь *causa*, напр. покупка лицомъ такой вещи, которая ему была прежде подарена, но дареніе оказалось недействительнымъ. 2) Прекращеніе владѣнія и новое завладѣніе. 3) Превращеніе естественнаго владѣнія въ юридическое, такъ какъ здѣсь не измѣняется *causa possessionis*, ибо прежде вовсе не было *possessio*. Сюда при-

¹ *Leitfaden* томъ I. § 199.

² *Recht des Besitzes*, 6 изд. 1837 г. §. 22

соединяются, впрочемъ только при одной *usucapio pro herede*, случаи *detentio* вещи, какъ особое исключеніе, основывающееся на свойствахъ этой *usucapio*.

2. Производное владѣніе.

§ 125.

Юридическимъ владѣніемъ представляется такое владѣніе, которое не совмѣстно съ чужимъ владѣніемъ. Оно есть владѣніе съ *animus domini, rem sibi habendi*, съ намѣреніемъ присвоенія вещи; съ естественной точки зрѣнія возможно только такое намѣреніе владѣльца. Вълѣдствіе юридическаго измѣненія образовалось юридическое владѣніе съ исключительнымъ *animus possidendi*, который однако не можетъ быть обозначенъ какъ *animus domini*. На этомъ различіи *animus*'а основывается дѣленіе владѣнія на *первообразное* и *производное*; въ послѣднемъ заключается указанное искусственное измѣненіе. Вотъ въ чемъ дѣло. Известное лицо владѣетъ вещью съ частичною цѣлью (*partieller Zweck*) или ради охраненія чужихъ интересовъ, — *sequestrum*, или ради своихъ собственныхъ, — залогоприниматель. Такое лицо, само по себѣ, было бы только детенторомъ. Но можетъ случиться, что для известной цѣли будетъ признано необходимымъ, чтобы прежній владѣлецъ отказался отъ своего владѣнія и тѣмъ самымъ сдѣлалъ лицо, державшее вещь, юридическимъ владѣльцемъ. Это дѣлается иногда для большей безопасности залогопринимателя. При *sequestrum* этимъ имѣется въ виду прервать владѣніе и устранить тѣ права, которыя бы прежній владѣлецъ могъ извлечь изъ своего владѣнія.

Свойства этого вида юридическаго владѣнія не имѣютъ естественнаго основанія, а вытекаютъ изъ воли передатчика (*Geber*), изъ юридической сдѣлки, посредствомъ которой владѣніе переносится на другое лицо; благодаря этой сдѣлкѣ, владѣніе его становится юридическимъ. Поэтому названіе производнаго владѣнія, данное ему ученымъ Савинья, представляется весьма удачнымъ. (Воля владѣльца направлена не на вещь, но на самое юридическое владѣніе, что предполагаетъ предшествовавшее владѣніе передатчика) ¹⁾.

1) Это мѣсто записокъ профессора, включенное въ скобки, должно вѣрнѣе быть опущено. — Принципъ производнаго владѣнія состоитъ, по мнѣнію нашему, въ передаче юридическимъ владѣльцемъ владѣльцескихъ правъ его другому лицу. Савинья *loc. cit.* §. 9 прим. 2, § 23 прим. 1) отрицалъ въ главнѣйшихъ образцахъ на основаніи *L. 10. D. de ros. (41, 2)*, хотя самъ, по довер-

Случай производнаго владѣнія мною указанъ выше (стр. 329); здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что залогоприниматель бываетъ и юридическимъ владѣльцемъ всегда по общему правилу, *sequester* же, — по исключенію. Попытка некоторыхъ юристовъ ¹⁾ отыскать здѣсь *animus domini* не удалась. Она могла ульичаться успѣхомъ только при извращеніи самаго понятія его.

Я признаю съ другой стороны совершенно неправильнымъ то, что Савиньи допускаетъ еще два случая производнаго владѣнія: владѣніе эмансипента и прекаріста (первый постоянно бываетъ юридическимъ владѣльцемъ ²⁾, второй же — лишь въ большинствѣ случаевъ ³⁾. Это мнѣніе основывается на не вполнѣ правильномъ пониманіи *animus domini* (на принятіи его за *animus domini*): будто ему противорѣчитъ признаніе чужаго права собственности; но мы думаемъ, что съ *animus domini* не совмѣщается только признаніе чужаго владѣнія, такъ какъ оно есть фактическое, а не юридическое присоединеніе; воля же прекаріста направлена на полное фактическое присоединеніе, отиѣняемость его владѣнія такъ же мало препятствуетъ полнотѣ его до момента отиѣны, какъ мало мѣшаетъ вору боязню его быть открытымъ и при извѣстномъ возвратитѣ похищенную вещь ⁴⁾. Такую же полноту имѣетъ воля эмансипента; послѣдній имѣетъ даже такое полное юридическое господство надъ вещью, что оно отличается отъ права собственности только своимъ обязательственнымъ характеромъ и возможностью прекращенія ⁵⁾.

я съ доучестью перелому потерпитолю дѣло при арендномъ договорѣ. По пр. 1. 10 §. 1. в владѣніе само есть ничто иное, какъ слухъ или передача владѣнія самимъ право; то, что эти слова относятся къ менному договору, основаны на вѣстъ египетскихъ свѣдѣніяхъ и етимъ т. в. три же видъ слухъ, а не на произвольныхъ объясненіяхъ по ареномъ владѣнію. *Прим. изд.*

¹⁾ *Arnd's Zeitschr. f. Civilr. und Process.* и в. св. III, 9. (1847). *Brinz, Recht des Besitzes* 1848 §. 2 *Brinz, Pandect. I* стр. 66. *C. Rudorff, Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss.* XI 7. Изъ Пандектъ.

²⁾ Эмансипированный имъ дѣтей въ L. 15. § 1. D. qui salub. cog. (28), L. 5. §. 1. in fin. D. de usur. (22,1), но въ обихъ и такъ имъ вѣсть рѣчь не о владѣніи. *Прим. изд.*

³⁾ L. 10 §. 1., L. 13. §. 7. D. de poss. (41,2), L. 4 §. 1., L. 22. pr. D. de prec. 43,21. *Прим. изд.*

⁴⁾ Авторъ утверждаетъ, что воръ отрицаетъ чужое владѣніе, между тѣмъ имѣетъ право пріобрѣсти его, выражая это признаніе въ слухъ пріобрѣтателя, и пріобрѣтатель самъ ему владѣнія. Въ противномъ случаѣ пріобрѣтатель бы отрицалъ существованіе въ подлгу фактическому присоединенію пріобрѣтателя и пріобрѣтателя. *Прим. изд.*

⁵⁾ Авторъ вѣсть также нах дѣть египетскихъ вѣстъ, но въ текстѣ, по L. 71. § 5. в. D. de leg. I (30), L. 3 §. 4. D. de reb. cog. (27 9), L. 1. §. 26. L. 19. pr. D. de damno inf. (39 2), L. 1. C. de jure emphyt. 4,66. и вѣсть только *ius in re aliena*, и вѣсть владѣніе собственное юридическое владѣніе.

III. ПРИОБРѢТЕНІЕ И ПРЕВРАЩЕНІЕ ВЛАДѢНІА.

A. ВСЪМЪЩЕНІЕ ЕГО.

§ 126 ¹⁾.

Естественный фактъ владѣнія не пѣмѣнился вслѣдствіе того, что онъ былъ возведенъ въ юридическое отношеніе, что явствуетъ изъ вопроса о существованіи владѣнія (пріобрѣтеніи и потери его), отъѣтъ на который дается всегда на основаніи фактической природы владѣнія. Однако естественныя начала, по которымъ слѣдовало бы признать бытіе владѣнія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда существуетъ фактическое владѣніе лица надъ вещью и намѣреніе владѣть, но не насбоютъ, — подвергнутся въ некоторыхъ случаяхъ модификаціи вслѣдствіе юридическаго характера, пріобрѣтеннаго владѣніемъ. Поэтому существуютъ не только фактическия пренятія къ владѣнію, но и пренятія юридическія, основанныя частью на его свойствахъ быть шасемъ, частью же на произволѣ законодательной власти.

1. По отношенію къ лицамъ.

§ 127.

Фактъ владѣнія можетъ быть признанъ только у лицъ, способныхъ имѣть волю, точнѣе — у лицъ, способныхъ имѣть опредѣленную владѣльческую волю (намѣреніе владѣть); слѣдовательно, онъ не можетъ быть у юридическихъ лицъ, у сумасшедшихъ и у дѣтей ²⁾.

Примѣніе же въ различныхъ случаяхъ производнаго владѣнія, неопровержнѣе то обстоятельство, что съб. т. онъ въ немъ не только не имѣетъ бы владѣнія по праву собственности (Eigentumsbesitz). Поэтому здѣсь слѣдуетъ имѣть въ виду Архивъ (прим. 1), признавъ quasi possessio по волю съ superficies. съ тѣмъ то же р. явнѣе, что въ лосадемъ — предметомъ згоа quasi possessio бывають два тѣло адмис.

Прим. 1).

1. Пѣмъ Пандектъ.

2. Приближеніе Пандек. сіт. стр. 49. дѣтъ неограниченно владѣніе уже по отъ и лишь фактической природы е.о. но недоступно тѣ же я съ юридическаго тѣ и зрѣнію основаніе на шибъ т: владѣніе неограниченно съ юридическаго тѣ и зрѣнію не дѣтъ и юридически дѣтъ, а имѣть, имѣть уи зинимъ въ текстѣ остальными лицами, неспособнымъ имѣть а тѣмъ и неущемъ нѣмъ примѣ: тогда какъ напротивъ для дѣтей и сумасшедшихъ лицъ пріобрѣтѣніе владѣнія обастъ егес, см. руб. ику 1. стр. 332. *Пр. ж. изд.*

Право владѣнія можетъ быть признано только за тѣми лицами, которые способны имѣть активныя имущественныя права. По древнему праву вовсе не могли владѣть сыновья, находящіеся подъ властью (*filii familias*): они могли приобрѣтать владѣніе для отца или для лица посторонняго, но не для себя, хотя имъ было доступно *detentio* (такъ какъ для нихъ возможенъ самый фактъ владѣнія), такъ что подвластные сыновья могутъ владѣть только въ качествѣ представителей. По повѣянному законодательству они имѣютъ право быть владѣльцами настолько же, насколько они могутъ быть собственниками, но не больше. Они не могутъ приобрѣтать ни права собственности, ни какого бы то ни было юридическаго владѣнія *ex re patris*, почему и *res peculiares* они могутъ удерживать только именемъ отца.

Такимъ образомъ право прибавило одно такое ограниченіе, которое при естественной точкѣ зрѣнія не могло бы имѣть мѣста. Но съ другой стороны оно, при извѣстныхъ условіяхъ, устранило прежнія ограниченія и признало владѣніе въ такихъ случаяхъ, когда оно, съ естественной точки зрѣнія, не могло бы существовать.

1) Право дало возможность приобрѣтенія владѣнія лицамъ естественно неспособнымъ: а) посредствомъ допущенія такого представительства, которое прежде признаваемо не было, именно представительства *sine animo* приобрѣтателя; такими представителями были чиновники—для юридическихъ лицъ, опекуны—для умалишенныхъ и дѣтей; б) путемъ признанія возможности восполненія неспособности дѣтей имѣть волю посредствомъ власти опекуна: право признало, что опекунъ своею *auctoritas* можетъ сдѣлать дѣйствительнымъ всякое завладѣніе, совершенное ребенкомъ, при чемъ, конечно, будетъ рѣчь о приобрѣтенія владѣнія ребенкомъ, а не опекуномъ. Кромѣ того здѣсь *auctoritas* опекуна лишена своего обыкновеннаго торжественнаго значенія, такъ какъ, по общему правилу, она уриочиваетъ естественно совершенныя дѣйствія, восполняя ихъ юридическіе, но отнюдь не естественныя недостатки. Юридическое значеніе этой власти здѣсь не нужно, а потому ей должно быть придано значеніе естественное. Если за ребенкомъ нельзя признать твердаго эгоистическаго намѣренія (воли) владѣть, то слѣдуетъ допустить возникновеніе такой воли вслѣдствіе чужаго воздѣйствія, вслѣдствіе *auctoritas* въ естественномъ смыслѣ. Дойдя до этого, необходимо сдѣлать еще шагъ впередъ. Указанное послѣдствіе возникаетъ не только изъ воздѣйствія опекуна; поэтому, если такое же дѣйствіе на умъ ребенка производитъ *auctoritas* и вліяніе какого-либо третьяго, посторонняго лица, то необходимо допустить и въ этомъ случаѣ приобрѣте-

нѣ владѣнія ребенкомъ ¹⁾. Съ Савинья ²⁾ господствующимъ стало другое воззрѣнiе: auctoritas tutoris предполагалась само собою. Для того, чтобы въ словѣ per tutorem (прим. 1) вложить молчаливое противоположенiе словамъ auctoritas tutoris, слѣдовало бы сдѣлать на нихъ сильное ударенiе, тогда какъ очевидно ударенiе должно быть на словѣ tutorem въ противоположность словамъ a quacunq[ue] persona ³⁾.

2) Право допустило возможность продолженiя бытiя владѣнія въ такихъ случаяхъ, когда уже самый фактъ владѣнія не могъ считаться существующимъ. Сюда относятся: а) установленiе особаго способа для прекращенiя владѣнія, вслѣдствiе чего оно можетъ продолжаться даже и тогда, когда уже нѣтъ настоящей физической власти, или нѣтъ болѣе animus'a; напр. постановленiе, что сумасшествiе не прекращаетъ владѣнiя; б) лицо, находящееся подъ опекой, не можетъ утратить владѣнiя suo animo безъ auctoritas tutoris потому, что оно вообще безъ этой власти не можетъ прекращать ни одного изъ своихъ правъ.

¹⁾ L. 3. C. de adquir. et ret. poss. (7.32. Donatarum rerum a quacunq[ue] persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim iur auctorem sententiae dissentientes, tamen consultus videtur interim licet animi plenus non fuisset affectus. possessionem per traditionem esse quaeritam, alioquin sicuti consultissimi viri Pa iniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti potest adquiri. Словъ corpore quaeritur могутъ означать: 1) animus здѣсь не и дѣла, 2) corpus имѣть дѣла, и не оскучъ. Объясненiе этого мѣста см. Pachtia Rhein. Museum V, 3.

Изъ Пандектъ.

²⁾ Recht des Besizes стр. 291.

³⁾ Ср. также п. XI.—Аргументація автора противорѣчитъ то, что слова a quacunq[ue] persona 1) имѣютъ только объяснительное значенiе, 2) со единенiемъ въ смыслъ, чѣмъ приписываемый имъ прѣссортомъ, и уогрбленн въ связи съ другими словами: donatarum rerum a quacunq[ue] persona и означаютъ: sive ab excerpta sive non excerpta legis Cinciae persona. Fragm. vat. § 293; 3) имѣть во власти влѣдствiе третьяго лица на унѣ ребенка? Вся эта возраженiя касаются самой теорiи влѣдствiа Пухты и отнюдь не слѣдуетъ забывать. Когда дѣлатель или продавецъ передъ лѣ владѣнiе вещь малолѣтнему, то онъ уже тѣмъ или инымъ утратилъ свое право владѣнiя; если затѣмъ допустить, что младенцу данъ приобритенiя этого владѣнiя необходимо дождаться способности имѣть волю, то придется признать, что вещь въ этотъ промежутокъ времени не будетъ находиться ни въ чьей владѣнiи, даже буде ть божованной и все это влѣдствiе просто і ведст. точности ф рмы. Чтобы избѣжать этого, римскiе юристы предпочли при нѣтъ въ подобномъ случаѣ приобритенiе владѣнiа solo corpore: L. 1. §. 4. 20. D. de poss. (41.2, хотя они, re integra, до окончательнаго дѣлннiа сонатуютъ сн ршнть юридическiй актъ чрезъ посредство раба малолѣтняго о. L. 26. C. de dot. (8.34). Основа вномлннн заключаетсн въ усилнннющемн къ сн стнванес врмн стрнмленнн облнчнть приобритенне владѣннн субъстнннн, нечнннющннн волнн, L. 2. D. de poss. (41.2), поэтому н не слѣдуетъ огрнчнннннть ее, какъ это имѣнннсь недѣлно, сдннннмъ случннннмъ дѣлннн. *Прнм. из.*

Такимъ образомъ право сохраняется даже тогда, которое съ фактической точки зрѣнія давно прекратилось.

2. По отношенію къ предметамъ.

§ 128.

Фактъ владѣнія предполагаетъ такую вещь, по отношенію къ которой возможны тѣлесное (фактическое) отношеніе и *animus*. Поэтому нѣтъ владѣнія изъятыхъ безтѣлесныхъ вещей и, при излѣтнхъ обстоятельствахъ, части вещей. Вопросъ о владѣніи частями вещи можетъ встрѣтиться при разсмотрѣніи владѣнія а) нѣсколькихъ лицъ: могутъ ли нѣсколько лицъ владѣть одною вещью *pro diviso*, и б) одного и того же лица: лицо, владѣющее цѣлою вещью, владѣетъ ли и частями ея? Основное правило здѣсь таково: только тѣ вещи, которыя имѣютъ отдѣльное существованіе, могутъ быть предметомъ особаго владѣнія, хотя простое физическое соединеніе вещей не всегда исключаетъ отдѣльное ихъ существованіе. Владѣніе составными частями вещи, напр. зданіями помимо земли, отдѣльными частями одного животного, рѣшительно невозможно: 1) владѣніе нѣсколькихъ лицъ одною вещью *pro diviso* не мыслимо; такъ если по отношенію къ почвѣ допустить традицію и положительно признать *superficies*, то субъектъ его все-таки сдѣлается бы владѣльцемъ цѣлой вещи; но при этомъ 2) лицо, владѣющее цѣлымъ, не владѣетъ раздѣльно частями (домомъ и землею отдѣльно).

Также несомнѣнно возможно и владѣніе частями одной *universitas rerum (distantium)* т. е. физически самостоятельными вещами, связь которыхъ только мысленная; но за то владѣніе возможно только по отношенію къ этимъ отдѣльнымъ вещамъ, но отнюдь не по отношенію къ самой *universitas*.

Сомнительнымъ представляется вопросъ о владѣніи физическими частями одной вещи, существенно между собою не связанными, напр. участками поля, разными строительными матеріалами дома, колесомъ отъ экипажа. Изъ всѣхъ отношеній сюда случаевъ одинъ долженъ быть признанъ безспорнымъ. Отдѣльное владѣніе вещью, составлявшею прежде часть другой, сложной вещи, — возможно послѣ окончательнаго отдѣленія ея. Въ земельныхъ участкахъ такое отдѣленіе совершается безъ уничтоженія физической связи между ними: отдѣленный участокъ трактуется какъ самостоятельное поле и владѣніе имъ возможно отдѣльно отъ владѣнія остальными участками. Такое отдѣльное владѣніе естественно предполагаетъ опредѣленность объекта:

участокъ не можетъ быть *locus incertus*. Советить другое слѣдуетъ сказать о движимыхъ вещахъ: въ нихъ невозможно отдѣленіе составныхъ частей до тѣхъ поръ, пока существуетъ связь между ними.

Спорнымъ представляется здѣсь вопросъ о томъ, возможно ли отдѣльное владѣніе такими частями движимости при существованіи между ними связи.

1) Нѣсколько владѣльцевъ движимой вещи—*pro diviso*—цѣплыми, такъ какъ невозможенъ самый *corpus* владѣнія, который будетъ принадлежать только лицу, владѣющему цѣлою вещью. Такое владѣніе возможно лишь въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ цѣлою вещи владѣть *alieno nomine* и частью ея, напр. когда коммодатарій присоединить чужую вещь къ своей (законнымъ способомъ), напр. и ссужаю кого-либо дорогами для тарантаса, или балкою для возведенія подмостковъ. Лицо, употребившее въ дѣло дороги или балку, будетъ владѣть ими *alieno nomine*, а всѣмъ тарантасомъ или подмостками — *suo nomine*.

2) Предметомъ спора былъ вопросъ: лицо, владѣющее цѣлою вещью, владѣть ли въ то же время частями ея? Правильное разрѣшеніе его весьма важно для *usucarij*. Отвѣтъ, даваемый положительнымъ правомъ, далеко не обнимаетъ всего вопроса, который многими считался двусмысленнымъ; поэтому необходимо постараться дать удовлетворительный отвѣтъ на него на основаніи внутреннихъ началъ.

Со стороны *corpus*'а нѣтъ препятствій для такого совмѣстнаго владѣнія цѣлою вещью и частями ея, такъ какъ если вся вещь находится въ физическомъ обладаніи лица, то оно конечно простираетъ свою власть и на части ея, даже болѣе чѣмъ когда части отдѣлены отъ цѣлаго. Поэтому и *actio ad exhibendum* обращается противъ владѣльца цѣлою вещью.

Animus также самъ по себѣ возможенъ, но онъ не совпадаетъ съ *corpus*, направленнымъ на цѣлую вещь. Поэтому въ данномъ случаѣ не достаетъ опредѣленности, познаваемости *animus*'а, необходимой при владѣніи. По устраненіи этого препятствія совмѣстное владѣніе цѣлою вещью и частями ея становится возможнымъ. Здѣсь необходимо различать слѣдующіе два пункта:

1) Кто овладѣваетъ вещью, тотъ приобретаетъ владѣніе надъ цѣлымъ, а не надъ отдѣльными частями. Воля его или вовсе не направлена на эти отдѣльныя части, или даже если и направлена, то представляется неопредѣленною, неузнаваемою ¹⁾.

¹⁾ L. 2. §. 6. D. pro cmt. (41,4), L. 23. pr. D. de usurp (41,3).

Различіе, которое многіе стремились провести въ этомъ отношеіи между вещами недвижимиыи и движимыи, представляется совершенно несповоательнымъ.

2) Лицо, владѣвшее самостоятельно, отдѣльно существующею вещью, имѣло извѣстный, на эту вещь направленный *animus*. Этотъ *animus* не уничтожается вслѣдствіе того, что напр. оно присоединило свою вещь къ другой вещи и тѣмъ составило новое цѣлое. Въ этомъ случаѣ явится владѣніе цѣлою вещью и частью ея одновременно. Такъ какъ владѣніе частью вещи (прежнею отдѣльною вещью) уже принадлежало лицу, то оно должно и теперь принадлежать ему же, потому что владѣлецъ ни согрѣе, когда онъ владѣетъ цѣлою новою вещью, ни *animus* не утратилъ своего владѣнія. Такимъ образомъ давность продолжаетъ течь по отношенію къ означенной вещи. Тотъ же взглядъ положительно выраженъ въ римскомъ правѣ ¹⁾ Многихъ приводила въ недоумѣніе слова: *decem dies*, подъ которыми разумѣлось малое пространство времени, распоряженіе, допущеніе начала справедливости, вѣвъ которыхъ будто юрисконсулы признавали потерю владѣнія. Но во всей цитатѣ заключается лишь объясненіе извѣстнаго случая, *decem dies* представляютъ торжественный примѣръ, встрѣчаемый и въ другихъ мѣстахъ ²⁾ Нѣкоторые неосновательно признавали здѣсь полную связь между вещами, тогда какъ употребляли двѣ составныя части зданія—крыша и стѣны, служащія поддержкою всему зданію. Наконецъ думали, что цитированному мѣсту противорѣчить другое ³⁾, въ которомъ будто бы отрицается если не владѣніе вообще, то владѣніе *ad usucapionem*. Хотя пожалуй и можно допустить, что здѣсь отрицается послѣдній видъ владѣнія, по указанное мѣсто можетъ быть понимаемо гнисте-

¹⁾ L. 30 § 1. D. de usurp. (41 3: *Labeo libris epistolarum ait, si is. cni ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent. in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapiturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus nisi, sed mobilia permanent, ut in annulo gramma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucari, cum utrumque maneat integrum* Противъ указаннаго въ текстѣ объясненія эгъ цитата возсталъ Бениаръ, Pand § 124. прим. 16, который слово *coniecisset* переводитъ: «не употребить тѣтъсь же въ постройку, но гдѣ ктоудь сложитъ на время». *Basilic. p. 59* гдѣтъсь въ отод. рѣш. съ эгъмъ. первоначомъ ирочемъ трудно кнѣтъсь согласитъ послѣдующее: *si aedificium possedisset и противноеположеніе: quae non quidem implicantur rebus nisi, sed mobilia permanent.*

²⁾ L. 50. D. de minor. 4.4.

³⁾ L. 7. §. 1. D. ad exhib. (10.4: *Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, quamvis tunc citiliter non possideas.*

тически; при томъ же оно отрицаетъ *usucapio* не вслѣдствіе какого-либо недостатка владѣнія: основаніе отрицанія въ немъ вовсе не приведено. Основаніе это скорѣе заключается въ *res furtiva*, т. е. въ такомъ порокѣ, который, по словамъ Гая, весьма часто встрѣчается при давностномъ приобрѣтеніи чужихъ вещей. Упомянутое о связи относится только къ *actio ad exhibendum*, необходимымъ условіемъ которой и служитъ эта связь.

Право владѣнія не распространяется на вещи, изъятые изъ гражданскаго оборота (*commercium*); право это есть имущественное право, означенныя же вещи не могутъ служить объектами имущественныхъ правъ.

Однако, какъ выше—по отношенію къ лицамъ, такъ и здѣсь—относительно вещей, право установило не одни ограниченія, но въ число объектовъ владѣнія включило и такіе, которые отнюдь не могли бы считаться объектами съ естественной точки зрѣнія. Сюда прежде всего относится владѣніе правами, *juris quasi possessio* (см. ниже), далѣе владѣніе идеальными (мысленными) частями вещей. Фактъ владѣнія ими собственно невозможенъ, такъ какъ нельзя простираť свою физическую власть на то, что существуетъ только въ воображеніи. Помѣщеніе владѣнія въ ряду другихъ правъ повело къ признанію *совладѣнія* (*coproressio*, *Mitbesitz*), подобнаго собственности, т. е. были признаны нѣсколько владѣльцевъ вещью по долямъ, *quota*. Но необходимо, чтобы *animus* былъ направленъ на известную долю вещи, а это предполагаетъ слѣдующія два условія: 1) возникновеніе такихъ мысленныхъ долей должно произойти вслѣдствіе какого-либо юридическаго событія (напр. покупки, даренія и пр.), а не вслѣдствіе субъективнаго произвола лицъ, 2) владѣлецъ долженъ имѣть въ виду опредѣленную долю и потому долженъ знать какою именно долею ему приходится владѣть. Это положительно выражено въ L. 32. §. 2. D. de usurp. ¹⁾. Что же однако значатъ слова—*mera subtilitate*? Изъясненіе ихъ кажется съ перваго взгляда необходимымъ, но на самомъ дѣлѣ оно вовсе не нужно. Изъ содержащагося въ указанномъ мѣстѣ принципа слѣдуетъ только, что мы ни одно лицо не можемъ назвать владѣльцемъ какой-либо мысленной части; это важно, когда возникаетъ споръ между совладѣльцами; если же они владѣютъ согласно, то каждое лицо признается владѣльцемъ по отношенію къ третьимъ лицамъ. Приобрѣтенію ими вещи посредствомъ

1) L. 32. §. 2. D. de usurp. (41,3): *Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.*

давности не будетъ препятствовать незнаніе причитающейся каждому изъ нихъ доли. Ошибочность вывода Лабеопа заключается въ томъ, что имъ изъ послышки „никто не владѣеть частью“ сдѣлано заключеніе „потому никто не можетъ считаться владѣльцемъ“¹⁾.

3. Исключительность владѣнія.

§ 129.

Нѣсколько лицъ не могутъ въ одно и то же время владѣть одною и тою же цѣлою вещью: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. Возможность одновременнаго бытія естественнаго и юридическаго владѣнія не представляется исключеніемъ изъ этого правила, такъ какъ собственно владѣльцемъ будетъ лицо, владѣющее юридически, фактической же владѣлецъ только осуществляетъ владѣніе перваго. Не будетъ также исключеніемъ то положеніе, что лицо, принимающее въ закладъ чью-либо движимость становится юридическимъ владѣльцемъ ея, тогда какъ залогодатель перестаетъ юридически владѣть ею; итердикты, охраняющіе владѣніе, предоставлены залогопринимателю; залогодатель же—въ интересахъ вѣрителя—мыслится продолжающимъ свое владѣніе *quoad usucapionem*, потому что въ противномъ случаѣ перенесеніе юридическаго владѣнія на залогопринимателя, съ цѣлю обезпеченія, заключало бы въ себѣ причину его уничтоженія. Здѣсь не будетъ владѣнія нѣсколькихъ лицъ *in solidum*, такъ какъ владѣть только залогоприниматель. Указанная фикція означаетъ лишь, что *usucapio* въ видѣ исключенія можетъ продолжаться и помимо владѣнія

Нѣкоторые римскіе юристы стояли за видоизмѣненіе вышеуказаннаго естественнаго правила въ томъ случаѣ, когда одно лицо владѣло *injuste*, а другое *juste*, напр. при *precario accipiens* и *dans*. Взгляды ихъ имѣетъ слѣдующее основаніе. При *interdicta retinendae possessionis* побѣда можетъ остаться за лицомъ, въ данное время не владѣющимъ, потому, что другое лицо приобрѣло отъ него его владѣніе *injuste*; такимъ образомъ лицо не владѣющее признается владѣльцемъ (*retinet possessionem*) по отношенію къ тому лицу, которое владѣетъ *injuste*. Многие юристы выражаютъ ту же мысль слѣдующимъ образомъ: *injuste*

¹⁾ Ср. также прил. XII. Противъ признанія такой негодной *subtilitas* Лабеопа справедливо возсталъ Бенингъ, *Einl. in die Pand.* (1853) § 12, 4, стр. 459, прил. 11; *Grundriss des gemeinen Civilrechts* 4 изд. 1852) прил. в. стр. 34. Ср. замѣтку въ прил. XII. Прим. изд.

tus possessor владѣть съ естественной точки зрѣнія, съ юридической же владѣть и тотъ, который есть *justus possessor*; такимъ образомъ выходитъ, что одновременно возможны *justa possessio* и *injusta*. Ошибка ихъ заключалась въ томъ, что вышеуказанныя послѣдствія, заключающіяся въ природѣ владѣльческихъ интердиктовъ, были приняты за матеріальную истину и отъ нихъ сдѣланы дальнѣйшіе выводы—далеко за предѣлы упомянутаго основнаго принципа; поэтому напр., если у меня *vi* отнята кѣмъ-либо вещь и затѣмъ у этого лица также *vi* отнята третьимъ лицомъ, то побѣда вслѣдствіе *interdictum retinendae possessionis* не осталась бы ни за однимъ изъ нихъ, такъ какъ каждый является владѣльцемъ.

Этотъ взглядъ положительно отвергнуть въ юстиніанскомъ правѣ и только *injustus possessor* считается дѣйствительнымъ владѣльцемъ¹⁾; впрочемъ вслѣдствіе небрежности составленія свода остались въ немъ нѣкоторые слѣды прежняго воззрѣнія; эти остатки могутъ пожалуй также объясняться различіемъ въ воззрѣніяхъ самихъ компиляторовъ.

В. Приобрѣтеніе владѣнія.

§ 130.

Для приобрѣтенія владѣнія необходимо возникновеніе двухъ его элементовъ въ лицѣ приобрѣтателя. Только соединеніе ихъ является собственно приобрѣтеніемъ владѣнія:

- 1) *animus*,—который обыкновенно предшествуетъ,
- и 2) *corpus*—завладѣніе, *arrehensio*.

До Савинья существовала теорія, протіворѣчащая какъ сущности владѣнія, такъ и положительному праву,—будто для приобрѣтенія владѣнія необходимо тѣлесное прикосновеніе къ вещи: взятіе ея въ руки, вступленіе на недвижимость, и что лишь въ видѣ исключенія допускаются символическія дѣйствія, напр. передача ключей и многіе другіе символы германскаго туземнаго права, перенесенные на римское ученіе о владѣніи. Прежде всего необходимо замѣтить, что символическаго приобрѣтенія владѣнія нѣтъ вовсе: символическое дѣйствіе могло бы вызвать только символическую власть, владѣніе же есть власть дѣйствительная. Символь мыслимъ только для духовнаго, но не для тѣлеснаго акта; символъ есть чувственное выраженіе того, что выше чувствъ, но не наоборотъ. Тѣлесное прикосновеніе къ

¹⁾ L. 3. §. 5 D. de adquir. poss. (41, 3).

вещи вообще безразлично для владѣнія и не играетъ при приобрѣтеніи его никакой роли: какъ оно можетъ быть безъ завладѣнія, такъ и завладѣніе возможно помимо прикосновенія.

Для завладѣнія необходимъ тѣлесный (физическій) актъ, результатомъ котораго является фактическая власть надъ вещью, который устанавливаетъ между лицомъ и вещью извѣстное тѣлесное отношеніе и заключаетъ въ себѣ возможность полнѣйшаго и произвольнаго воздѣйствія на вещь. Итакъ, въ случаѣ достиженія такого результата существуетъ завладѣніе; достигнутъ ли онъ такъ или иначе—все равно. Такимъ актомъ можетъ быть и физическое прикосновеніе къ вещи, лишь бы рождались вышеуказанныя послѣдствія (но не можетъ быть напр. вступленіе на землю, находящуюся во владѣніи другаго); далѣе, передача ключей отъ запертаго хранилища — вблизи этого послѣдняго, такъ какъ если она произойдетъ вдали отъ него, то нельзя будетъ связать, что возникла возможность произвольнаго воздѣйствія на вещь; далѣе нахождение (das Stehen) приобрѣтателя около самой вещи или вблизи ея, *longa manu traditio, custodia*, держаніе вещи въ зданіи, находящемся въ нашемъ владѣніи, причемъ самое присутствіе приобрѣтателя излишне.

Владѣніе вещами, находящимися въ нѣдрахъ земли, приобрѣтается только послѣ вырытія ихъ; до этого времени существованіе ихъ достовѣрно неизвѣстно, такимъ образомъ нѣтъ объѣкта для опредѣленнаго *animus*, также нѣтъ возможности произвольнаго воздѣйствія. (Съ этимъ отнюдь не должно смѣшивать то положеніе, что владѣніе не уничтожается послѣдствіемъ зарытія вещи въ землю, см. ниже). Владѣніе дикимъ животнымъ считается, кромѣ случая поимки его, еще приобрѣтеннымъ тогда, когда оно убито, подъ необходимымъ условіемъ возможности произвольнаго воздѣйствія на трупъ его. Этой возможности не будетъ въ случаѣ простаго пораненія животнаго, хотя бы и смертельнаго, *quia multa accidere possunt, ut eam non carniamus*¹⁾.

Обыкновенно *animus* предшествуетъ завладѣнію; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ можетъ слѣдовать за фактическимъ отношеніемъ. 1) *Corpus* можетъ существовать предъ какимъ бы то ни было *animus*, напр. лицо въ мое отсутствіе положило мнѣ подарокъ въ моемъ жилищѣ, или передало его третьему, лицу, которое не было уполномочено мною на принятіе подарка; 2) *corpus* предшествуетъ лишь самому *animus domini*—напр. арендаторъ покупаетъ бывшій у него въ арендѣ земель

¹⁾ L. 5. §. 1., L. 55. D. de acquir. rer. dom. (41,1).

ный участокъ. Для приобрѣтенія юридическаго владѣнія въ этомъ случаѣ не нужно новаго завладѣнія, а достаточно признанія одного *animus domini*; это—*brevi manu traditio* (превращеніе естественнаго владѣнія въ юридическое).

Завладѣніе можетъ, кромѣ того, совпасть съ понятіемъ владѣнія при оккупаци и традиціи. Одностороннее приобрѣтеніе владѣнія безъ содѣйствія прежняго владѣльца называется *occupatio*; если прежній владѣлецъ просто отказался отъ своего владѣнія, а другое лицо завладѣло оставленной вещью, то это также будетъ *occupatio*. Если же приобрѣтеніе владѣнія происходитъ по волѣ прежняго владѣльца, который съ этою цѣлью прекращаетъ свое владѣніе и тѣмъ обусловливаетъ возможность приобрѣтенія, то это уже будетъ *traditio*. Для этого необходимо: 1) такое дѣйствіе лица передающаго (*tradent*), которымъ онъ съ одной стороны прекращаетъ свое владѣніе, съ другой— посредствомъ словеснаго дозволенія или фактическаго облегченія приобрѣтенія,—выражаетъ волю, чтобы другое лицо приобрѣло владѣніе вещью; 2) со стороны приобрѣтателя требуется все то, что необходимо для односторонняго приобрѣтенія владѣнія и кромѣ того намѣреніе приобрѣсть данное владѣніе отъ другаго лица.

Традиція не есть производный способъ приобрѣтенія владѣнія потому, что такового вовсе быть не можетъ. Во владѣніи не существуетъ преемства; преемникомъ факта можно быть не юридически, а только фактически. Традиція, пожалуй, заключаетъ въ себѣ производный способъ приобрѣтенія—преемство, но оно относится только къ юридическому элементу, связанному съ владѣніемъ ¹⁾.

Приобрѣтеніе владѣнія возможно посредствомъ представителей ²⁾. Для этого необходимо:

1) Извѣстное представительное отношеніе (см. выше).

2) Завладѣніе вещью посредствомъ представителя. *Corpus* владѣнія устанавливается въ лицѣ представителя. Можетъ впрочемъ случиться, что представитель еще прежде находился въ извѣстномъ физическомъ отношеніи къ вещи; тогда конечно не нужно новаго завладѣнія. Этотъ видъ традиціи называется *constitutio possessorium* (см. ниже).

¹⁾ Брициъ (*Lehrb.* § 130 прим. d) не безъ основанія защищаетъ возможность преемства. То обстоятельство, что владѣніе втораго владѣльца есть новое, не исключаетъ понятія преемства, такъ какъ и производное приобрѣтеніе права собственности было бы новымъ приобрѣтеніемъ, а мы все таки говоримъ о *successio* преемства не *in locum*, а *in rem* *Прим изд.*

²⁾ *Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.* Изъ Пандектъ.

3) Воля представителя приобрести владѣніе для другаго лица; безъ такой воли онъ дѣйствуетъ не въ качествѣ представителя и потому не приобретаетъ для лица представляемаго (*dominus*). Въ некоторыхъ случаяхъ обратная воля, т. е. намѣреніе представителя владѣть для третьяго лица, ничтожна и владѣніе приобретается все-таки лицомъ представляемымъ, напр. воля у *filiusfamilias*. При приобретеніи владѣнія этимъ послѣднимъ по приказанію отца возможны три случая неповиновенія: а) сынъ желаетъ приобрести для третьяго лица, здѣсь отецъ ничего не приобретаетъ; б) онъ хочетъ приобрести вещь для себя, если это возможно, и с) онъ намѣренъ приобрести владѣніе для себя, даже когда это запрещено, *ex re patris*; здѣсь владѣніе все-таки приобретается для отца. -

Другой случай, когда измѣна представителя не препятствуетъ приобретению владѣнія, встрѣчается при традиціи ¹⁾, именно, когда традентъ имѣетъ намѣреніе (волю) сдѣлать владѣльцемъ не представителя, а лицо представляемое. Такая воля традента является ненужною, когда представитель точно исполняетъ свои обязанности. Она нужна только для восполненія недостаточности представительства.

Воля представителя безъ завладѣнія вполне достаточна для того, чтобы сдѣлать *dominus*'а владѣльцемъ, въ томъ случаѣ, когда представитель прежде владѣлъ уже вещью (*constitutum possessorium*). Прежній юридическій владѣлецъ дѣлаетъ такимъ же владѣльцемъ другое лицо, выразивъ намѣреніе владѣть на будущее время его именемъ. Это есть перенесеніе владѣнія посредствомъ превращенія прежняго юридическаго владѣнія въ естественное (обратная *brevi manu traditio*), напр. продажа вещи лицу и оставленіе ее у себя въ арендѣ. Тотчасъ по соглашеніи сторонъ традиція считается совершившеюся, такъ какъ въ этотъ моментъ прежній владѣлецъ принимаетъ отъ себя самого владѣніе въ качествѣ представителя новаго владѣльца. Точно то же бываетъ, когда продавецъ соглашается сохранить у себя проданную вещь до присылки за ней (конечно, если волею контрагентовъ устанавливалась немедленная передача вещи): согласіе продавца дѣлаетъ его изъ юридическаго владѣльца депозитаріемъ; но онъ остается собственникомъ вещи, если купля-продажа должна была вполне окончиться взятіемъ вещи покупателемъ и если до этого времени сдѣлка оставалась *in suspenso*.

4) Воля приобретателя. Относительно *animus*'а представительство невозможно: *ignoranti possessio non acquiritur*; но

¹⁾ L. 13. D. de donat. (39,5).

спеціальное происшествіе, обусловливающее приобрѣтеніе, можетъ быть неизвѣстно приобрѣтателю; поэтому можно также сказать *possessio ignorantis acquiritur*; если напр. я послалъ повѣреннаго для приобрѣтенія владѣнія извѣстной вещью, то я дѣлаюсь владѣльцемъ въ самый моментъ завладѣнія ея повѣреннымъ. Такое значеніе спеціальнаго происшествія относится къ *conditio usucapiendi* (см § 157). Необходимый *animus possidendi* приобрѣтателя заключается такимъ образомъ въ порученіи или приказаніи повѣренному, которое однако должно быть спеціально направлено на приобрѣтеніе владѣнія. Поэтому *dominus* приобрѣтаетъ владѣніе посредствомъ *procurator'a omnium bonorum*—только послѣ ратификаціи его дѣйствія. Но съ другой стороны не слѣдуетъ придавать слишкомъ обширнаго значенія необходимости спеціальнаго порученія; лицу, дающему порученіе, нѣтъ нужды знать о спеціальной вещи, повѣренному также можетъ быть предоставленъ выборъ изъ цѣлаго рода вещей.

Существуютъ впрочемъ исключенія изъ правила о необходимости воли приобрѣтателя: 1) для опекуновъ и представителей юридическихъ лицъ (см. § 127) и 2) для *rescissio*. Поэтому для приобрѣтенія владѣнія достаточно *consensus rescissii*, т. е. общей воли; такимъ образомъ здѣсь вполнѣ примѣняется правило „*possessio ignorantis acquiritur*“, даже и при *usucapio*.

С. Прекращеніе владѣнія.

§ 131.

Лицо владѣетъ вслѣдствіе соединенія *corpus* и *animus*. Вслѣдствіе прекращенія одного изъ этихъ элементовъ, владѣніе прекращается, существенная связь лица съ вещью разрушается, такъ какъ невозможно владѣть однимъ *animus* или однимъ *corpore*.

Но относительно прекращенія этихъ элементовъ существуютъ особыя юридическія правила. Съ естественной точки зрѣнія пришлось бы сказать, что владѣніе прекращается тотчасъ же, какъ соединеніе ихъ перестаетъ быть такимъ, какимъ оно требовалось для начала владѣнія. Но въ такомъ случаѣ продолженіе владѣнія сдѣлалось бы невозможнымъ и вопросъ о владѣніи по большей части (именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда важенъ не одинъ моментъ приобрѣтенія его) утратилъ бы всякій юридическій интересъ. Поэтому принято считать владѣніе продолжающимся, хотя бы *corpus* и *animus* не оставались такими, какими были въ началѣ; признакомъ прекращенія вла-

дѣнія служить наступленіе для одного изъ его элементовъ противоположнаго ему состоянія ¹⁾).

Такимъ образомъ лицо можетъ утратить владѣніе

1) *Corporis*—вслѣдствіе невозможности произвольно проявлять свою фактическую власть надъ вещью, напр. при потерѣ ея. Когда земледѣлецъ оставитъ свой плугъ на ночь въ полѣ, то онъ не лишается владѣнія плугомъ, если только его не унесетъ съ поля кто-либо другой. Когда вещь потеряется или затеряется въ собственномъ домѣ лица, то *corpus possessionis* продолжается потому, что оно находится подъ охраной (*custodia*) лица; владѣніе же вещью, потерянною внѣ дома, прекращается. По отношенію къ дикимъ животнымъ *corpus* существуетъ до тѣхъ поръ, пока они заперты, скованы, или настолько приручены, что, какъ напр. пчелы и голуби, имѣютъ *consuetudo revertendi*. Владѣніе животнымъ, успѣвшимъ освободиться и убѣжать, считается продолжающимся до тѣхъ поръ, пока это животное еще видно и пока есть вѣроятность второй его поимки. Но *corpus* прекращается вслѣдствіе того, что вещь дѣлается составною, интегрирующею частью другой вещи; при обращеніи одной вещи во внѣшнюю, неинтегрирующую часть другой, *corpus* прекращается только тогда, когда цѣлая вещь переходитъ во владѣніе другаго лица, не являющагося представителемъ перваго (см. выше).

То особое правило, что владѣніе земельными участками не прекращается вслѣдствіе отсутствія ихъ хозяина, вытекаетъ уже изъ общаго правила. Съ другой стороны лицо, находящееся на земельномъ участкѣ, можетъ утратить владѣніе имъ, напр. если оно будетъ подвергнуто на немъ лишенію свободы. То обстоятельство, что владѣлецъ лично не можетъ, напр. по болѣзни и т. п., бывать на своемъ земельномъ участкѣ, не обуславливаетъ прекращенія его владѣнія до тѣхъ поръ, пока участокъ свободенъ отъ посторонняго владычества. Но по отношенію къ потерѣ владѣнія влѣдствіе дѣятельности другаго лица—существуетъ нѣкоторое странное отступленіе. Владѣніе вещами собственно прекращается тотчасъ же послѣ того, какъ другое лицо завладѣло ими; такъ бываетъ при владѣннн движимостью. Но для земельныхъ участковъ допущено исключеніе: владѣніе ими не прекращается безъ вѣдома владѣльца о чужомъ завладѣннн, т. е. не прекращается до тѣхъ поръ, пока онъ не узнаетъ о чужомъ захватѣ и добровольно или вынужденно оста-

¹⁾ L. 153. D. de R. I. (50.17): *Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.*

нется въ бездѣйствіи—не приметъ мѣръ къ немедленному удаленію лица, совершившаго захватъ. Такое знаніе о завладѣніи требуется не непременно отъ владѣльца, а и отъ лица, физически осуществляющаго владѣніе, поэтому и отъ представителя, если таковой имѣется.

2) *Animo*—только влѣдствіе *animus non possidendi*, такъ какъ лишь такая воля можетъ считаться противоположностью намѣренію владѣть. Продолженія опредѣленной воли владѣть не требуется; поэтому напр. сумасшествіе или забвеніе не прекращаютъ владѣнія и затѣмъ лица, не могущія имѣть воли, не могутъ своимъ *animo* лишиться владѣнія. Для того, чтобы утратить владѣніе *animo*, необходимо отказаться отъ него, и это можетъ быть совершено *tacite*, посредствомъ какаго-либо дѣйствія, предполагающаго отказъ отъ владѣнія. Но не всякое дѣйствіе, несогласное съ владѣніемъ, можетъ считаться выраженіемъ прекращенія владѣнія, такъ какъ несоотвѣтствіе это можетъ произойти вслѣдствіе ошибки; напр. лицо предъявляетъ *rei vindicatio*, а она несогласна съ его владѣніемъ; поэтому можно было бы пожалуй сказать, что оно такимъ предъявленіемъ прекратило владѣніе, но это будетъ совершенно не вѣрно ¹⁾.

Владѣніе можетъ быть продолжаемо представителями, которые владѣютъ именовъ юридическаго владѣльца. Этотъ послѣдній владѣтъ *corpore alieno* и можетъ поэтому утратить владѣніе *animo suo*, но отнюдь не *corpore suo*, напр. онъ не теряетъ владѣнія вслѣдствіе *dejectio* въ то время, какъ представитель продолжаетъ владѣть. Владѣніе въ лицѣ представителя можетъ прекратиться *corpore* въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Представитель утрачиваетъ *corpus* помимо своей воли, напр. вслѣдствіе *dejectio*; это влечетъ за собой потерю владѣнія.

2) Представитель хочетъ отнять владѣніе у представляемаго лица. Одно такое намѣреніе представителя впрочемъ не обусловливаетъ прекращенія владѣнія; самый *corpus possessionis* долженъ построиться такимъ образомъ, чтобы владѣніе должно было непременно прекратиться, хотя бы и владѣль самъ *dominus*. Измѣна представителя имѣетъ то послѣдствіе, что онъ въ своихъ неправильныхъ дѣйствіяхъ трактуется уже не какъ пред-

1) L. 12. §. 1. D. de poss. (41,2.): *Nihil commune habet proprietatis cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.* Юристъ устраняетъ два основанія, которыя могли бы казаться противорѣчащими изтердкату: 1) *exceptio rei in iudicium deductae*,—къ этому относятся начальныя слова, и 2) *animus non possidendi*,—къ этому относятся слова *non enim etc.*

ставитель, а какъ посторонній человекъ. Она можетъ выражаться въ слѣдующихъ формахъ: а) представитель принимаетъ *animus domini*; въ этомъ случаѣ необходимо новое завладѣніе—захватъ движимой вещи, какъ при *furtum*, и заявленіе о владѣніи вещью помимо прежняго владѣльца—для недвижимостей; б) представитель хочетъ владѣть именемъ другаго лица, таковъ напр. случай продажи вещи и взятія ея въ аренду отъ покупателя; здѣсь необходимо завладѣніе со стороны послѣдняго, какъ будто бы представителя вовсе не было; в) прекращеніе владѣнія со стороны представителя; отказаться отъ владѣнія представитель не имѣетъ права, такъ какъ *animus possidendi* не подлежитъ его распоряженію, а его собственный *animus non possidendi* не имѣетъ значенія. Но кромѣ того передача вещи третьему лицу не всегда является потерей владѣнія. Только владѣніе вещами движимыми прекращается такимъ образомъ, такъ какъ для прекращенія его достаточно простаго завладѣнія, даже помимо какого-либо дѣйствія представителя; но такимъ образомъ отнюдь не прекращается владѣніе земельными участками. По этому поводу между римскими юристами существовало разногласіе; Юстиніанъ предпочелъ тотъ взглядъ, который согласуется съ разрѣшеніемъ другихъ случаевъ ¹⁾.

3) Представитель, вслѣдствіе сумасшествія или смерти, перестаетъ имѣть волю осуществлять чужое владѣніе. Здѣсь не будетъ *contagium* по отношенію къ *corpus* и потому владѣніе не прекращается; оно не прекращается также вслѣдствіе уничтоженія представительныхъ отношеній, напр. истеченія аренднаго срока, отміянія порученія (*mandatum*); до тѣхъ поръ пока арендаторъ сохраняетъ владѣніе, онъ остается представителемъ лица, отдавашаго вещь въ аренду. Если же онъ перестаетъ владѣть, то *corpus possessionis* въ томъ видѣ, въ какомъ онъ долженъ былъ существовать для приобрѣтенія владѣнія, конечно, уничтожается, но это не обуславливаетъ еще прекращенія самаго владѣнія,

IV. Послѣдствія и охраненіе владѣнія.

А. Овщія понятія.

§ 132.

До сихъ поръ мы разсматривали вопросъ о томъ, кто считается владѣльцемъ—вопросъ, имѣющій юридическое значеніе, бла-

¹⁾ L. 40. §. 1., L. 44. §. 2. D. de adqu. poss. (41,2). Ср. съ L. 12. C. h. t. (7,32.).

годара тѣмъ послѣдствіямъ, которыя связаны съ владѣніемъ. Въ числѣ послѣдствій необходимъ указать 1) на приобрѣтеніе права собственности, являющееся результатомъ или приобрѣтенія владѣнія (*occupatio, traditio*), или продолженія его въ теченіи извѣстнаго времени (*usucapio*) и 2) на охраненіе владѣнія посредствомъ *Publiciana in rem actio* и посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ (*interdicta quae possessionis causam habent*). Въ этихъ то интердиктахъ и проявляется главнѣйшее дѣйствіе владѣнія, какъ извѣстнаго состоянія, потому именно, что они съ одной стороны являются лишь послѣдствіемъ одного владѣнія, тогда какъ при *usucapio* присоединяется еще факторъ— время, съ другой же это— послѣдствія чисто фактическаго владѣнія, тогда какъ *usucapio* и *Publiciana actio* предполагаютъ такое владѣніе, которое заключаетъ въ себѣ и нѣкоторые другіе элементы, Поэтому здѣсь будетъ рѣчь только о владѣльческихъ интердиктахъ.

Посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ охраняется владѣніе ради его самого, охраняется чистый фактъ юридическаго владѣнія и, благодаря именно этому охраненію, владѣніе дѣлается правомъ. Эти интердикты бываютъ двоякаго рода, *interdicta retinendae possessionis*—объ удержаніи существующаго владѣнія и *interdicta recuperandae possessionis*—о возстановленіи владѣнія уже нарушеннаго; владѣніе служитъ основой обоимъ этимъ видамъ, въ первомъ—основой наличною, во второмъ—прошедшею. Но *interdicta adipiscendae possessionis* не могутъ быть относимы сюда, такъ какъ владѣніе служитъ не основой ихъ, а предметомъ ¹⁾. Различіе между *possessio justa* и *injusta* не имѣетъ абсолютнаго значенія для охраненія владѣнія. Интердикты даются для послѣдняго вида владѣнія точно также, какъ и для перваго, съ тою однако разницею, что *injustus possessor* долженъ всегда опасаться предъявленія экспенціи *vitiosae possessionis ab adversario*,—со стороны того лица, отъ котораго онъ получилъ владѣніе *vi, clam* или *precario*; т. е. если произойдетъ столкновеніе между двумя владѣльцами—настоящимъ и прежнимъ, то побѣда останется за первымъ, если онъ есть *justus possessor*, или хотя и *injustus*, но приобрѣлъ неправильно владѣніе отъ третьяго лица, а не отъ прежняго владѣльца; этотъ послѣдній можетъ оспаривать у него владѣніе посредствомъ *interdictum retinendae* или *recuperandae possessionis*.

Прежде (то есть до Савиньи), обыкновенно насчитывали множество послѣдствій владѣнія, при чемъ многія случайныя по-

¹⁾ Ср. §. 85. стр. 235. прим. 3.

Прим. иуд.

слѣдствія смѣшивались съ тѣми, истиннымъ источникомъ которыхъ дѣйствительно было владѣніе. Сюда относятся: а) *jus retentionis*, которое отнюдь не вытекаетъ изъ владѣнія и не имѣетъ его своей основой; таковою на самомъ дѣлѣ служить недобросовѣстный образъ дѣйствій истца, владѣніе же является только средствомъ осуществленія самаго права, безъ котораго это осуществленіе недоступно отвѣтчику; б) право самозащиты (*Selbstvertheidigung*); всякое лицо, подвергнутое нападенію, можетъ по нашему мнѣнію защищаться, будетъ ли оно владѣльцемъ или нѣтъ, напр. защищать свое тѣло; в) освобожденіе владѣльца отъ обязанности представлять доказательства; это преимущество является не послѣдствіемъ владѣнія, а появленіи лица на судѣ въ качествѣ отвѣтчика (потому въ римскомъ правѣ *possessor* значитъ также отвѣтчикъ); это качество можетъ случайно находиться въ связи съ владѣніемъ, но это не вездѣ имѣетъ существенное значеніе, а потому указанное правило слѣдуетъ признать невѣрнымъ; наконецъ д) то же должно сказать о правилѣ: *in pari causa melior est conditio possidentis* (т. е. выйдете положеніе того лица, которое сопротивляется измѣненію даннаго отношенія, сравнительно съ положеніемъ того, которое добивается этого измѣненія. Независимость всѣхъ указанныхъ случайныхъ послѣдствій отъ владѣнія доказывается еще тѣмъ, что не только юридическое, но и простое владѣніе отнюдь не служитъ для нихъ необходимымъ условіемъ.

B. *Interdicta retinendae possessionis.*

§ 133.

Намъ слѣдуетъ рассмотреть здѣсь два интердикта—*interdictum uti possidetis*, охраняющій владѣніе вещами недвижимыми и *interdictum utrubi*—для охраненія владѣнія движимыми вещами. Характеръ обоихъ этихъ интердиктовъ по юстиніановскому праву совершенно одинаковъ; различаются они по *поводу, основанію и цѣли*.

1) *Поводъ*. Главнѣйшимъ поводомъ ихъ служитъ споръ противъ владѣнія, при чемъ вовсе нѣтъ необходимости, чтобы онъ соединялся съ фактическимъ препятствованіемъ владѣнію. Въ случаѣ ¹⁾ фактическаго нарушенія владѣнія интердиктъ направ-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ляется на признаніе владѣнія, на прекращеніе и устраненіе нарушенія, на возстановленіе владѣнія и на вознагражденіе лица потерпѣвшаго за вредъ и убытки; въ случаѣ же простаго спора противъ владѣнія, предметъ интердикта составляютъ признаніе владѣнія, воспрещеніе его нарушенія и, если вещь находится въ рукахъ лица оспаривающаго владѣніе, выдача вещи или ея aestimatio. Интердикты суть подготовительныя процессуальныя средства для будущаго спора о правѣ, *petitorium*. Лицо, признанное владѣльцемъ, имѣетъ въ тяжбѣ *commodum possessoris*, имѣетъ выгоду быть отвѣтчикомъ; выгода эта особенно ясна при *rei vindicatio* противъ владѣльца. Они также служатъ прелиминаріями къ спору о какомъ-либо *jus in re*, хотя здѣсь владѣлецъ уже не является непременно отвѣтчикомъ; впрочемъ онъ и тутъ имѣетъ право на эту роль (отвѣтчика) и еще ту выгоду, что не обязанъ до разрѣшенія тяжбы передавать другому лицу осуществленіе спорнаго права.

Необходимо избѣгать слѣдующихъ двухъ ошибокъ: 1) признанія этихъ интердиктовъ временными виндикаціями (*provisoriae Vindicationes*); такое признаніе привело въ нѣкоторыхъ мѣстныхъ правахъ къ тому, что для интердиктовъ стали требовать владѣнія по титулу (т. е. такого владѣнія, вслѣдствіе котораго рождалась бы вѣроятность приобрѣтенія права собственности), вслѣдствіе чего они въ дѣйствительности вполне измѣнились и вмѣсто ихъ потребовалось ввести другія процессуальныя средства; 2) признанія дѣйствительнаго или по крайней мѣрѣ угрожающаго насилія необходимымъ поводомъ для означенныхъ интердиктовъ, т. е. признанія этихъ интердиктовъ какъ-бы исками по преступленіямъ, какъ это дѣлаетъ Савиньи ¹⁾. Эти интердикты только потому имѣютъ временный характеръ по отношенію къ *petitorium*, что такой же характеръ имѣетъ само владѣніе. Посредствомъ *interdicta retinendae possessionis* ²⁾ разрѣшается вопросъ о томъ, кто долженъ сохранить владѣніе въ теченіи *petitorium*'а; но тотъ же вопросъ представляется и при спорѣ о владѣніи—*possessorium*. Для разрѣшенія его въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ существовалъ особый отдѣлъ процесса по интердиктамъ, такъ называемый *fructus*

1) Пригодность возвращенія Савиньи въ известныхъ случаяхъ возбуждала сомнѣніе потому, что будущее (угрожающее) нарушеніе ни какъ нельзя признать за настоящее *maleficium*; Schmidt, *Interdictenverfahren*, стр. 198. Но какъ же въ такомъ случаѣ объяснить существованіе обаянъ оуницій въ новѣйшемъ правѣ, предполагающемъ всегда совершившееся нарушеніе? Ср. L. 3. C. de int. (8,1.). Schmidt, *ibid.* стр. 328. *Прим. изд.*

2) Изъ Пандектъ.

licitatio, который исчезъ въ юстиниановскомъ правѣ. На практикѣ этотъ вопросъ разрѣшается въ началѣ спора о владѣнн (possessorium) судьбою по его усмотрѣнню и сообразно съ вѣроятностью,—разрѣшается въ пользу того лица, которое въ состоянн будетъ доказать, что оно совершило послѣдннй по времени актъ владѣнн; для представленн доказательствъ такого рода не нужно особаго процесса, хотя практикою нѣкоторыхъ странъ вполне безусловно установленъ такой особый процессъ—possessorium summarium, въ противоположность настоящему спору о владѣнн, такъ называемому possessorium ordinarium. (Первое впрочемъ называется также summariissimum и служить для разрѣшенн вопроса: кто по всей вѣроятности есть владѣлецъ; во второмъ этотъ же вопросъ уже разрѣшается положительно). Тамъ гдѣ possessorium ordinarium сохранилось во всей своей чистотѣ, такое подраздѣленн не должно быть допускаемо, такъ какъ вопросъ о владѣнн всегда можетъ быть разъясненъ вышеуказаннымъ, вполне цѣлесообразнымъ способомъ. Нѣсколько инымъ представляется тотъ случай, когда possessorium ordinarium утратило характеръ владѣльческихъ интердиктовъ и сдѣлалось временною виндикаціей, вслѣдствіе требованн владѣнн по титулу; тогда въ дѣйствительности истиннымъ интердиктомъ retinendae possessionis будетъ уже possessorium summarium, тогда какъ possessorium ordinarium будетъ чѣмъ-то чуждымъ и ненужнымъ, втѣснившимся между первымъ и petitiorum¹⁾.

Поводомъ къ интердиктамъ, какъ мы уже сказали выше, можетъ быть фактическое нарушение владѣнн; однако для наличности такого нарушенн не требуется насилн, необходимаго при interdictum de vi, но достаточно какаго-либо дѣйствн, совершеннаго противъ воли владѣльца.

2) Основа. Основую интердиктовъ служить юридическое владѣнн и притомъ существующее въ данное время; но такое настоящее владѣнн теряетъ всякое значенн, когда оно прнобрѣтено отъ противника vi, clam или precario; въ этомъ случаѣ владѣлецъ приговаривается даже къ возвращенн вещи, такъ-что выгода остается на сторонѣ того лица, которое въ данную минуту не было владѣльцемъ. Поэтому и это послѣднее

¹⁾ Въ послѣднее время Дельбрюкъ (dingliche Klage des deutschen Rechts, 1851 г.) пытался прнмннить possessorium прежняго владѣльца къ германскому вещному иску, т. е. къ Spolienklage противъ всѣхъ правонарушнхъ владѣльцевъ. Но, возразнвъ мы, истинное владѣнн не даетъ титула и признанн таковаго равно уничтожило бы какъ право собственности, такъ и самое владѣнн.
Прим. изд.

можетъ съ своей стороны воспользоваться интердиктомъ; это есть послѣдствіе *двусторонности* интердиктовъ (*duplicitas, interdicia duplicia*): обѣ стороны разсматриваются одновременно какъ истецъ и отвѣтчикъ: каждая изъ сторонъ, установленнымъ образомъ доказавшая свое право, можетъ требовать обвиненія другой стороны. Поэтому интердикты имѣютъ восстанавливающее (*recuperatorisch*) дѣйствіе ¹⁾. Но пользование ²⁾ этими интердиктами ограничивается однимъ *appus utilis*, при чемъ слѣдуетъ замѣтить, что 1) если поводомъ къ интердикту служитъ фактическое нарушеніе владѣнія, то онъ погашается годичною давностью со времени нарушенія, и 2) осуществленіе этого *vitium possessionis* предполагаетъ, что насиліе, *vis* и пр., имѣли мѣсто въ теченіи года, предшествовавшего предъявленію иска ³⁾.

3) Цѣль. Цѣлью интердиктовъ служитъ обыкновенно опредѣленіе личности владѣльца и воспрещеніе нарушенія его владѣнія на будущее время. Въ случаѣ фактическаго нарушенія интердикты направляются на вознагражденіе за вредъ и убытки, а въ практикѣ даже и на *cautio de non amplius turbando*, если нарушеніе происходило уже неоднократно. Когда одержавшій побѣду на судѣ лишень владѣнія вещью, то за интердиктомъ слѣдуетъ *condemnatio* къ выдачѣ ему вещи; если же выдача не можетъ быть произведена тотчасъ, то устанавливается *cautio* посредствомъ поручителей; если же выдача совершенно невозможна по винѣ обвиненной стороны, то ему присуждается стоимость самаго владѣнія, а не одной вещи. Въ *L. un. C. uti*

¹⁾ Послѣ вполне убѣдительныхъ выводовъ Шмидта, *cit.* стр. 113 и сл., я, не колеблясь, объявляю, что признаніе такого восстанавливающаго дѣйствія интердиктовъ ошибочно. Оно отнюдь не вытекаетъ изъ одного понятія *duplicitas*. Превншій владѣлецъ, чтобы выиграть дѣло на судѣ, долженъ бы еще быть дѣйствительно или фактивно (*uti possidetis*) настоящимъ владѣльцемъ; таковымъ же онъ является только по ученію тѣхъ, которые на ряду съ настоящею *injusta possessio* признавали существоющую и прежнюю *possessio iusta* и такимъ образомъ признавали *possessio plurimum in solidum*, *L. 3. pr. D. U. P.* (43,17). Возвращеніе же это опровергнуто въ § 129 на томъ основаніи, что при существованіи интердиктовъ *recuperandae possessionis* нѣтъ необходимости придавать восстанавливающее значеніе интердиктамъ *retinendae possessionis*. Такое значеніе имѣлъ древній интердиктъ *utrubi* потому, что онъ не предполагалъ наличности владѣнія въ данный моментъ; въJustinianовскомъ правѣ онъ сравненъ съ *interdictum uti possidetis*. Явившіяся вслѣдствіе этого недостатковъ восстанавливающаго интердикта устранены посредствомъ распространенія дѣйствія интердикта *de vi* (§ 135).

Прим. изд.

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ Въ этомъ заключалось бы невозможное погашеніе экцепцій давностью см. § 95. Погашеніе давностью интердикта *uti possidetis* (п. 2-й) относится къ случаю вознагражденія за вредъ и убытки владѣльца бывшаго (прекращающагося) нарушенія.

Прим. изд.

poss. ¹⁾ сказано: судья разрѣшаетъ вопросъ о владѣннн, а затѣмъ—по установленнн *cautio*, или послѣ выдачи вещи—и вопросъ о правѣ собственности. Савиньи ²⁾ и другіе утверждаютъ, что представленн *cautio* и пр. относится не къ области спора о владѣнн (*possessorium*), а къ *petitorium*. Но то же самое можемъ мы встрѣтитъ и въ *possessorium*'ѣ; при томъ же, такъ какъ цитированное мѣсто говоритъ именно объ этомъ послѣднемъ, то весьма естественно относитъ *cautio* и къ *possessorium*, а не къ одному *petitorium* ³⁾.

C. Interdicta recuperandae possessionis.

§ 134.

Лицу, лишившемуся владѣнн вслѣдствіе *vis* или *precarium*, предоставлены еще особые интердикты *interdicta recuperandae possessionis*.

Съ какою цѣлю сдѣлано это, когда *interdicta retinendae possessionis* имѣютъ одинаковое съ нимъ дѣйствіе? Это объясняется двумя причинами: общемо и специально—для *interdictum de precario*.

Посредствомъ *interdictum retinendae possessionis* можно добиваться возвращенн владѣнн отъ лица, пріобрѣтшаго это владѣнн насильственно или обманомъ, но только въ томъ случаѣ, когда этотъ *violentus possessor* продолжаетъ еще владѣть; эта возможность утрачивается, если онъ уже пересталъ владѣть вещью до начала процесса. *Interdicta recuperandae possessionis* не ограничиваются, конечно, этимъ случаемъ. *Interdictum retinendae possessionis* можетъ быть обращаемъ противъ лица *precario possidens* только до тѣхъ поръ, пока есть возможность сослаться на этотъ порокъ владѣнн; означенный интердиктъ погашается давностью въ теченн года (*annus utilis*), что служитъ сильною помѣхой для пользованн *precarium*'омъ, препят-

¹⁾ L. un. C. uti poss. (8,6): *Utī possidetis fundum de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit; ac satisfactiois vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscat.*

²⁾ *Recht des Besizes* стр. 489, прим. 1.

³⁾ Отношенн *cautio* и пр. къ спору о правѣ (*petitorium*) поставлено въ всякаго сомнѣнн Эндлихеронъ, въ его статьѣ, отпечатанной въ *Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss.*, т. IX, стр. 18—27. Пухта ссылаветъ здѣсь *translatio* и *restitutio possessionis*, тогда какъ первая относится къ обязанностямъ сторонъ (*Parteirolle*) въ *petitorium*'ѣ.

Прим. изд.

ствуя большей продолжительности его. Вслѣдствіе указанныхъ оснований и установленъ особый интердиктъ, при томъ вѣчный ¹⁾.

Существуетъ два вида интердиктовъ *rescuperandae possessionis*: *interdictum de vi*—для однихъ земельныхъ участковъ (такъ что для однихъ движимыхъ вещей остается *interdictum utrubi*)—и *int. de precario*—для земельныхъ участковъ и движимыхъ вещей вѣстѣ.

Думаютъ, что въ древнѣйшемъ правѣ существовалъ еще *in terdictum de clandestina possessione* ²⁾, что онъ упоминается въ Пандектахъ мимоходомъ и что этому упоминанію слѣдуетъ придавать лишь историческое значеніе. Если бы цитированное въ примѣчаніи мѣсто дѣйствительно устанавливало особый интердиктъ *de clandestina possessione*, то въ примѣненіи его не могло бы быть ни малѣйшаго сомнѣнія, чему нисколько, конечно, не препятствовало бы то обстоятельство, что объ интердиктѣ этомъ нигдѣ болѣе въ законахъ не упоминается; въ подробной теоріи его не было бы необходимости. Интердиктъ этотъ обращался бы противъ лица, владѣющаго *clam*, и оно не избавилось бы отъ отвѣтственности даже послѣ утраты владѣнія (въ этомъ заключается отличіе возстановляющихъ интердиктовъ отъ *interdicta retinendae possessionis*). Савиньи ³⁾ возсталъ противъ примѣнимости означеннаго интердикта еще по той причинѣ, что примѣненіе его ограничено будто бы недвижимою собственностью, а владѣніе ею (напр. землею) не можетъ быть утрачено безъ вѣдѣнія владѣльца (*clam*). Но подобное ограниченіе вполне проблематично, поэтому во всякомъ случаѣ мы должны бы примѣнять *int. de clandestina possessione* къ возстановленію владѣнія вещами движимыми, еслибы было доказано дѣйствительное существованіе этого интердикта.

Но, по нашему мнѣнію, вопросъ о существованіи означеннаго интердикта долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, такъ какъ цитированное мѣсто источника выражаетъ только, что противъ *clandestina possessione* можно получить интердиктъ, т. е. лицо, тайно утрачивающее владѣніе, охраняется интердиктомъ. Это и справедливо въ дѣйствительности, даже если нѣтъ особаго интердикта *rescuperandae possessionis*, такъ какъ лицо, лишаящееся владѣнія, можетъ воспользоваться интердиктомъ *retinendae possessionis* ⁴⁾.

1) Натянутое объясненіе автора окажется излишнимъ, если признать, что *interdicta retinendae possessionis* полезны только для владѣльца, а *interdicta rescuperandae poss.* и для невладельца. Прим. изд.

2) L. 7. §. 5. D. comm. div. (10,3).

3) *Recht des Besitzes* стр. 553. и сл.

4) Объясненіе Савиньи, на основаніи соображеній, указанныхъ выше въ

i. Interdictum de vi.

§. 135.

Необходимымъ условіемъ интердикта de vi служитъ насильственное отнятіе у лица юридическаго владѣнія земельнымъ участкомъ. Общія условія его примѣненія слѣдующія:

1) Существованіе *юридическаго* владѣнія истца во время отнятія его. Поэтому арендаторы, коммодатаріи и пр. не будутъ имѣть этого интердикта. Тибо ¹⁾ и нѣкоторые другіе юристы, вопреки ясной выразенію положительнаго права, утверждали, что въ этомъ условіи нѣтъ никакой необходимости. Это мнѣніе обусловливается ложнымъ пониманіемъ термина *civilis possessio* (разумѣя подъ нимъ давностное владѣніе—*poss. ad usucapionem*). *Detentor*, насильственно лишенный обладанія вещью, можетъ пользоваться другими средствами охраненія, а не интердиктами.

Нѣкоторые юристы думали, что каноническое право даетъ особое процессуальное средство для возвращенія какимъ бы то ни было противозаконнымъ образомъ отнятой вещи, даже безъ наличности юридическаго владѣнія, именно—*actio spoli*, благодаря которой *interdictum de vi* становится совершенно не нужнымъ. Это значило бы, что лицо, жалующееся на отнятіе у него вещи, имѣетъ искъ, лишенный всякой юридической теоріи, при разрѣшеніи котораго субъективному усмотрѣнію судьи данъ полнѣйшій просторъ. Нельзя сомнѣваться, что нѣкоторые судьи употребили бы эту широкую свободу во зло. Но, по нашему мнѣнію, такого иска, безъ юридической теоріи, не можетъ быть и указанной ошибки каноническое право на самомъ дѣлѣ не дѣлало. *Actio spoli* каноническаго права есть не болѣе какъ *interdictum de vi* съ римскими основаніями, съ однимъ впрочемъ отступленіемъ, которое будетъ указано ниже [именно, что этотъ искъ направляется и противъ третьяго владѣльца *in mala fide*].

2) *Насильственное* отнятіе владѣнія. а) *Nasillie, atrox vis*,— противъ владѣльца или его представителя, при томъ или дѣйствительно осуществленное насиліе, или же непосредственная угроза какою-либо *corporalis vis*, съ готовностью привести эту угрозу тотчасъ же въ исполненіе. По древнѣйшему праву существовало различіе послѣдствій употребленія или неупотреб-

прим. 1 и въ § 133 прим. 1. стр. 349, слѣдуетъ признать вѣрнымъ и по отношенію къ рассматриваемому вопросу.

Прим. изд.

¹⁾ Archiv f. civ. Praxis. т. XVIII, 13.

ленія vis armata. Въ первомъ случаѣ терялось право на *exceptio vitiosae possessionis* [т. е. лицо, прогнавшее съ оружіемъ въ рукахъ кого либо съ своей земли, не могло впоследствии ссылаться на то, что это лицо прежде *vitiose* владѣло его землею]. Въ новѣйшемъ правѣ нѣтъ такого различія, такъ что и при *vis non armata* не существуетъ права на *exceptio*. б) *Потеря* владѣнія вслѣдствіе означеннаго насилія, *dejectio*. Поэтому *interdictum de vi* не можетъ быть примѣненъ къ случаю оккупации земельнаго участка во время отсутствія владѣльца, 1) такъ какъ здѣсь не будетъ насилія и 2) такъ какъ не произошло потери владѣнія. Не смотря на это, Юстиніанъ узаконилъ ¹⁾, что оккупантъ долженъ быть трактуемъ какъ *violentus possessor*. Вѣроятно это постановленіе относится къ наказанію за самоуправство, падающему на то лицо, которое насильственно оккупируетъ чужую вещь. Такой насильственный владѣлецъ долженъ получить охраненіе только по прошествіи 30 лѣтъ, [тогда какъ *interdictum de vi* погашается годичною давностью]. Какой искъ имѣлъ въ виду Юстиніанъ? По буквальному смыслу цитаты можно заключить, что онъ разумѣлъ здѣсь *interdictum de vi*. Такимъ образомъ это постановленіе представляется совершенно произвольнымъ узаконеніемъ, которое отнюдь не должно быть распространяемо. Можно было бы думать, что здѣсь имѣется въ виду *interdictum uti possidetis*, только, разумѣется, съ распространеніемъ срока его на 30 лѣтъ ²⁾.

3) Римское право ограничиваетъ примѣненіе этого интердикта *одними недвижимыми* вещами. Это вытекаетъ уже изъ того, что вездѣ *dejectio* поставляется необходимымъ его условіемъ. Кромѣ того это же положительно выражено въ *L. 1. §. 6. D. de vi (43,16)*. Каноническое право не подвергаетъ *actio spoli* такому ограниченію, а допускаетъ этотъ искъ даже по отношенію къ движимымъ вещамъ. Спорнымъ представляется вопросъ, не содержится ли такого, признаваемого профессоромъ Савиньи ³⁾, распространенія—въ *L. 7. C. unde vi* ⁴⁾. Безъ со-

¹⁾ *L. 11. C. unde vi (8,4)*.

²⁾ По удостовѣренію Парбеса, *cit. стр. 52*, авторъ въ лекціяхъ позднѣйшаго времени высказался въ пользу послѣдняго возвращенія. Ср. противъ этого §. 134 прим. 1 и 4.

³⁾ *Recht des Besizes §. 40*

⁴⁾ *L. 7. C. unde vi (8,4)*: *Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.*

мнѣнія, здѣсь предполагается охраненіе владѣнія лица, лишшагося движимой вещи вслѣдствіе насилія. Многие оспаривали мнѣніе Савинья, не указывая однако средств охраненія означеннаго вида владѣнія, хотя въ дѣйствительности такое средство имѣется. Вышеуказанный взглядъ на восстанавливающую силу интердиктовъ *retinendae possessionis* даетъ намъ возможность правильно объяснить означенную цитату: владѣльцу, насильственно лишенному движимой вещи, предоставляется *in terdictum utrubi* ¹⁾.

4) По римскому праву къ отвѣтственности можетъ быть привлечено лицо, само насильственно нарушившее владѣніе (*Dejicient*), а равно и то, которое поручило другому совершить насильственное завладѣніе; каноническое право предоставляет *actio spoli* и противъ третьяго владѣльца, если онъ приобрѣлъ владѣніе, зная о насиліи.

2. Interdictum de praesagio.

§ 136 ²⁾.

Praesagium есть передача осуществленія права собственности, или всякаго другаго права подъ условіемъ произвольнаго отнятія его (*auf beliebigen Widerruf*); оно требуетъ положительно выраженнаго или молчаливаго дозволенія одной стороны и выраженнаго или подразумеваемаго принятія этого дозволенія другою стороною. Существованіе этихъ элементовъ будетъ очевидно въ случаѣ просьбы (*praeses*), отъ которой это юридическое отношеніе и получило свое названіе; но наличность этихъ существенныхъ условій возможна и помимо просьбы, если только можно по чему-либо убѣдиться въ существованіи дозволенія на *praesagium*. *Praesagium*—не юридическая сдѣлка, а лишь особая квалификація владѣнія; вслѣдствіе облеченія этого отношенія въ форму контракта оно теряетъ свойство *praesagium*'а ³⁾. *Praesagia possessio* есть юридическое владѣніе; лицо, передавшее это владѣніе другому, само лишается его; чтобы возвратить его себѣ, оно имѣетъ *interdictum uti possidetis* или *utrubi*

¹⁾ Ср. противъ этого § 133 и 134 прим. Въ пользу возвращенія Савинья слѣдуетъ и то обстоятельство, что цитированное мѣсто помѣщено въ титулѣ *de decem unde vi*.
Прим. изд.

²⁾ Изъ Пандектъ.

³⁾ Однако оно вполнѣдствіи стало обсуждаться какъ *contractus innominatus* и лицу, передавшему осуществленіе права, предоставляется быть выборомъ между интердиктомъ и *actio praescriptis verbis*.
Изъ Пандектъ.

(§ 134), подъ непремѣннымъ однако условіемъ, чтобы оно требовало такого возвращенія не далѣе какъ въ теченіи года; чтобы освободить лицо отъ этого стѣснительнаго ограниченія установленъ *interdictum de precario*, изъятый отъ дѣйствія годичной давности ¹⁾. Отвѣтчикомъ по этому интердикту будетъ то лицо, которое имѣетъ вещь *precario*, или же, получивъ ее *precario*, уже утратило ее вслѣдствіе *dolus* или *culpa lata*; послѣдствіи искъ былъ распространень на наследниковъ. Предметомъ его служить возвращеніе вещи и вознагражденіе за убытки, происшедшіе вслѣдствіе *dolus* и *culpa lata*,

V. Juris quasi possessio.

А. Понятіе и объемъ.

§ 137.

Владѣть собственно можно только физическими предметами; владѣніе есть *possessio corporis*; только по отношенію къ вещамъ возможно понятіе владѣнія. Однако это правило не исключаетъ того, что точно такое же отношеніе къ правамъ считается аналогическимъ владѣнію, *quasi possessio, juris quasi possessio*.

Здѣсь также разумѣется фактическое отношеніе, заключающееся въ томъ, что дѣйствительное осуществленіе права лицомъ сопровождается для него самостоятельными послѣдствіями, независимо отъ того, обладаетъ ли оно дѣйствительно даннымъ правомъ или нѣтъ. Эти послѣдствія, придающія фактическому осуществленію права характеръ *quasi possessio*, слѣдующія: возникновеніе права вслѣдствіе акта осуществленія, по аналогіи съ возникновеніемъ права собственности вслѣдствіе приобрѣтенія владѣнія, — *quasi traditio*; далѣе предоставленіе *actio Publiciana quasi possessor'у*, возникновеніе извѣстнаго права вслѣдствіе продолжительнаго и непрестаннаго его осуществленія, — *quasi usucario*, наконецъ охраненіе этого осуществленія посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ, по крайней мѣрѣ до окончательнаго разрѣшенія спора о правѣ.

Аналогія между *possessio corporis* и *juris quasi possessio* заключается въ слѣдующемъ: какъ физическое владѣніе есть осуществленіе права собственности, независимое отъ сего по-

¹⁾ L. 8. §. 7. D. eod:—cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum.
Изъ Пандектъ.

свѣдѣнго, такъ *quasi possessio* есть осуществленіе какого-либо другаго права. *Corporis* истиннаго владѣнія соответствуетъ акту осуществленія права, который долженъ сопровождаться надлежащимъ *animus*. Но признаніе такого осуществленія права владѣніемъ возможно только относительно тѣхъ правъ, осуществленіе которыхъ длится въ теченіи извѣстнаго времени (*daerig-de Ausuebung*). Когда полное осуществленіе права представляется моментальнымъ и влечетъ за собой уничтоженіе самаго права, то не можетъ быть и рѣчи о владѣніи; вышеуказанными послѣдствіями даже не мыслимы.

Поэтому невозможно признать владѣніе при осуществленіи обязательства. Полное осуществленіе обязательства есть исполненіе его, прекращающее самое право по обязательству. Поэтому, здѣсь не можетъ быть и рѣчи ни о давностномъ приобрѣтеніи права, ни о владѣльческомъ охраненіи его. И такъ, весьма ошибались нѣкоторые древніе юристы—практики, признававшіе такое владѣніе при уплатѣ и полученіи процентовъ. Эти дѣйствія представляются не осуществленіемъ обязательства, а лишь признаніемъ его. Съ равнымъ правомъ можно было бы признать лицо собственникомъ только потому, что оно предъявляетъ *rei vindicatio*. Такое распространеніе понятія владѣнія могло бы быть безгранично, а самый институтъ владѣнія, благодаря ему, сдѣлаться нецѣпостью. Точно также невозможно владѣніе залоговымъ правомъ, полное осуществленіе котораго состоитъ въ продажѣ залога, вслѣдствіе чего уничтожается само залоговое право. Залогоприниматель можетъ имѣть только *corporis possessio* (см. § 125). Такую же *corporis possessio* имѣетъ и эмансипаторъ, почему нельзя также говорить и о *juris possessio* эмансипантомъ¹⁾. Нѣкоторые ошибочно признавали такую *corporis possessio* за суперфициаріемъ, тогда какъ онъ не можетъ отдѣльно владѣть суперфициемъ, составляющимъ неразрывную часть почвы (*solum*)²⁾. Если бы мы захотѣли признать за суперфициаріемъ владѣніе почвою, то этимъ мы безъ всякаго основанія расширили бы его право. (Итакъ собственникъ земли имѣетъ юридическое владѣніе всѣмъ земельнымъ участкомъ и осуществляетъ его посредствомъ суперфициарія, который фигурируетъ только какъ *detentor* и *juris quasi possessor*).

Какъ по римскому, такъ частью по каноническому и германскому правамъ аналогическимъ владѣніемъ признается осуще-

¹⁾ Ср. § 125. прим. 2. стр. 330.

Прим. изд.

²⁾ L. 44. §. 1. D. de O. et A (44.7): *si quis dixerit, se solum sine superficiei tradere, nihil proficit, quo minis et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*

ствление слѣдующихъ правъ и охраненіе ихъ посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ.

1) Superficies.

2) Сервитуты. Это — важнѣйшій видъ quasi possessio по римскому праву. Quasi traditio есть преторскій способъ установленія сервитутовъ, предоставляющій управомоченному лицу actio publiciana, возможность давностнаго приобрѣтенія и владѣльческіе интердикты, которыми охраняется пользованіе сервитутами отъ противозаконныхъ препятствій и тѣмъ самымъ фактическое осуществленіе признается юридическимъ, становится правомъ, наравнѣ съ corporis possessio.

3) Церковная власть (Kirchengewalt),—какъ вообще, такъ и въ отдѣльныхъ ея отрасляхъ.

4) Господская (gutherrliche) юрисдикція.

5) Вотчинныя повинности (Reallasten)—права на постоянныя дѣйствія (fortdauernde Praestationen), имѣющія частью обязательственный, частью вещный характеръ³⁾. Вещное свойство ихъ зависитъ отъ связи съ извѣстными земельными участками, каждый собственникъ которыхъ становится лицомъ управомоченнымъ или обязаннымъ. Обязательственный характеръ этихъ правъ выражается въ томъ, что ихъ содержаніе опредѣляется не одною только вещью, но и дѣятельностью лица обязаннаго, которая притомъ можетъ стоять внѣ всякой связи съ назначеніемъ и свойствами самой вещи, таковы напр. по древне-германскому феодальному праву: барщина (Frohnden), которую обязанъ былъ нести собственникъ извѣстнаго участка земли по отношенію къ собственнику цѣлаго имѣнія, проценты со стоимости земли (Grundzinsen), *вассалыныя права* (Vassalrechte), состоящія въ томъ, что обязанное лицо должно обращаться за удовлетвореніемъ извѣстныхъ потребностей (часто вполнѣ личныхъ) только къ лицу управомоченному, а не къ кому-либо другому. Или же эти права выходятъ за предѣлы того, что можетъ доставить (Leistung) самая вещь, напр. десятина (Zehnten), даваемая отъ плодовъ, получаемыхъ отъ вещи вслѣдствіе труда ея владѣльца. Указанными свойствами означенныя права отличаются отъ сервитутовъ вообще; въ особенности же они отличаются отъ личныхъ сервитутовъ тѣмъ, что не ограничиваются однимъ лицомъ, а отъ вещныхъ — что не находятся въ

³⁾ Противъ этого, признаннаго также Ейхгорномъ, Einl. in das deutsche Priv. Recht. § 162, субъективно-вещнаго характера вотчинныхъ повинностей см. Gerber, System des deutsch. Priv. R. § 168, прим 1, § 167, прим. 2. Савиньи, Obligationenrecht, т. I, (1851) стр. 134.

Прим. вид.

необходимой связи съ свойствами извѣстнаго земельного участка. Вотчинныя повинности представляются важнѣйшимъ предметомъ *quasi possessio* по германскому праву

В. Приобрѣтеніе и потеря *quasi possessio*.

§ 138.

Приобрѣтеніе *quasi possessio* опредѣляется аналогически съ приобретениемъ *corpore possessio*. Оно состоитъ въ соединеніи обоихъ составныхъ элементовъ владѣнія въ лицѣ приобретателя: *apprehensio* и *animus*. Первый элементъ—завладѣніе—есть внѣшній актъ осуществленія, второй—воля, направленная на осуществленіе права, не одно предположеніе обладанія правомъ, а самое присвоеніе его, будетъ ли оно *bona* или *mala fide*—все равно ¹⁾. Когда идетъ напр. рѣчь о *quasi possessio* какого-либо права напр. прохода или провада, то *apprehensio* будетъ заключаться въ дѣйствительномъ осуществленіи этого права, *animus* же—въ утвержденіи, что право принадлежитъ именно мнѣ.

Независимо отъ этого общаго принципа, приобретеніе различныхъ правъ совершается однако различнымъ образомъ на томъ основаніи, что самое осуществленіе ихъ происходитъ различно.

1) Для полнаго осуществленія нѣкоторыхъ правъ необходима *detentio*. Въ этомъ случаѣ *quasi possessio* приобретается посредствомъ соединеннаго съ *animus* захвата естественнаго владѣнія вещью. Это бываетъ при *superficies* и личныхъ сервитутахъ.

2) Въ нѣкоторыхъ правахъ осуществленіе состоитъ въ совершеніи извѣстнаго дѣйствія или въ возведеніи какой-либо постройки, напр. *servitus tigni immittendi*, *projectio* и пр. Владѣніе такимъ правомъ приобретается вслѣдствіе совершенія означенныхъ дѣйствій съ надлежащимъ *animus*. Это бываетъ при положительныхъ вещныхъ сервитутахъ и при господской юрисдикціи.

3) Въ нѣкоторыхъ правахъ, обуславливающихъ какое-либо отрицательное дѣйствіе лица (*Unterlassen*), въ отрицательныхъ сервитутахъ,—осуществленіемъ будетъ несовершенство чего-либо такого, на что лицо, при отсутствіи сервитута, имѣло бы право. Но такъ какъ простое несовершенство чего-либо не есть та-

¹⁾ L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6), L. 7. D. de itin. (43, 19).

кой актъ, въ которомъ можетъ отразиться *animus possidendi* лица, потому что это несовершенство могло имѣть причины, независимыя отъ существованія сервитута, напр. *altius non tollere*, то къ отрицательному дѣйствию долженъ присоединиться актъ, служащій выраженіемъ воли лица (*animus*), вслѣдствіе чего дѣйствіе представится въ то же время признаніемъ известнаго права за лицомъ управомоченнымъ. При этомъ возможны два случая: а) запрещеніе совершенія такого дѣйствія, которое хотѣло предпринять лицо, обязанное по сервитуту, и дѣйствительное несовершенство его вслѣдствіе запрещенія субъекта. Этотъ случай впрочемъ мыслимъ только при попыткѣ лица обязаннаго совершить известное дѣйствіе; б) заявленіе лица обязаннаго лицу управомоченному о намѣреніи не совершать известныхъ дѣйствій и принятіе послѣднимъ этого заявленія. Другими словами, владѣніе пріобрѣтается посредствомъ той юридической сдѣлки, которою устанавливается сервитутъ. Здѣсь можетъ родиться сомнѣніе относительно того, возможно ли владѣніе безъ права, такъ какъ владѣніе возникаетъ вмѣстѣ съ самимъ правомъ и одновременно пріобрѣтается известное право и владѣніе имъ. Однако владѣніе сервитутомъ возможно и помимо права, вполнѣ независимо отъ него, такъ какъ напр. сервитутъ можетъ быть установленъ несобственникомъ вещи, вслѣдствіе чего субъектъ сервитута получить владѣніе имъ, а не право на сервитутъ. Въ этомъ случаѣ *quasi possessio* также нужно считать пріобрѣтенною потому, что *animus* лица о предѣленно выразился во вѣ.

4) Относительно правъ, обязывавшихъ лицо къ известнымъ дѣйствіямъ въ пользу субъекта ихъ, относительно вотчинныхъ повинностей ¹⁾ слѣдуетъ сказать, что въ совершенія этихъ дѣйствій и состоитъ осуществленіе а вмѣстѣ съ тѣмъ и *arrehensio* владѣнія. Владѣніе пріобрѣтено уже въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе совершено одною стороною какъ обязанность и принято другою какъ право; когда же я напр. одолжилъ кому-либо изъ любезности свою телѣгу или отдалъ ее ему внаймы, то принявшій ее вовсе не пріобрѣлъ *quasi possessio*.

5) Въ вассальныхъ правахъ къ положительному дѣйствию при входить дѣйствіе отрицательное, такъ какъ они заключаютъ въ себѣ обязанность получать все необходимое для удовлетворенія известныхъ потребностей отъ субъекта права, а не отъ другихъ лицъ. Поэтому пріобрѣтеніе владѣнія такими правами опредѣляется тѣми же самыми основными началами, ко-

¹⁾ Ср § 137, прим. 3.

торыя мы установили для отрицательныхъ сервитутовъ. Простаго прекращенія полученія нужныхъ предметовъ отъ другихъ — недостаточно, но необходимо еще положительное дѣйствіе, которымъ бы ясно выражался во вѣ animus: запрещеніе и исполненіе, заявленіе и принятіе.

Потеря quasi possessio совершается вслѣдствіе прекращенія высшаго дѣйствія или воли (animus). Animo оно происходитъ вслѣдствіе отказа отъ владѣнія (все равно будетъ или не будетъ при этомъ продолжаться высшій фактъ осуществленія). По отношенію же къ corpus потеря quasi possessio не обусловливается простымъ неосуществленіемъ ея, такъ какъ вовсе не требуется, чтобы продолжалось то положеніе вещей, которое было въ моментъ apprehensio; владѣніе прекращается только вслѣдствіе невозможности для лица — произвольно стать въ означенное положеніе. Укажемъ примѣненіе этого общаго принципа къ отдѣльнымъ случаямъ.

1) Въ личныхъ сервитутахъ и въ superficies владѣніе утрачивается вслѣдствіе потери detentio вещи т. е. вмѣстѣ съ потерей возможности произвольнаго воздѣйствія на вещь — съ цѣлью осуществленія означенныхъ правъ. Продолженіе владѣнія возможно посредствомъ представителей (впрочемъ настолько, насколько законъ въ данныхъ случаяхъ допускаетъ представительство).

2) Владѣніе реальными сервитутами, уполномочивающими субъекта ихъ на извѣстныя дѣйствія, продолжается не только посредствомъ совершенія такихъ дѣйствій по отношенію къ praedium dominans со стороны каждаго лица, предпринимающаго ихъ именно для этого участка, но и помимо такихъ дѣйствій — до тѣхъ поръ, пока самый актъ quasi possessio сдѣлается невозможнымъ, напр. вслѣдствіе какого-либо препятствія, къ устраненію котораго владѣлецъ не приметъ никакихъ мѣръ. Впрочемъ, во всякомъ случаѣ для дѣйствительности владѣнія, какъ длящагося состоянія, необходимо не только удержаніе его, т. е. чтобы оно не было такъ или иначе утрачено (Nichtverlust), но и дѣйствительное осуществленіе (хотя бы и прерывавшееся; поэтому слѣдуетъ отличать прерывавшееся осуществленіе отъ прерывающагося владѣнія), напр. при ususario см. § 160, и при interdиктахъ — см. § 139.

Тоже должно сказать и о юрисдикціонныхъ правахъ.

3) Владѣніе вещнымъ сервитутомъ, управомочивающимъ лицо на возведеніе извѣстнаго сооруженія, продолжается при наличности владѣнія самимъ praedium dominansъ вмѣстѣ съ означеннымъ сооруженіемъ; утрачивается же оно вслѣдствіе потери владѣнія главнымъ участкомъ и при такомъ уничтоженіи соору-

женія, что немедленное возстановленіе его уже не зависитъ отъ произвола владѣльца.

4) Потеря отрицательныхъ вещныхъ сервитутовъ происходитъ вслѣдствіе совершенія извѣстнаго дѣянія или возведенія извѣстнаго сооруженія постороннимъ лицомъ, если притомъ владѣлецъ тотчасъ же не обезпечитъ себя отъ потери владѣнія посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ. Кроме того оно прекращается вслѣдствіе потери владѣнія главнымъ земельнымъ участкомъ.

5) Владѣніе вотчинными повинностями не утрачивается вслѣдствіе простаго неисполненія ихъ лицомъ обязаннымъ, а лишь вслѣдствіе такого уклоненія этого лица, которое соединено съ заявленіемъ о свободности его отъ означенныхъ обязанностей, притомъ же если владѣлецъ не употребитъ тотчасъ владѣльческихъ интердиктовъ для удержанія владѣнія.

С. Охраненіе quasi possessio.

§ 139.

Послѣдствіями quasi possessio служатъ 1) actio Publiciana, въ случаѣ quasi traditio, 2) давностное приобрѣтеніе права и 3) владѣльческіе интердикты. Можно было бы думать, что защита посредствомъ интердиктовъ дается не всѣмъ правамъ, относительно которыхъ мыслимо владѣніе, что такая защита невозможна въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ особенной потребности дать праву, кроме исковаго, еще владѣльческое охраненіе. Но по нынѣ дѣйствующему праву всѣ случаи quasi possessio охраняются владѣльческими интердиктами, хотя не непременно интердиктами recuperandae possessionis, такъ какъ условія этихъ послѣднихъ не всегда примѣнимы.

Interdicta retinendae possessionis.

1) Существуютъ вещные сервитуты, владѣніе которыми входитъ въ составъ владѣнія главнымъ строеніемъ и содержаніе которыхъ должно считаться свойствомъ этого послѣдняго, напр. servitus tigni, oneris, projiciendi, fumum immittendi и пр. Препятствованіе ихъ осуществленію является поэтому нарушеніемъ владѣнія самимъ строеніемъ, нарушеніемъ corporis possessio. Лицо, препятствующее мнѣ пользоваться даннымъ сервитутомъ, препятствуетъ мнѣ вполне пользоваться моимъ домомъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ находится въ настоящее время. Поэтому, при нарушеніи такого рода необходимо употребить интердиктъ uti possidetis, вытекающій изъ corporis pos-

sessio, и нѣтъ основанія въ существованію какого-либо особаго интердикта, вытекающаго изъ quasi possessio.

Примѣненіе въ указанномъ случаѣ интердикта *uti possidetis* есть дѣло внутренней необходимости и мы должны признать его, хотя бы о томъ ни слова не упоминалось въ положительномъ правѣ; оно вытекаетъ изъ свойствъ означенныхъ сервитутовъ, изъ свойствъ владѣнія и изъ природы самаго интердикта.

Поэтому нельзя не признать слишкомъ поспѣшнымъ заключеніе Вангерова ¹⁾, называющаго это примѣненіе противнымъ гражданскому праву (*uncivilistisch*). Вангеровъ основывалъ свое мнѣніе на томъ соображеніи, что существенной цѣли интердикта, заключающейся въ опредѣленіи ролей сторонъ при спорѣ о правѣ (*petitorium*), не имѣется у всѣхъ вещныхъ сервитутовъ, потому что *actio confessoria* не зависитъ отъ владѣнія. Это мнѣніе не вѣрно по слѣдующимъ тремъ основаніямъ: 1) указанная цѣль интердикта не есть существенная и необходимая; интердиктъ однаково примѣняется ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, когда вовсе нѣтъ и рѣчи о *petitorium*'ѣ; 2) въ спорѣ о сервитутѣ искъ можетъ быть также предъявленъ владѣльцемъ, хотя онъ вовсе не обязанъ предъявлять его; посредствомъ же интердикта онъ можетъ доставить себѣ преимущество вступленія въ споръ въ качествѣ отвѣтника, и 3) онъ еще можетъ доставить себѣ ту особенную выгоду, что удержать за собой осуществленіе своего права во время процесса о *petitorium*'ѣ. Всѣ эти выгоды нигдѣ не обуславливаютъ такой настоятельной необходимости примѣненія владѣльческихъ способовъ охраненія (интердиктовъ), какъ въ сервитутахъ, что очевидно всякому, имѣющему хотя нѣкоторую долю практической опытности. Вангерову уже потому слѣдовало бы не высказывать указаннаго мнѣнія, что съ равною основательностью можно говорить о негодности интердикта *uti possidetis* для охраненія *ususfructus*'а. Это мнѣніе основано на смѣшеніи вышеуказаннаго правильнаго взгляда съ стариннымъ заблужденіемъ, допускавшимъ примѣненіе интердикта *uti possidetis* ко всѣмъ вещнымъ сервитутамъ вообще.

Какъ же разрѣшается этотъ вопросъ въ положительномъ правѣ? Въ L. 8. §. 5. D. si serv. ²⁾ выражено то же правило, которое мы вывели выше изъ внутреннихъ началъ. Непонят-

¹⁾ Leitfaden f. Pandecten Vori т. 1, § 355.

²⁾ L. 8. § 5. D. si serv. (8,8) agique sic posse cum eo, qui fumum immitat, jus ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit, jus esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter valit, suo uti.

нымъ представляется мнѣніе Вангерова, будто заключительныя слова цитаты не должны быть относимы къ спору о сервитутѣ, составляющему содержаніе всей цитаты (такъ какъ здѣсь вставлены только слова *quod et ipsum videtur Aristo probare*). Еще болѣе поддѣрживаетъ наше воззрѣніе L. 3. §. 6. D. *uti poss.* ³⁾, которую Вангеровъ вовсе упустилъ изъ вниманія, хотя въ пользу своего мнѣнія сослался на предшествующее законоположеніе ⁴⁾. Онъ утверждаетъ, что въ этомъ послѣднемъ высказано правило, будто не можетъ быть и спора о томъ, *quis possessor projectionis sit* потому, что интердиктъ *uti possidetis* не примѣняется. Мы не будемъ опровергать это мнѣніе, а только посовѣтуемъ читателю сравнить это съ текстомъ, напечатаннымъ ниже въ примѣчаніи.

Здѣсь мы видимъ только постановленіе о нецѣлостности интердикта въ нѣкоторыхъ случаяхъ, *utriusque esse inutile*. Юристъ не могъ бы употребить это выраженіе, если бы къ данному случаю вовсе не примѣнялся интердиктъ *uti possidetis* ⁵⁾).

2) Существуютъ права, владѣніе которыми заключается въ *detentio* вещи—личные сервитуты и *superficies*. Къ нимъ былъ примѣненъ *interdictum uti possidetis* (или *utrubi*), который узуфруктуарій основываетъ на своей *quasi possessio* подобно тому, какъ собственникъ основываетъ его на своей *corporis*

³⁾ L. 3. §. 6. D. *uti poss.* (43,17): *Labeo quoque scribit: Ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo: interdicens mecum. si eum locum possideamus, qui projecto tegitur. An (читай aut или at) — quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis, interdico tecum: sicuti (читай tecum sic: Uti) nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectum est .*

⁴⁾ L. 3. § 5. D. *eod.*: *Item videtur, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utriusque esse inutile, (utile?) quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.*

⁵⁾ Вангер въ, *Leitfaden I* (1851), стр 893, возражаетъ, что нельзя считать вопросъ предложенный Лабеономъ разрѣшеннымъ утвердительно, такъ какъ уже слова *Labeo quoque scribit* показываютъ, что Ульпианъ не хотѣлъ привести здѣсь противорѣчающаго мнѣнія Лабеона. Они скорее доказываютъ, что Лабеоны вполнѣ согласны съ Кассіемъ и что поэтому въ § 5 действительно сдѣдуетъ, подобно Куацію, читать *utriusque esse utile*. Ульпианъ сомнѣвается въ томъ: не потому-ли непримѣнимъ интердиктъ *uti possidetis*, что *superficies volo cedit*? Такое сомнѣніе слѣдуетъ считать основательнымъ при вопросѣ о надстройкѣ, не имѣющей особаго хода (§. 7) и неосновательнымъ при вопросѣ о соопасуиумъ съ особымъ ходомъ, а тѣмъ болѣе при вопросѣ о *projectio*, достигнутой только со стороны гл. наго дома. (§ 5. 6). Эта связь между 5, 6 и 7 §§. L. 3. *cit.*, упущенная изъ виду Вангеровымъ, доказываетъ 1) что вопросъ Лабеона (если только это вопросъ) Ульпианомъ разрѣшенъ утвердительно и 2) что примѣнимость интердикта *uti possidetis* къ положительнымъ домовымъ сервитутамъ вездѣ сама собою предполагается.

Прим. ижд.

possessio. Такимъ образомъ является *интердиктъ uti possidetis* и *utrubi*, *распространенный* на *quasi possessio* и тѣмъ отличающийся отъ *интердикта*, указанного въ 1 рубрикѣ. Для охраны владѣнія *суперficiемъ* существуетъ особый *интердиктъ de superficie*, который впрочемъ обсуждается точно также, какъ *interdictum uti possidetis*.

3) Для охраненія владѣнія вещными *сервитутами*, осуществленіе которыхъ состоитъ изъ отдѣльныхъ дѣйствій, *servitutes praediorum rusticorum*, не можетъ быть примѣненъ *интердиктъ uti possidetis* а) ни въ томъ видѣ, въ какомъ онъ дается для *сервитутовъ praediorum urbanorum*, потому-что владѣніе сельскимъ *сервитутомъ* не находится въ такой тѣсной связи съ владѣніемъ главнымъ земельнымъ участкомъ, чтобы можно было сказать, что лицо, *сервитутъ* котораго нарушенъ, потерпѣло вслѣдствіе этого нарушение *corporis possessio*, б) ни въ томъ видѣ, въ какомъ онъ дается личнымъ *сервитутамъ*, т. е. посредствомъ простаго перенесенія. Особенность здѣсь заключается въ томъ, что вопросъ о настоящемъ владѣніи требуетъ особаго разрѣшенія, потому-что осуществленіе владѣнія въ данномъ случаѣ прерывается, а не представляется непрерывнымъ, какъ при владѣніи вещами. Если бы побѣда должна была оставаться только за тѣмъ лицомъ, которое напр. въ данный моментъ проходитъ по участку земли, то споръ не разрѣшится ни въ чью пользу, такъ какъ при требованіи *интердикта* это лицо уже по необходимости должно сойти съ своего земельного участка. Поэтому слѣдуетъ разрѣшать не вопросъ: кто въ данный моментъ владѣеть, а вопросъ о томъ, кто долженъ считаться настоящимъ владѣльцемъ, вслѣдствіе чего представляется необходимостью въ особыхъ *интердиктахъ*. Обыкновенное мнѣніе, будто къ разсматриваемому случаю примѣняется *интердиктъ uti possidetis*, совершенно ошибочно.

Римляне установили особые *интердикты* для дорожныхъ и водныхъ *сервитутовъ*: *interdictum de itinere actuque privato*, *interdictum de aqua* (названный по исправленіи *int. de rivis*), *de fonte* (*de fonte reficiendo*). *Интердиктъ de itinere reficiendo* вполне основательно признается *невладѣльческимъ* (см. ниже § 400). Для остальныхъ вещныхъ *сервитутовъ* въ Римскомъ правѣ нѣтъ *интердиктовъ*, если же таковые и были, то навѣрное особые, а не *interdictum uti possidetis*.

Чѣмъ объясняется это ограниченіе? При установленіи его имѣлась въ виду та выгода, которая доставляется *интердиктомъ*, именно—защита осуществленія *сервитута* до разрѣшенія спора о правѣ. Такая защита необходима въ тѣхъ случаяхъ, когда безъ нея стѣснялось бы земледѣліе. У Римлянъ же таки-

ми случаями были всё вышеуказанные сервитуты; охрана же остальных сервитутовъ напр. *servitus arenae fodiendae, calcis coquendae* и пр. не считалась необходимою.

Теперь обратимся къ теоріи вышеозначенныхъ интердиктовъ— какъ общей, такъ и специальной для каждаго вида ихъ.

1) Всѣ эти интердикты предполагаютъ существованіе юридическаго владѣнія.

2) Наличие владѣнія извѣстнымъ правомъ признается уже въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано осуществленіе этого права въ теченіи года, предшествующаго предъявленію иска. При *interdictum de aqua aestiva* срокъ этотъ продолженъ въ пользу истца, вследствие принятія въ расчетъ осуществленія права въ послѣднее и даже въ предпослѣднее дѣто. Когда будетъ доказано, что причиною неосуществленія права послужило какое-либо внѣшнее препятствіе, то обращается вниманіе и на прошлый годъ. Притомъ преемникъ вправѣ присчитать себѣ все время осуществленія права своего аuctor'a.

При интердиктахъ *de aqua* и *de fonte* достаточно однократнаго осуществленія права въ теченіи года; впрочемъ такая свобода ограничивается необходимою наличности *bona fides*; иначе говоря, доказанная *mala fides* препятствуетъ дѣйствительности означенныхъ интердиктовъ.

При *interdictum de itinere* необходимо болѣе частое осуществленіе потому, что оно представляется весьма простымъ, не требующимъ никакихъ подготовительныхъ сооружений и проходящимъ почти безслѣдно, тогда какъ осуществленіе права по воднымъ сервитутамъ предполагаетъ необходимость извѣстныхъ сооружений, которые уже сами по себѣ представляютъ чѣмъ-то длящимся, существующимъ большее или меньшее время, и сопровождается всегда какими-нибудь характеристичными, замѣтными дѣйствіями.—Сколько разъ должно повторяться осуществленіе? Разрѣшеніе этого вопроса предоставлено усмотрѣнію судьи, съ однимъ впрочемъ ограниченіемъ: оно должно продолжаться *modicum tempus*, не мѣнѣе 30 дней. Попытки иначе объяснить законоположеніе, которымъ назначенъ этотъ срокъ ¹⁾,

1) L. 1. §. 2. D. de itin. (43,19.):—si modo anno usus est, vel modico tempore, i. e. non minus quam triginta diebus. Слова *vel modico tempore* и проч. означаютъ: въ теченіи не менѣе 30 дней. Альтгофъ, *interd. de it. act. que priv.* 1836, переводитъ слово *vel* союзомъ „или“; Вангеровъ, *Leitfaden I. § 365*, принимая оное не въ раздѣлительномъ смыслѣ, правильно переводитъ его словами „по крайней мѣрѣ“; впрочемъ оба они одинаково объясняютъ эту цитату сѣдующимъ образомъ: необходимо нѣсколько дѣйствій, между которыми должно пройти не болѣе 30 дней. Въ этомъ смыслѣ пришлось бы вѣсто слова *diebus* употребить *diegum*.
Прим. изд.

немыслимы. Однако мы должны ограничить примѣненіе этого срока только тѣми дорожными сервитутами, пользованіе которыми можетъ происходить въ теченіи цѣлаго года, а не какой-либо части его, напр. времени жатвы.

3) *Exceptio vitiosae possessionis* ¹⁾ можетъ быть допущена только въ томъ случаѣ, когда дѣйствія, посредствомъ которыхъ осуществляется право и которыя истецъ полагаетъ въ основаніе своего иска, совершены *vi, clam* или *presagio*; но она отнюдь не можетъ имѣть мѣста по какимъ-либо другимъ недостаткамъ осуществленія права.

Въ настоящее время существуетъ потребность въ допущеніи владѣльческихъ интердиктовъ и для другихъ сервитутовъ, напр. для права выгона (*Weiderecht*), играющаго теперь весьма важную роль, тогда какъ оно едва было упоминаемо въ римскомъ правѣ (вѣроятно потому, что потребности въ выгонахъ удовлетворяли общественныя, государственныя земли). Какъ же должно быть организовано охраненіе владѣнія этими сервитутами? По аналогіи съ римскими сервитутными интердиктами, т. е. для охраненія ихъ необходимо юридическое владѣніе и осуществленіе его въ теченіи послѣдняго года; противъ послѣдняго допускается *exceptio vitiosae possessionis*. Затѣмъ уже отъ свойствъ даннаго сервитута будетъ зависетьъ аналогическое примѣненіе интердиктовъ, существовавшихъ для *aqua, iter* и *actus*.

Владѣніе вотчинными повинностями считается существующимъ, когда доказано осуществленіе ихъ въ теченіи послѣдняго времени, напр. уплата десятины въ послѣдній срокъ; если же повинность не опредѣлена подобно десятинѣ особыми сроками, то слѣдуетъ принимать въ расчетъ цѣлый годъ. Безъ сомнѣнія, достаточно однократнаго осуществленія права, такъ какъ для этого необходимо не одностороннее дѣйствіе, а извѣстная дѣятельность обоихъ лицъ.

Interdicta recuperanda possessionis.

По римскому праву эти интердикты даются только для защиты владѣнія тѣми правами, которыя связаны съ держаніемъ вещи—именно личныхъ сервитутовъ и *superficies*. Такъ какъ тутъ возможна *dejectio*, то и допускается *interdictum de vi*, для котораго преторъ, по примѣненію къ *usufructus*, давалъ особую формулу *vi prohiberi uti frui*. Но этотъ интердиктъ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

не давался для охраны другихъ правъ, quia nemo de meo jure detruditur. Нѣкоторые хотѣли примѣнить actio spoliі къ остальнымъ правамъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ нѣтъ никакой необходимости давать имъ владѣльческія средства охраненія съ возстановляющимъ характеромъ.

Interdictum de precario предполагаетъ отчуждаемость права, такъ какъ перенесеніе юридической quasi possessio на другое лицо возможно только при этомъ условіи. Поэтому интердиктъ этотъ можетъ имѣть мѣсто только при superficies. Онъ допускается впрочемъ и для новѣйшихъ правъ подъ тѣмъ же условіемъ. Необходимо отличать отъ него даваемое собственникомъ прекарное разрѣшеніе пользованія извѣстнымъ правомъ, къ которому относится ехсертіо precariae possessionis противъ quasipossessor'a, еслибы этотъ послѣдній вздумалъ воспользоваться противъ собственника какимъ-либо интердиктомъ retinendae possessionis.

КНИГА V-

ВЪЩНЫЯ ПРАВА.

ГЛАВА I.

ОБЩІЯ ПОНЯТІЯ.

Вещныя права.

§ 140 ¹⁾.

Подобно дѣленію исковъ на вещныя и личныя—*in rem* и *in personam*, было принято дѣленіе всѣхъ правъ на два класса, причѣмъ вещнымъ искамъ должны были соответствовать вещныя права, *actiones in rem—jura in rem*. Подъ именемъ вещныхъ правъ (*dingliche Rechte*) здѣсь разумѣлись всѣ права—за исключеніемъ обязательствъ, вслѣдствіе чего самое понятіе вещныхъ правъ лишилось всякаго значенія для системы права. Но изъ числа этихъ *jura in rem* выдѣляются такія

¹⁾ Этотъ § имѣетъ существенное значеніе для германскаго права, въ которомъ термины *Rechte an Sachen* и *dingliche Rechte* породили множество ошибочныхъ возрѣній вслѣдствіе того, что многія основныя правила, относящіяся къ вещнымъ правамъ въ особенности (*Rechte an Sachen*), были приписаны къ вещнымъ правамъ вообще (*dingliche Rechte*); у насъ же существуетъ одинъ терминъ—вещныя права—для обозначенія всѣхъ правъ, объектомъ которыхъ служитъ *res*—вещь; для обозначенія же тѣхъ особыхъ правъ, объектомъ которыхъ служитъ вещь, составляющая въ то время собственность другого лица, служитъ терминъ—права на чужую вещь.

Прим. перес.

права, которыя непосредственно относятся къ вещи и содержаніе которыхъ составляетъ юридическое подчиненіе вещи лицу; они образуютъ особый, развѣтвляющійся внутри, но замкнутый звѣнь, классъ правъ—вещныя права въ особенноти, обозначаемый терминами *Rechte an Sachen, jura in re* ¹⁾. Такихъ правъ пять: право собственности, *emphyteusis* (сверхъземельное право), *superficies*, закладное право и сервитуты.

Классификація вещныхъ правъ.

§ 141. ²⁾.

Общимъ свойствомъ всѣхъ вещныхъ правъ вообще является юридическая власть надъ вещью. Отсюда конечно слѣдуетъ, что они не могутъ направляться противъ извѣстнаго лица и что ихъ охраняютъ всегда вещицы, а не личные юрки; этимъ послѣднимъ свойствомъ отличаются они впрочемъ только отъ обязательственныхъ, а не отъ всѣхъ остальныхъ правъ. Власть надъ вещью, предоставляемая лицу вещнымъ правомъ вообще, мыслима двоякою—полною (*totale Macht*) и частичною (*partielle*). Первая составляетъ право собственности, *regnum domini-um, dominium* въ особенномъ смыслѣ. Вторая же власть ограничивается одною какою-либо стороною или однимъ свойствомъ вещи; она допускаетъ одновременное бытіе чужаго права собственности на ту же вещь—это есть право на чужую вещь, *jus in re aliena*, и такимъ образомъ является ограниче-ніемъ права собственности. Содержаніе такого *jus in re* составляетъ (полное или частичное) пользованіе вещью, предоставленное либо опредѣленному субъекту—при сервитутѣ, либо безъ такого ограниченія—при *superficies* и *emphyteusis*, или же продажная цѣна вещи—при *pignus*. Такъ-какъ право собственности есть полное владычество надъ вещью и заключаетъ въ себѣ совокупность всѣхъ отдѣльныхъ правъ на нее, то слѣдуетъ всякое *jus in re* считать образовавшимся изъ элементовъ права собственности, отдѣленныхъ отъ него, предоставленныхъ не собственнику и сдѣлавшихся вслѣдствіе этого самостоятельными правами; въ связи же съ правомъ собственно-сти они входятъ въ составъ его содержанія и потому для соб-

¹⁾ Латинское выраженіе *jura in re* обыкновенно не употребляется въ такомъ общемъ смыслѣ, а служитъ лишь для выраженія правъ на вещь, существующихъ помимо права собственности—*jura in re aliena*.

Изъ Пандектъ.

²⁾ Изъ Пандектъ.

ственника не имѣютъ характера отдѣленныхъ правъ. Отъ того самое возникновеніе такихъ *jura in re aliena* необходимо предполагаетъ существованіе права собственности; но если уже разъ право на чужую вещь возникло, то оно не прекращается вслѣдствіе того, что вещь лишается собственника, становится безхозяйною. Но съ другой стороны, эти *jura in re* должны считаться суррогатами права собственности, имѣющими вромѣ ограничивающаго значенія также значеніе охранительное (*conservativen Einfluss*) вслѣдствіе того, что они уменьшаютъ число поводовъ къ прекращенію права собственности. При взглядѣ на дѣло съ такой точки зрѣнія, окажется, что по содержанію права собственности къ нему ближе всего стоятъ *superficies* и *emphyteusis* (которые поэтому прежде ошибочно признавались особыми видами права собственности), затѣмъ къ нему примыкаетъ закладное право и наконецъ уже сервитуты. Это же подтверждается и соответствующими этимъ правамъ исками, которыми для первыхъ трехъ видовъ *jura in re aliena* является, какъ и въ правѣ собственности,—виндикація вещи, *actio in rem corporalem*, а для сервитутовъ—*actio in rem incorporalem—vindicatio servitutis, petitio juris* ¹⁾. Впрочемъ *jura in re* и во многихъ другихъ отношеніяхъ, вромѣ непосредственной защиты путемъ *in rem actio*, сравнены, какъ мы ниже увидимъ, съ правомъ собственности.

Jura in re aliena, хотя и производныя отъ права собственности, независимы однако отъ продолжительности бытія этого права. Послѣ юридически-дѣйствительнаго возникновенія ихъ, удержаніе извѣстнымъ лицомъ права собственности на вещь, или переходъ этого права (посредствомъ *successio*; или иначе) къ другому лицу—не имѣетъ значенія для *jus in re*. Впрочемъ это правило допускаетъ отступленіе для тѣхъ случаевъ, когда право, изъ котораго возникли права на чужую вещь, само по себѣ отменяемо, *revocabel*.

Отменяемость (Revocabilität) вещныхъ правъ.

§ 142.

Отменяемыми ²⁾ называются такія права, продолжительность которыхъ (сама по себѣ и по ихъ природѣ—неограниченная),

1) Съ другой точки зрѣнія закладное право отличается отъ всѣхъ остальныхъ вещныхъ правъ тѣмъ, что цѣль его заключается не въ немъ самомъ, и потому оно не имѣетъ самостоятельнаго бытія, а мыслится только какъ дополненіе къ другому праву—къ обязательству, которе, благодаря закладу, должно получить большую прочность.

Изъ Пандектъ.

2) Изъ Пандектъ.

поставлена въ зависимость отъ какого-либо условія, или отъ извѣстнаго опредѣленія времени. Такимъ образомъ сюда относится право собственности, котораго бытіе, въ сущности неограниченное, можетъ подлежать ограниченію только вслѣдствіе произвола частныхъ лицъ. Но къ отчуждаемымъ правамъ не могутъ быть отнесены личные сервитуты, существованіе которыхъ и безъ того ограничено однимъ лицомъ, — если только къ нимъ не присоединено никакого другаго произвольнаго ограниченія. Выражаясь точнѣе, право становится отчуждаемымъ вслѣдствіе назначенія резолютивнаго условія, или срока для его прекращенія (*Endtermin*). Какое же вліяніе имѣетъ отчуждаемость 1) на самое право—а) до наступленія условія или срока б) по наступленіи того или другаго, и 2) на другія права, производныя отъ него.

1) Дѣйствіе отчуждаемости на право до наступленія прекращающаго обстоятельства не выражается ничѣмъ: право также полно, какъ будто оно вовсе и не подлежитъ прекращенію. Поэтому если условлено, что право должно перейти къ другому лицу, то это послѣднее до наступленія условія не имѣетъ ни малѣйшаго права на вещь ¹⁾.

2) Дѣйствіе отчуждаемости на право по наступленіи прекращающаго обстоятельства.

а) *Формальное*. дѣйствіе. При разрѣшеніи вопроса о томъ, прекращается ли право *ipso jure* при наступленіи означеннаго обстоятельства, или же возникаетъ только право на прекращеніе даннаго отношенія и на возвращеніе вещи, слѣдуетъ различать прекращеніе права по условію или вслѣдствіе наступленія срока. Наступленіе резолютивнаго условія прекращаетъ право *ipso jure*, такъ что право собственности прямо возвращается къ тому лицу, которое передало его подъ условіемъ (*Ertheiler*); въ моментъ наступленія условія оно уже считается собственникомъ и потому имѣетъ *rei vindicatio*, а не личный искъ о возвращеніи права. Конечно, оно, буде пожелаетъ, можетъ воспользоваться и искомъ по договору, впрочемъ въ томъ только случаѣ, если условіе назначено въ договоръ; напр вещь продана и передана покупателю, при чемъ резолютивнымъ условіемъ поставлено, чтобы покупатель уплатилъ цѣну продажи въ опредѣленный срокъ. Въ случаѣ неуплаты, условіе должно быть признано наступившимъ и продавецъ можетъ обратиться съ виндикаціей противъ каждаго лица, обладающаго ею вещью, но можетъ также посредствомъ *actio venditi* обратит-

¹⁾ Ср. въ особенностяхъ I. 3. C. de pact. inter emt. (4,54).

ся къ покупателю съ требованіемъ уплаты. Такое прямое возвращеніе права прежнему субъекту его вытекаетъ изъ самой природы условія и кроиъ того самымъ несомнѣннымъ образомъ выражено въ положительномъ законодательствѣ ¹⁾. Постановленіями его доказывается, что различіе употребленныхъ при сдѣлкѣ словъ не имѣетъ важнаго значенія, какъ это думали нѣкоторые древніе юристы, напр. *inemptus fieret* и *inemptus sit* (именно они утверждали, что если контрагенты употребили слова *fundus inemptus sit.*, то сдѣлка ихъ при наступленіи условія становится ничтожною *ipso jure* и продавецъ имѣетъ *rei vindicatio*; если бы они употребили слова *inemptus fiat*, то продавцу принадлежалъ бы только личный искъ); употребленіе въ сдѣлкѣ такъ называемыхъ *verba directa* ²⁾ или *indirecta* ³⁾ не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ важно самое намѣреніе сторонъ назначить или не назначать условія. Указанное мнѣніе возникло вслѣдствіе стремленія устранить явное противорѣчіе означенной цитаты съ *L. 3. C. de pact. inter emt.* ⁴⁾, въ которой идетъ рѣчь не о послѣдствіяхъ наступленія условія, а о положеніи дѣла до такого наступленія ⁵⁾. Существовало впрочемъ еще болѣе ошибочное мнѣніе ⁶⁾, которое теперь

¹⁾ *L. 41. pr. D. de R. V. (6,1.): si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.* Здѣсь разсматривается случай вторичнаго предложенія и покупки не къ выгодѣ 1) покупателя и 2) продавца, но 1) съ назначеніемъ срока и 2) безъ назначенія (при *in diem addictio* для наступленія условія всегда назначенъ извѣстный промежутокъ времени, хотя это въ сущности тоже самое); и этотъ срокъ (*dies*) является здѣсь также условіемъ. *L. 4. C. de pact. inter emt. (4,54): Commissoriae venditionis legem exerecere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usuratum pretii petitionem sequi maluit.*

²⁾ Напр. продажа должна считаться недѣйствительною, несовершившеюся.

Прим. изд.

³⁾ Напр. покупатель обязанъ возвратить купленную вещь.

Прим. изд.

⁴⁾ Случай, указанный въ *L. 3. C. cit. de pact. inter emt. (4,54)* слѣдующій: Если я продаю домъ, и дѣла продажи не была уплачена въ теченіи года, то продажа дома должна быть отменена. Но до отмены покупатель можетъ сдѣлаться несостоятельнымъ, или успѣть повредить мой домъ; могу ли я въ этомъ случаѣ тотчасъ же виндцировать его? нѣтъ не могу потому, что я уже утратилъ свое право собственности на него, но за то я могу немедленно вчинить *actio venditi*, такъ какъ купля—продажа есть *bonae fidei negotium*. *Op. прил. XIII.*

⁵⁾ Дополненіе Парбеа, (*ibid.* стр. 55,56) ситииваетъ все сказанное.

Прим. изд.

⁶⁾ Оно было высказано Рессеромъ (*Resser, Zeitschr. f. Civilr. u. Civilpr.*

не заслуживаетъ даже возраженія, будто резолютивное условіе не вездѣ отмѣняетъ право и предоставляетъ тому лицу, къ которому оно возвращается (Ruesckerwerber), не виндикацію, а лишь личный искъ. Суспензивное условіе имѣетъ для настоящаго собственника такое же значеніе, какъ и условіе резолютивное ¹⁾.

Наступленіе срока не прекращаетъ права *ipso jure*, оно только уполномочиваетъ извѣстное лицо требовать уничтоженія, признанія недействительности права — посредствомъ экцепціи или посредствомъ личнаго иска ²⁾. Это правило допускаетъ слѣдующія исключенія ³⁾: по *внутреннимъ основаніямъ*—для личныхъ сервитутовъ, которые по своей природѣ ограничены нѣкоторымъ, не вполне опредѣленнымъ періодомъ времени, именно жизнью субъекта. Такое же дѣйствіе на личный сервитутъ будетъ имѣть и назначеніе опредѣленнаго срока для его прекращенія. По *особенному опредѣленію закона*—для права собственности мужа на приданое (*Dotal Sachen*) жены. Это право отмѣняется только вслѣдствіе наступленія срока для его прекращенія. По *ius cõmputationis* наступленіе это—прекращеніе брака—влечетъ за собой искъ противъ мужа или его наслѣдниковъ о возвращеніи приданого тому лицу, которому оно должно принадлежать. Это послѣднее лицо сдѣлается собственникомъ приданого только послѣ дѣйствительнаго его возвращенія. Исключеніе изъ этого общаго правила допускается только въ томъ случаѣ, когда субъектомъ новаго права является жена. Исключеніе это объясняется желаніемъ Юстиніана обезпечить право ея всеми возможными способами ⁴⁾. Въ случаѣ конкурса ей уже по древнѣйшему праву да-

II, 1. 8, 1829), смысломъ въ подтвержденіе его на L. 6. §. 1. D. de contr. emt. (18,1), L. 4. §. 4., L. 16. D. de in diem add. (18,2), L. 4. pr. 5. D. de lege com. (18,3), положительно допускающія виндикацію на ряду съ личнымъ искомъ. Изъ Пандектъ.

¹⁾ L. 66. D. R. V. 6,1).

²⁾ Дополненіе Парбса, сит стр. 56, „напр. если я отдаю свою вещь въ закладъ на три года, то по помеченіи трехъ лѣтъ я буду имѣть экцепцію противъ *actio pignoratitia*“ представляется ошибочнымъ; это правило отнюдь не могло быть перенесено Пухтой, такъ какъ оно противорѣчитъ высказанному имъ въ § 202. *Прим. изд.*

³⁾ Такой же временный характеръ имѣетъ и закладное право, особенно послѣ изданія L. 26. de legatis (6,37), L. 2. C. de don. quae sub modo (8,55); ср. fr. vat § 283, послѣ котораго Юстиніанъ допускаетъ временные отпазы по завѣщанію, временныя—дареніе и приданое, даже временное право собственности. *Прим. изд.*

⁴⁾ L. 30. C. de jur dot. (5,12: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inae-stimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum

ровано было *privilegium exigendi*; Юстинианъ предоставилъ ей кромѣ того законную гипотеку надъ всѣмъ имуществомъ мужа и наконецъ право виндикаціи, если вещь ея находилась еще въ имуществѣ мужа, такъ какъ право собственности, по его законамъ, возвращалось къ женѣ *ipso jure*. Но для такого возвращенія необходимы слѣдующія два условія: а) *res exstantes*, вещи—не физически только существующія, но входящія въ составъ имущества мужа,—неотчужденныя и незаложенныя ¹⁾; поэтому отчужденіе совершенное мужемъ не отмѣняется; б) жена, кромѣ виндикаціи, не должна употреблять никакого другаго способа осуществленія своего права, хотя бы этотъ иной способъ и представлялъ бы, при извѣстныхъ условіяхъ, наиболѣе выгодъ, напр. въ случаѣ порчи вещей ея по винѣ мужа. Впрочемъ означенныя преимущества жены должны относиться и къ *res aestinatae*, хотя эти послѣднія собственно уже не принадлежать болѣе къ *res dotales*. Подъ указанными условіями жена признается собственницею всѣхъ этихъ вещей еще до расторженія брака. Это признаніе можно было бы назвать возвращеніемъ права (*Rueckfall*), происходящимъ *ipso jure*,—въ противоположность необходимости перенесенія права собственности съ мужа на жену, но отнюдь не въ томъ смыслѣ, что для такого уничтоженія правъ мужа не нужно никакого заявленія со стороны жены. Нѣкоторые древнѣйшіе юристы ошибочно стремились расширить объемъ этого возвращенія посредствомъ пренебреженія двумя его условіями. Съ другой стороны Леръ ²⁾ неправильно отрицалъ каждое измѣненіе, допущенное въ этомъ отношеніи Юстинианомъ. Въ постановленіи этого послѣдняго несомнѣнно различаются *rei vindicatio* и *actio hypothecaria*. Третьимъ заблужденіемъ ³⁾ является стремленіе возвести разсмотрѣнную особенность на степень общаго правила,—стремле-

matrimonium praerogativam (jubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorum causam in his per hypothecam vindicare: cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur.

¹⁾ *Exstantes res: si non fuerint alienatae vel consumptae vel suppositae, L. 6. in f. C. sec. nupt. (5,9).*

²⁾ *Magazin f. Rechtswiss. u. Gesetzgebung. т. IV 1820 г. ст. 72.*

³⁾ *Muehlenbruch, Lehrb. des Pandecten—Rechts. (4 изд. Madai. 1844. стр. 7.).*

ніе, не имѣющее никакого основанія, такъ какъ конечный срокъ и условіе по самой своей природѣ имѣютъ различное дѣйствіе.

b) *Матеріальное* дѣйствіе: съ котораго времени право счита-
ется прекращеннымъ или недѣйствительнымъ?

При существованіи условія и согласно съ природою его, во-
просъ этотъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ: условіе имѣетъ
обратную силу, поэтому слѣдуетъ поступить такъ, какъ будто
право вовсе не существуетъ съ момента установленія условія.
Прекращеніе права имѣетъ обратное дѣйствіе *resolvitur ex
tunc*. См. выше ученіе объ условіяхъ, особенно по отношенію
къ плодамъ, которые также должны быть возвращаемы.

При наступленіи конечнаго срока предшествовавшее ему бы-
тіе права должно быть признано дѣйствительнымъ, право *resol-
vitur ex tunc*. Это правило не представляетъ исключеній даже
въ тѣхъ случаяхъ, когда прекращеніе происходитъ *ipso jure*.
Личный искъ имѣетъ своимъ предметомъ возвращеніе плодовъ,
полученныхъ съ того времени, когда возникла обязанность воз-
вратить вещь, но не прежде полученныхъ.

3) Дѣйствіе отмѣняемости на другія права, производныя отъ
отмѣняемаго права.

a) Временный собственникъ продалъ вещь, или установилъ
на ней какія-либо *jura in re* въ то время, когда имѣлъ на нее
право собственности. Онъ имѣлъ право распорядиться такимъ
образомъ вещью потому, что былъ собственникомъ ея (см. выше).
Но какова же судьба этихъ новыхъ правъ *finito dominio re-
vocabili*? Отвѣтомъ служитъ правило: *resoluto jure dantis, re-
solvitur jus accipientis*, которое однако представляется слиш-
комъ общимъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда съ отмѣняемостью права связанъ
только личный искъ, то всѣ права, предоставленныя времен-
нымъ собственникомъ разнымъ лицамъ, остаются неприкосно-
венными по отмѣнѣ главнаго права. Если имъ продана вещь,
то искъ не можетъ быть предъявленъ противъ лица владѣюща-
го вещью потому, что искъ объ отмѣнѣ права есть искъ лич-
ный; правило же, касающееся полнаго отчужденія вещи, при-
мѣняется и къ частичному ея отчужденію. Лицо, уполномо-
ченное на обратное полученіе вещи, можетъ предъявить къ вре-
менному собственнику только искъ о возвращеніи вещи или ея
стоимости, напр. *actio redhibitoria*.

Когда право собственности возвращается *ipso jure* къ преж-
нему собственнику вслѣдствіе наступленія извѣстнаго срока
т. е. въ вышеуказанномъ исключительномъ случаѣ, то всѣ по-
слѣдствія этого права, т. е. предоставленныя другимъ лицамъ
право собственности, сервитуты, п. закладное право, также оста-
ются неприкосновенными.

Совершенно иное замѣчается при прекращеніи права вслѣдствіе наступленія условія. *Resolutio ex tunc* влечетъ за собой уничтоженіе всѣхъ прежнихъ послѣдствій временнаго права собственности, такъ какъ необходимо признать, что временный собственникъ какъ бы никогда не имѣлъ права собственности, т. е. уничтоженіе всѣхъ правъ, проистекшихъ изъ бытія временнаго права собственности (оказавшагося мнимымъ). Такимъ образомъ въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ указанное правило: *resoluto sc. ex tunc jure dantis resolvitur jus accipientis*.

L. 3. D. quib. mod. pignus (20,6) ¹⁾, подтверждая изложенный нами взглядъ, въ тоже время допускаетъ повидимому исключеніе, а именно залговое право, установленное надъ вещью покупателемъ, не уничтожается, если этотъ послѣдній воспользуется предоставленнымъ ему правомъ отказа (*Reurecht*), при условіи *nisi emptori displicuisset*. Эту цитату, принимаемую въ общемъ смыслѣ, относили или ко всѣмъ потестативнымъ условіямъ, назначеннымъ для лица управомоченнаго въ данное время, какъ напр. Мюленбрухъ въ первыхъ изданіяхъ своего учебника; или специально—къ *acta displicentiae*, какъ это мы видимъ у того же писателя въ послѣднемъ изданіи его труда. По нашему мнѣнію такое условіе само по себѣ ничѣмъ не отличается отъ другихъ; но въ установленіи новаго права заключается отказъ отъ условія, если только покупатель не дѣйствовалъ безчестно.

b) *Jus in re* можетъ также управомочивать лицо къ отчужденію или къ установленію другихъ правъ, напр. *emphyteusis*, *superficies*. Если это *jus in re* отмѣняемо, то отмѣнѣ подлежатъ и всѣ производныя отъ него права, согласно правилу *resoluto ex tunc jure dantis etc.* Впрочемъ прекращеніе этихъ правъ возможно и помимо отмѣняемости права, послужившаго для нихъ источникомъ (см. ниже).

За исключеніемъ случая отмѣняемости права (притомъ только *ex tunc*), всѣ права, переданныя собственникомъ другимъ лицамъ, независимы отъ продолженія бытія права собственности аuctor'a. Если послѣдній утратитъ свое право собственности, то эта утрата не поражаетъ уже возникшихъ *jura in re*, напр. сервитутовъ и залгового права. Они, подобно праву собственности, являются самостоятельными правами на вещь, бременемъ вещи (*onera*). *Res transit cum suo onere*.

¹⁾ Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset fuerit que tradita, et forte emptor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.

То же должно сказать объ эмантевзисъ и суперфіція, если отъ нихъ возникли какія-либо юга in re. Переменная лица эмантевтора и пр. не служитъ въ ущербъ этимъ правамъ; они прекращаются только вслѣдствіе полного уничтоженія эмантевзиса или суперфіція, отъ которыхъ получили свое начало. Но это имѣетъ совершенно иную причину, чѣмъ прекращеніе вслѣдствіе отиѣняемости главнаго права и поэтому не должно быть подведено подъ основное правило *resoluto jure* и проч. Содержаніемъ этихъ производныхъ правъ служитъ собственно не вещь, какъ въ томъ случаѣ, когда эти права устанавливаются собственникомъ ея (хотя по формѣ выходитъ тоже самое), а право установителя, часть котораго также переходитъ къ новому субъекту. Эти права превращаются какъ вслѣдствіе уничтоженія вещи, такъ и съ объективнымъ уничтоженіемъ того права, изъ котораго они вытекаютъ. Такимъ образомъ прекращеніе не подходитъ подъ принципъ отиѣняемости, а подъ принципъ уничтоженія объекта правъ.

Приобрѣтеніе и потеря вещныхъ правъ.

§ 143.

Въ основаніи общихъ правилъ относительно прибрѣтенія и потери всѣхъ вещныхъ правъ должно лечь или понятіе вещнаго права вообще или сингулярное опредѣленіе т. е. (причина прекращенія права должна быть произвольно опредѣлена закономъ, какъ это мы дѣйствительно и видимъ при потерѣ правъ). Подобнаго рода произвольнымъ опредѣленіемъ ¹⁾ является тотъ особенный законъ, что отчужденіе вещи казною, главою государства, а также супругою его — освобождаетъ прибрѣтателя этой вещи отъ всѣхъ отдѣльныхъ правъ на нее; субъектамъ этихъ правъ предоставляется—требовать вознагражденія отъ казны или государя въ теченіи четырехъ лѣтъ ²⁾.

Но кромѣ этого вполне произвольнаго способа уничтоженія правъ есть еще необходимые способы прекращенія ихъ; такъ, право не можетъ существовать дольше своего объекта: всѣ вещныя права прекращаются вмѣстѣ съ уничтоженіемъ вещи. Такое дѣйствіе имѣетъ прежде всего естественная (физическая) гибель вещи. Модификацію представляетъ здѣсь случай обращенія иска о правѣ собственности къ лицу *dolo desinens possi-*

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 2. 3. C. de quadr. praeser. (7,37), §. ult. I. de usuc. (2,6), I. 3. C. si adv. fisc. (2,37).

dere (наковымъ является и то лицо, которое умышленно уничтожило вещь). Однако означенное исключеніе только кажущееся, такъ какъ искъ этотъ принимаетъ характеръ личный и продолженіе права собственности здѣсь не предполагается. Не одна физическая гибель вещи, но и юридическое уничтоженіе ея, напр. вслѣдствіе изыятія ея изъ гражданскаго оборота, имѣетъ подобное же послѣдствіе, т. е. уничтожаетъ всѣ права на эту вещь, напр. занятіе извѣстнаго земельного участка общественною рѣкою. Отъ этого случая слѣдуетъ отличать простое наводненіе; впрочемъ и при дѣйствительномъ занятіи водою чьей-либо земли собственнику ея дается справедливое вознагражденіе, если только это занятіе не было временнымъ.

Завладѣніе (*occupatio*) вещи врагомъ превращаетъ всѣ права на нее, однако подъ слѣдующими необходимыми условіями: 1) завладѣніе должно быть совершено *врагомъ*, т. е. народомъ чуждымъ данному, ведущимъ съ нимъ войну, а не разбойниками или согражданами—во время междоусобной войны. Означенное послѣдствіе имѣетъ въ настоящее время только такое завладѣніе, которое совпадаетъ съ понятіями о завоеваніи добычи; 2) *дѣйствительное завладѣніе*, т. е. завладѣвшій вещь долженъ, по крайней мѣрѣ въ данную минуту, спрятать вещь въ безопасное мѣсто (*intra praesidia*). Права на вещь, которую завладѣли враги, прекращаются навсегда, за исключеніемъ однако тѣхъ вещей, которыя, благодаря *jus postliminii*¹⁾, возвращаются ихъ субъектамъ. Такими вещами²⁾ по римскому праву были земли, рабы, лошади и вьючныя животныя, употребляемыя на войнѣ, и военныя суда. Новѣйшія законодательства измѣнили это опредѣленіе; по прусскому праву *postliminium* имѣютъ всѣ вещи, при чемъ собственники ихъ обязываются вознаградить всѣ издержки пріобрѣтателя. Всякое право на дикое животное предполагаетъ подчиненіе его свободы, поэтому оно прекращается вслѣдствіе освобожденія животнаго.

Для пріобрѣтенія вещныхъ правъ нѣтъ общихъ теоретическихъ правилъ, которыя, какъ выше сказано, должны бы истекать изъ особыхъ постановленій закона или пѣз самого понятія вещнаго права. Впрочемъ нѣкоторые ученые думали, что перенесеніе вещнаго права можетъ совершиться только посредствомъ традиціи и что ее слѣдуетъ признать основнымъ принципомъ пріобрѣтенія вещныхъ правъ; это мнѣніе было прежде всего внесено въ естественное право, хотя оно—чистѣйшая вы-

¹⁾ Tit. Dig. de captivis et de postliminio XLIX. 15, Cod. de postlim. revertis VIII. 51.

²⁾ Изъ Пандектъ.

думка. Форма традиціи не находится ни въ какой зависимости отъ объекта ея; это—положительная форма, припѣнимая только къ случаямъ, прямо указаннымъ въ законѣ (Само по себѣ право собственности могло бы точно также быть переносимо съ одного лица на другое посредствомъ простаго договора).

Прежде господствовало ученіе, которое, по мнѣнію послѣдователей его, представляло общія правила для пріобрѣтенія всѣхъ вещныхъ правъ вообще. Ученіе это имѣло значеніе еще въ прошедшемъ столѣтіи, но въ настоящее время едва ли оно найдеть себѣ сторонниковъ; для насъ же оно имѣетъ нѣкоторый интересъ, благодаря тѣмъ важнымъ заблужденіямъ, которые изъ него вытекли. Это есть ученіе о *titulus* и *modus adquirendi*. Оно представляется отвлеченнымъ выводомъ изъ принциповъ пріобрѣтенія права собственности посредствомъ традиціи, для котораго необходима была *justa causa*.

По этому ученію требовалось, чтобы всякому пріобрѣтенію предшествовалъ извѣстный *titulus*, а за нимъ слѣдовалъ извѣстный *modus adquirendi*; благодаря соединенію этихъ двухъ условий, уже возникаетъ вещное право; одинъ *titulus*, по мнѣнію послѣдователей разсматриваемаго ученія, даетъ лишь нѣкоторое *jus ad rem*, а *modus*—уже самое *jus in rem*. Это ученіе ложно даже по отношенію къ традиціи (оно отвлечено только отъ традиціи, являющейся слѣдствіемъ покупки, и не подходитъ напр. къ традиціи, встрѣчающейся при дареніи и которой не предшествуетъ никакой *justus titulus* въ формѣ *jus ad rem*, никакое обязательство, такъ какъ здѣсь *titulus* совпадаетъ съ традиціей. Поэтому необходимо было уже отказаться отъ опредѣленнаго понятія титула въ смыслѣ обязательства, такъ что титулъ опредѣлился какъ юридическое, хотя и не обязательственное и при томъ предшествующее традиціи,—требованіе на вещь. Оно вообще основывается на весьма поверхностныхъ соображеніяхъ. Къ тому же присоединилось новое затрудненіе. При *occupatio* и *accessio* не было титула; здѣсь, по мнѣнію послѣдователей этого ученія, титуломъ является законъ, правило: *res nullius cedit primo occupanti*. Но тогда пришлось бы при традиціи два титула: законъ и договоръ купли-продажи; такимъ образомъ все ученіе представляется невообразимой путаницей, такъ какъ одно положеніе его опровергается другимъ, другое третьимъ и т. д. Благодаря ему, *titulus adquirendi* превратился въ простую возможность пріобрѣтенія и вся тайна этого ученія разрѣшилась тривиальнымъ правиломъ: всякой дѣйствительности должна предшествовать нѣкоторая вѣроятность; правило же это относится не только къ вещнымъ правамъ, но и ко всѣмъ правамъ вообще, даже ко всѣмъ юри-

дическимъ и неюридическимъ вопросамъ). Притомъ всякая тривіальность, выдающая себя за нѣчто особенное, сама по себѣ—ошибка и ведетъ къ дальнѣйшимъ ошибкамъ, какъ это и произошло въ данномъ случаѣ. Помнить сказанное особенно необходимо по отношенію къ Пруссіи, въ общее земское право которой включено разсмотрѣнное ученіе; но оно не должно смущать лицъ, пользующихся прусскими законами, такъ какъ даже законодатель не можетъ освятить заблужденія и сдѣлать его обязательнымъ для науки.

Г Л А В А II.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

I. Содержаніе права собственности.

§ 144.

Право собственности ¹⁾ есть полное юридическое подчиненіе вещи, полное юридическое господство надъ физическимъ предметомъ. Это понятіе права собственности состоитъ изъ слѣдующихъ элементовъ:

1) Объектомъ его служить вещь, физическій предметъ. Слово *dominium* употребляется впрочемъ и для обозначенія права надъ безтѣлесными вещами, такъ какъ оно прежде всего обозначаетъ *юридическое* господство. Поэтому право собственности называется *regum dominium*, но слово *regum* обыкновенно опускается (хотя вслѣдствіе этого въ терминѣ вовсе не заключается распространенія самаго понятія права собственности на безтѣлесныя вещи). Въ германскомъ правѣ терминъ *Eigenthum* употребляется въ болѣе обширномъ смыслѣ—всякаго управомоченія. Такой терминологіи слѣдуетъ избѣгать въ юриспруденціи, гдѣ, благодаря неточности употребляемыхъ словъ, весьма часто вводятся и неточныя понятія, напр. очень легко, говоря о правѣ собственности на извѣстную долговую претензію, примѣнить къ ней самыя основныя начала этого права.

2) Право собственности есть *полное* (*totale*) подчиненіе вещи. Поэтому всякое отдѣльное право на вещь само по себѣ заключается въ правѣ собственности, такъ что нѣтъ необходимости въ перечисленіи всѣхъ этихъ отдѣльныхъ правъ; о нихъ можетъ быть рѣчь только при вопросѣ объ ограниченіяхъ права собственности (такъ о пользованіи вещью можно говорить только когда идетъ рѣчь о сервитутахъ, изъ которыхъ обширнѣй-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

шимъ является *ususfructus*, въ противоположность которому одно голое, пустое (*bloss*) право собственности называется *proprietas*. Прежде признавали особый видъ *узуфрукта* — *usufructus causalis sc. domini*, находящій причину (*causa*) своего пользования въ своемъ же правѣ собственности; въ противоположность ему настоящій *узуфруктъ* получилъ названіе *ususfructus formalis*; но на самомъ дѣлѣ существуетъ только послѣдній видъ, тогда какъ первый не есть *узуфруктъ*, а лишь особый способъ осуществленія права собственности. О правѣ отчужденія точно также можетъ идти рѣчь только при вопросѣ о закладномъ правѣ и о запрещеніяхъ (*Vergaeuzerungsverbote*). Прежде обыкновенно дѣлили составные элементы права собственности на *Proprietaetsrechte* и *Nutzungsrechte*, но это подраздѣленіе совершенно излишне и не можетъ быть строго проведено (такъ какъ оно имѣетъ опредѣленное значеніе только по отношенію къ *узуфрукту*, но не применимо къ другимъ юридическимъ отношеніямъ. Общаго понятія этихъ двухъ категорій правъ вовсе не существуетъ).

3) Съ полнотою подчиненія въ правѣ собственности соединяется и *исключительность* его не только по отношенію къ другимъ правамъ, но и по отношенію къ другому праву собственности. Поэтому на одну и ту же дѣлю вещь не можетъ существовать права собственности нѣсколькихъ лицъ. Возможно ли такое право по отношенію къ частямъ вещи? а) Оно возможно *pro diviso* по отношенію къ физическимъ частямъ одной вещи, за исключеніемъ частей интегрирующихъ (здѣсь оно невозможно потому, что объектомъ этого права служитъ только внутренне-самостоятельная вещь). Недостатокъ виѣшней самостоятельности т. е. физическая связь данной вещи съ чужою вещью не препятствуетъ бытію права собственности (хотя въ то же время служитъ препятствіемъ къ владѣнію). Нѣкоторые юристы утверждали, что *L. 8. D. de rei vindic.* ¹⁾ не допускаетъ права собственности *pro diviso* по отношенію къ движимымъ вещамъ; но въ разсматриваемомъ законоположеніи идетъ рѣчь не о правѣ собственности, а о владѣніи, которое въ данномъ

¹⁾ *L. 8. D. de R. V. (6,1): Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius. Titius possideatis, non ab utrisque quadrantibus petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet, nunquam enim pro diviso possideri potest.*

случаѣ не можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ pro diviso. b) Право собственности мыслимо по отношенію къ идеальнымъ частямъ вещи ¹⁾. Одна вещь можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ pro indiviso; это есть такъ называемая собственность, Miteigenthum, condominium; здѣсь каждое лицо есть исключительный собственникъ своей идеальной доли, которая однако еще точно не опредѣлена. Поэтому каждое изъ нихъ можетъ произвольно распоряжаться своею частью, напр. продать ее, и его condominus не вправе препятствовать ему, если только распоряженіе это касается собственной доли распоряжающаго. Другое дѣло, если распоряженіе физически касается всей вещи (die Sache koerperlich afficirt), такъ какъ къ каждой физической части вещи уполномочены всѣ сособственники до самого момента раздѣленія вещи. Въ такомъ случаѣ каждый сособственникъ имѣетъ право сказать veto противъ всякаго односторонняго распоряженія вещью. Въ случаѣ стѣснительности этого veto, можно приступить къ дѣленію вещи, вслѣдствіе котораго уничтожается общая собственность. Впрочемъ въ одномъ случаѣ закономъ предписывается ограниченіе этого veto (безъ указанія на немедленный раздѣлъ), именно когда является необходимость въ исправленіи принадлежащаго нѣсколькимъ лицамъ строенія; тогда одинъ изъ сособственниковъ можетъ принять нужныя мѣры, не смотря на сопротивление остальныхъ, а продолжительный отказъ ихъ отъ участія въ расходахъ

¹⁾ Общеупотребительное опредѣленіе права собственности, которое принято и Пухтою, пригодно только для полной и нераздѣльной права собственности, для plena proprietas, тогда какъ въ действительности правомъ собственности все таки остается и раздѣльное право, и nuda proprietas, отвлеченное nihil esse; это ясно слѣдуетъ между прочимъ изъ L. 25. pr. D. de V. S. (50,16) и L. 13. §. 1. D. de S. P. R. (8,3). Право собственности должно быть постою опредѣляемо какъ такое господство (Herrschaftsverhaeltniss), посредствомъ котораго вещь юридически подчиняется лицу. Въ этомъ отношеніи вещи къ лицу, какъ къ владѣнію имущества, заключается противоположеніе права собственности переходящему пользованію плодами. Юридическій моментъ отличаетъ здѣсь идеальное господство отъ чувственнаго (фактическаго), существующаго при владѣніи. Наконецъ на proprietas основывается исключительность дѣянаго права собственности по отношенію къ такому же чуждому праву (по не по отношенію къ раздѣльной собственности и правамъ на вещи, принадлежащія другимъ лицамъ). Съ вышеуказаннымъ опредѣленіемъ, кажется, согласно въ сущности опредѣленіе Вирта, Beitr. zur Jystematik 1856 г.: „Право собственности есть юридическое принадлежностное отношеніе вещи (къ лицу)“; въ опредѣленіи же Гиртнера, Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff: „право собственности есть право на назначеніе вещи (принадлежать лицу)“, изъ свойствъ вещи выводится то, что (какъ напр. продолжительность и наследственность права собственности) скорѣе вытекаетъ изъ самаго подчиненія ея господству лица.

Прим: мод.

на исправленіе можетъ даже уничтожить принадлежащее имъ право собственности (см. § 152).

Ограниченія содержанія права собственности.

§ 145.

Право собственности ¹⁾, какъ совокупность всѣхъ вещныхъ правъ, заключаетъ въ себѣ исключительное уполномочіе ко всякому употребленію вещи, ко всякому распоряженію ею. Впрочемъ возможно ограниченіе (даже самаго права собственности, а не только личности собственника), состоящее въ выдѣленіи изъ него тѣхъ отдѣльныхъ правъ, которыя въ немъ содержатся. Такому ограниченному состоянію права собственности противоплагается *libertas rei*, свобода ея. Какъ эти отдѣльныя права, такъ и ограниченія бывають двухъ родовъ: они состоятъ или въ томъ, что собственникъ не долженъ совершать такихъ дѣйствій, которыя онъ могъ бы совершать по своему праву собственности, или что онъ долженъ терпѣть совершеніе извѣстнымъ лицомъ такихъ дѣйствій, которыми онъ былъ бы вправѣ воспрепятствовать.

Такимъ образомъ есть два рода ограниченій права собственности. 1) Ограниченія посредствомъ *jura in re*, принадлежащихъ другимъ лицамъ, и 2) ограниченія—помимо какого-либо *jus in re*. Къ этимъ послѣднимъ ¹⁾ относится ограниченіе права собственности, главнымъ образомъ на недвижимости, посредствомъ постановленія закона—ограниченіе, имѣющее политическія цѣли; это—такъ называемыя *легалныя* сервитуты. Многія изъ этихъ постановленій устарѣли, другія хотя еще и применяются, но уже инымъ образомъ, какъ напр. легалныя сервитуты, касающіеся теченія воды (*aquae pluviae arcendae actio*), пограничныхъ деревьевъ и ихъ плодовъ (*interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda*), исправленія зданій (§ 144, *cautio damni infecti*) и отдѣленія матеріаловъ, употребленныхъ для строеній и виноградниковъ (§ 169). Изъ ограниченій такого рода полную силу имѣють въ настоящее время слѣдующія: а) обязанность отдать за особенное вознагражденіе часть земли подъ общественную дорогу (экспроприація); б) обязанность предоставить за особую цѣну дорожный сервитутъ лицу, которое иначе не можетъ попасть на свою землю (это—такъ назыв. *Nothweg*); в) разрѣшеніе возведенія стѣны, не превышающей

¹⁾ Изъ Пандектъ.

подуэта; d) разрѣшеніе роскоши съ цѣлью открытія новыхъ минераловъ (но не кладовъ), безъ ущерба для земельнаго участка и съ вознагражденіемъ собственника въ 10 проц. съ прибыли; e) запрещеніе преграждать постройками теченіе воздуха къ току, на которомъ сушатъ и вѣютъ хлѣбъ. Эти ограниченія права собственности отнюдь не слѣдуетъ распространять—по субъективному чувству справедливости.

Далѣе — сюда относятся запрещенія отчужденія (*Veräußerungsverbote*), которыми мы теперь и займемся. Въ запрещеніи важны слѣдующіе три момента.

a) Объемъ запрещенія. Запрещать можно не только полное отчужденіе, т. е. отказъ отъ самаго права собственности, но и частичное отчужденіе отдѣльныхъ составныхъ частей этого права; поэтому запрещеніемъ отчужденія воспрещается также установленіе всякихъ *jura in re*, напр. сервитута, закладнаго права. Чисто личное ограниченіе собственника, напр. передача имъ вещи для пользованія другому лицу, не будетъ отчужденіемъ (такая передача поэтому не запрещена), равно какъ и переходъ права собственности къ наследникамъ. Въ сущности (*an sich*) должно понимать эти запрещенія въ выше указанномъ обширномъ смыслѣ, т. е. признавать, что запрещено не только полное, но и частичное отчужденіе, если только такъ или иначе положительно не указанъ характеръ самаго ограниченія ¹⁾.

b) Источникъ запрещенія. Онъ можетъ быть тройкій: законъ, распоряженіе суда, произволь частныхъ лицъ, (выраженный въ завѣщаніи или договорѣ).

c) Дѣйствіе запрещенія ²⁾. Оно можетъ быть двойное:

1) Отчужденіе, совершенное вопреки запрещенію, ничтожно; притомъ эта ничтожность можетъ быть или простою, вслѣдствіе которой право собственности остается за лицомъ отчуждившимъ, или же—сопровождаемою потерей права для этого лица и переходомъ его къ тому, въ пользу котораго существуетъ запрещеніе. Простая ничтожность должна быть признана общимъ правиломъ.

¹⁾ L. 7. C. eod: *Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.*

²⁾ Ср. *арм.* XIV.

2) Отчужденіе дѣйствительно, по заключающееся въ немъ нарушеніе запрещенія даетъ другому лицу право привлечь лицо отчуждившее къ ответственности за ущербъ и штрафу по закону. Хотя въ этомъ случаѣ запрещеніе также оказываетъ известное дѣйствіе, но оно уже не является ограниченіемъ права собственности, потому что изъ этого послѣдняго не выдѣлено право отчужденія.

Полное дѣйствіе, указанное въ первой рубрикѣ, имѣютъ запрещенія, установленныя закономъ и судомъ. При ничтожности отчужденія, лицо, приобрѣтшее вещь, не дѣлается собственникомъ ея и виндикаціи принадлежитъ лицу отчуждившему. (Многіе отрицали это положеніе вполнѣ; другіе отрицали его только въ томъ случаѣ, когда запрещеніе установлено въ интересахъ лица отчуждившаго). То обстоятельство, что это послѣднее само совершило отчужденіе, не лишаетъ его виндикаціи потому именно, что оно было и осталось собственникомъ вещи. Но возможно, что лицо, приобрѣтшее вещь, будетъ имѣть противъ виндикаціи *exceptio doli* о возвращеніи цѣны продажи, о вознагражденіи за убытки вообще или о предстоящей дѣйствительности (*Convalescenz*) отчужденія. (Однако во многихъ случаяхъ противъ *rei vindicatio* не будетъ экцепціи; тогда виндикація не только будетъ принадлежать лицу, совершившему отчужденіе, но и окажетъ свое дѣйствіе).

Дѣйствіе запрещенія, установленнаго частною волею, заключается въ томъ, что известное лицо приобретаетъ право на осуществленіе этого запрещенія.

1) Завѣщательныя запрещенія недѣйствительны, если нѣтъ лица управомоченнаго. Если же есть субъектъ, то это право будетъ—или отказомъ въ пользу другаго лица подъ условіемъ отчужденія; управомоченному лицу предоставлены здѣсь процессуальныя средства, вытекающія изъ легата, къ которымъ относится и виндикація (потому-то отчужденіе здѣсь ничтожно и управомоченное лицо въ правѣ виндигировать свою вещь отъ лица, приобрѣтшаго ее. Здѣсь завѣщательное запрещеніе совпадаетъ съ законнымъ, именно—съ запрещеніемъ отчуждать отказанныя другому вещи). Или же легатарію отчужденіе можетъ быть запрещено подъ какимъ-либо резолютивнымъ условіемъ; тогда вещь возвращается къ лицу обязанному условіемъ (*dem Operirten*) и отчужденіе признается ничтожнымъ по самой природѣ этого условія.

2) Запрещенію, установленному договоромъ, можетъ также быть придано уничтожающее дѣйствіе—вслѣдствіе наложенія этого запрещенія въ формѣ резолютивнаго условія, при наступленіи котораго право собственности должно возвратиться къ лицу передавшему его (*Ertheiler*).

3) При договорномъ запрещеніи безъ резолютивнаго условія отчужденіе не ничтожно; лицо управомоченное имѣеть только требованіе противъ лица отчудившаго, хотя и обѣщавшаго не отчуждать извѣстную вещь. Можно было бы подумать, что постановленіе, указанное въ 1-мъ прим. стр. 387, ставитъ договорное запрещеніе отчужденія наравнѣ съ законнымъ запрещеніемъ. Но это невозможно; въ означенной цитатѣ трактуется только объ объемѣ, а не о дѣйствиіи запрещенія; относительно же объема договорное запрещеніе дѣйствительно сравнено съ законнымъ. Здѣсь возможны два случая: а) получатель обязуется не отчуждать вещь подъ страхомъ возвращенія ея авктору (Geber), при чемъ этотъ послѣдній имѣеть *condictio causa data causa non secuta*. (Но это есть только личный искъ противъ лица отчудившаго, а не противъ самаго отчужденія). Отчужденіе само не можетъ быть оспариваемо ¹⁾. б) При всякомъ другомъ запрещеніи, когда возвращеніе права авктору не было условлено въ договорѣ, можетъ быть предъявленъ только искъ объ убыткахъ или объ условленномъ штрафѣ. Дѣйствительность запрещенія предполагаетъ: 1) исковой договоръ; по римскому праву таковымъ не могло быть *pactum nudum*, за исключеніемъ впрочемъ *pactum adjectum*; 2) интересъ для лица управомоченнаго, такъ какъ если ему вслѣдствіе отчужденія не причиняется никакого ущерба, то искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки долженъ быть недѣйствительнымъ. Это условіе можетъ быть замѣнено назначеніемъ, по соглашенію сторонъ, извѣстнаго штрафа). Договорное запрещеніе отчужденія можетъ быть гарантировано посредствомъ внесенія его въ ипотечную книгу; впрочемъ это укрѣпляетъ не самое запрещеніе, а обезпечиваетъ лишь требованіе, изъ него вытекающее. (Изъ указанныхъ общихъ правилъ признавали одно исключеніе для того случая, когда залогодатель обѣщаль вѣрителю не отчуждать извѣстную вещь ²⁾). Но постановленіе, приводимое въ подтвержденіе этого мнѣнія, имѣеть совершенно иной смыслъ при всякомъ другомъ чтеніи, кромѣ флорентійскаго ³⁾).

1) L. 3. C. de cond. ob causam dat. (4,6): *Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portienis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel ejus heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.*

2) L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20,5): *Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse conditionem, ut pactioni stetur.*

3) Ср. прим. XIV и прим. 1 къ нему.

II. Формы права собственности.

§ 146.

Понятіе права собственности, какъ полнаго господства надъ вещью, исключаетъ возможность существованія наряду съ этимъ правомъ какого-либо другаго, равнаго ему или высшаго права. Всякое другое право на ту же вещь должно быть *jus in re aliena*. Такое *jus in re* 1) какъ бы обширно оно ни было, не имѣетъ той цѣлостности (*Totalitaet*), которая свойственна праву собственности, 2) какъ бы оно ни умяло право собственности, однако по отношенію къ нему, оно останется все таки чѣмъ-то временнымъ, преходящимъ, отъ чего право собственности рано или поздно можетъ освободиться.

Этотъ принципъ цѣлостности не нарушается одновременнымъ признаніемъ права собственности, основаннаго на разныхъ юридическихъ началахъ. Сюда относятся:

1) Различіе квинтской и бонитарной собственности [существовавшее въ древнемъ правѣ, при которомъ одно лицо могло быть собственникомъ вещи по *jus civile*, другое же было бонитарнымъ собственникомъ—на основаніи принциповъ преторскаго права. Нарушеніе принципа было бы въ томъ случаѣ, когда возможно было существованіе двухъ гражданскихъ или двухъ бонитарныхъ собственниковъ въ одно время]. Коллизія между этимъ *duplex dominium* была коллизіей между *jus civile* и преторскимъ правомъ. Юстиніановское право уничтожило эту коллизію.

2) Въ новѣйшемъ правѣ до сихъ поръ еще встрѣчается различіе между истиннымъ правомъ собственности и фактивнымъ правомъ, принадлежащимъ давностному владѣльцу (*Usucapionebesitzer*) и охраняемымъ посредствомъ *actio Publiciana*, какъ некоемъ о правѣ собственности. Правило для разрѣшенія коллизіи между ними указано ниже въ ученіи объ *actio Publiciana*. Точно такимъ же представлялось бы различіе между *dominium civile* и *naturale* или *dominiens*, если бы такое существовало; но это различіе основано просто на вымыслѣ.

3) Право собственности государства надъ территоріей и частное право гражданъ на нее или на отдѣльныя ея части могутъ существовать одновременно, не смотря на означенный принципъ цѣлостности на томъ основаніи, что эти два права—государственное и частное—принадлежатъ къ двумъ совершенно различнымъ областямъ и потому коллизія между ними невозможна. Право собственности государства на территорію дѣй-

ствительно только по отношенію къ вопросамъ внешней политики (*nach Auszen*); на землю же, находящуюся въ частномъ владѣніи, государство имѣетъ право лишь настолько, насколько при известныхъ обстоятельствахъ частное право гражданъ должно уступать общегосударственнымъ потребностямъ (*dominium emipens*),— когда, напротивъ, граждане обязаны отказываться отъ своего частнаго права собственности ради государственныхъ дѣлей. На этомъ столкновеніи интересовъ государства и частныхъ лицъ стремились построить ученіе о верховномъ правѣ собственности (*Obereigenthum*) ради общественныхъ дѣлей, существующемъ на ряду съ правомъ собственности частныхъ лицъ (*Untereigenthum*). Если бы это ученіе было вѣрно, то мы имѣли бы одновременно двойное право собственности. Но ученіе о верховномъ правѣ собственности есть просто ложная теорія, придающая государственному (публичному) праву форму права частнаго. На дѣлѣ мы видимъ совершенно обратное: частное право только ограничено государственнымъ, которому вовсе нѣтъ необходимости принимать форму права собственности. [Если бы существовало ограниченіе права собственности частныхъ лицъ правомъ собственности государства, то слѣдовало бы признать государственною собственностью всѣ земельные участки, дѣйствительные собственники которыхъ явились бы уже владѣльцами ихъ или субъектами какого-либо *jus in re*. Право собственности государства ограничивается только доменами; частныя лица остаются собственниками своихъ участковъ, при чемъ однако они ограничены публичнымъ правомъ, уполномочивающимъ государство, при известныхъ обстоятельствахъ, приобретать эти участки для обращенія ихъ на удовлетвореніе общественныхъ потребностей. Такое право есть чисто государственное, а не частное—гражданское, и потому оно не можетъ быть правомъ собственности].

Въ феодальной системѣ заключается также представленіе государственныхъ (публичныхъ) отношеній гражданскими правами, или примѣненіе частныхъ, гражданскихъ понятій къ государственному праву. Ленное отношеніе основано на обоюдной вѣрности леннаго господина и вассала при взаимной помощи и услугахъ. Съ этимъ отношеніемъ связали право собственности, признавая право леннаго господина, *dominium directum*— верховнымъ правомъ собственности, право вассала—подчиненнымъ правомъ или пользованіемъ—*Nutzeigenthum*, *dominium utile*. Точно также поступали и съ нѣкоторыми отношеніями крестьянскихъ имѣній между собою. Эти отношенія постепенно теряли свой государственный характеръ и сохранились какъ гражданскія аномаліи. Поэтому слѣдовало бы итъ или возвра-

тить ихъ государственное значеніе, или придать имъ исключительно частную гражданскую форму ¹⁾).

III. Способы приобрѣтенія права собственности.

§ 147.

Важное въ юридическомъ отношеніи ²⁾ различіе способовъ приобрѣтенія права собственности обуславливается двумя моментами. Первымъ будетъ отношеніе этихъ способовъ къ различію между производнымъ и первообразнымъ приобрѣтеніемъ правъ (§ 47). Производные способы приобрѣтенія права собственности содержатъ въ себѣ преемство сингулярное или универсальное. Второй моментъ относится къ акту приобрѣтенія: въ нѣкоторыхъ способахъ онъ состоитъ въ приобрѣтеніи владѣнія известною вещью, такъ что вмѣстѣ съ фактической властью надъ вещью (при известныхъ условіяхъ) возникаетъ и юридическое владѣтельство; въ другихъ—хотя владѣніе и предполагается, но дѣйствительное приобрѣтеніе права собственности происходитъ вслѣдствіе какаго-либо другаго обстоятельства, наконецъ въ третьихъ—право приобрѣтается совершенно независимо отъ владѣнія.

У Римлянъ важную роль играло подраздѣленіе на цивильные и естественные способы приобрѣтенія—какъ по отношенію къ послѣдствіямъ его, такъ и по отношенію къ дѣеспособности лицъ. Но это дѣленіе устарѣло еще и въ юстиніановскомъ правѣ, а тѣмъ болѣе не годится для права, нынѣ дѣйствующаго. Рисковано замѣнить это дѣленіе способовъ приобрѣтенія права соб-

¹⁾ Ср. Gerber, *System des deutsch. Privatrechts* (4 изд. 1855 г.) § 77. Voessing, *Pand.* II. § 139 и прим. 48, 49. Послѣдовательное отрицаніе этой научно-ложной, а потому и неспрочной теоріи (о *dominium directum* и *utile*), заключается не въ признаніи всѣхъ правъ такъ называемаго *Nutzeigenthum* простыми правами на чужую вещь, но въ признаніи ихъ, какъ по отношенію къ прошедшему времени, такъ и согласно съ дѣйствующимъ въ настоящее время положительнымъ правомъ, юридическими особенностями (*singuläre Rechtsbildungen*), устраненіе которыхъ въ будущемъ должно представляться не отсутствіемъ владѣнія—въ формѣ отсутствія права собственности (*Nichteigenthum*), а шагомъ впередъ,—въ формѣ вѣтлнпаго права собственности (подобно тому какъ Римляне восстановили *inim dominium* не отрицаніемъ бовитарной собственности, но побѣдой ея надъ собственностью квинтискою); новѣйшія законодательства ст; снхатя добаться единства права собственности не уничиженіемъ пощипенной собственности (*Nutzeigenthum*), но посредствомъ преобразованія ея въ истинное, чистое гражданское право собственности, такъ напр. Прусс. улож. 31 января 1850 г. § 40. 42.

Прим. изд.

²⁾ Изъ Пандектъ.

ственности дѣленіемъ ихъ на принадлежащія къ положительному праву (*positivrechtliche*) и на принадлежащія въ праву естественному (*Naturrechtliche*).

А. Производное приобрѣтеніе права собственности.

І. Посредствомъ приобрѣтенія владѣнія.

а. *Traditio*.

§ 148.

Наиболѣе употребительнымъ способомъ приобрѣтенія права собственности, послѣ наслѣдованія, является перенесеніе собственникомъ этого права на другое лицо. Со стороны прежняго собственника происходитъ отчужденіе, со стороны новаго—преемство.

Для такого перенесенія прежде всего необходима способность одного лица передавать право собственности и способность другого приобрѣтать таковое. Обыкновенно собственникъ обладаетъ этою способностью или лично, или конечно посредствомъ *procurator'a* или *quasi procurator'a*—опекуна и залогопринимателя—при закладномъ правѣ. Исключеніе, сдѣланное для казны, указано выше. Иногда же собственникъ лишентъ этой способности вслѣдствіе запрещенія, послѣдствіемъ котораго является ничтожность отчужденія. При отсутствіи этой способности перенесеніе права собственности невозможно, хотя возможно простое перенесеніе владѣнія, при извѣстныхъ обстоятельствахъ съ *conditio usucapiendi*. Необходимыя условія акта традиціи слѣдующія:

Одного простаго изъявленія воли недостаточно для перенесенія права собственности; такое важное послѣдствіе должно быть констатировано посредствомъ болѣе опредѣленной и удобопознаваемой формы (недостаточно считать ее чѣмъ-то разумно необходимыми). Въ древнеримскомъ *ius civile* существовало судебное (*in iure cessio*) и частное перенесеніе права при свидѣтеляхъ (*mancipatio*). *Jus gentium* присоединило другую, болѣе естественную форму—*traditio*, передачу—олицетвореніе воли двухъ лицъ въ переходѣ владѣнія. Приобрѣтатель долженъ стать собственникомъ только послѣ того, какъ онъ сдѣлается владѣльцемъ; вмѣстѣ съ владѣніемъ на него переходитъ и право собственности, при наличности двухъ условій: правоспособности лицъ и воли ихъ. Въ Юстиниановскомъ правѣ это есть единственная форма перенесенія права. Она вполне действительна

и въ настоящее время, если только земное право не требуетъ (для перехода извѣстныхъ вещей) необходимаго соблюденія какой-либо другой формы.

Римское право признаетъ только одинъ случай перенесенія права собственности посредствомъ простаго изъявленія воли безъ традиціи (такъ-назыв. *transitus legalis*), при *societas omnium bonorum*. Савиньи ¹⁾ утверждалъ, что этотъ принципъ не составляетъ исключенія, но что и здѣсь также происходитъ традиція, именно посредствомъ *constitutum possessorium*; въ этомъ заключалось бы 1) распространеніе приобрѣтенія права собственности на приобрѣтеніе владѣнія, но о томъ въ законѣ не говорится ни слова; слова же „*tacita traditio*“ навѣрно означаютъ только фактивную традицію; 2) ограниченіе перенесенія права собственности такими вещами, которыя находятся во владѣніи всѣхъ *socii*; этого также не сказано въ законѣ. Поэтому слѣдуетъ признать указанный случай за исключеніе ²⁾. Древнѣйшіе юристы признавали на основаніи одного постановленія кодекса ³⁾ *transitus legalis* въ случаѣ даренія или продажи вещей церкви и богоугоднымъ заведеніямъ. Въ этомъ постановленіи сказано: „если имъ досталось наслѣдство или отказъ, или что-либо подарено или продано, то они должны получить столѣтнюю давность для вещныхъ и личныхъ своихъ исковъ“. Послѣднія приобрѣтенія сравнены съ первыми и кромѣ того говорится, что имъ принадлежатъ не только личные иски, но и вещные. Руководствуясь буквою закона, приходится отдать справедливость указанному древнему мнѣнію и отнюдь нельзя, подобно Вангеру ⁴⁾, считать такой выводъ вполне невѣроятнымъ и нелѣпымъ. Но этому древнему мнѣнію противорѣчитъ то обстоятельство, что указанное важное измѣненіе оказывается сдѣланнымъ мимоходомъ, такъ какъ въ разсматриваемомъ законѣ идетъ рѣчь о предметѣ, не имѣющемъ съ нимъ

1) *Recht des Besitzes* стр. 374.

2) Слова *tacita traditio* кажется указываютъ на то, что юристы все-таки думаютъ о вещахъ, находящихся во владѣніи каждаго *socius*. Относительно другихъ вещей нельзя было признать перехода права собственности *nudo consensu*, ни вслѣдствіе *societas*, ни вслѣдствіе покупки. Но передача (*cessio*) индикціи, которая можетъ совершиться *tacite*, представляетъ здѣсь необходимое пособіе.

Прим. изд.

3) *L. 23. §. 1. C. de ss. ecles. (1,2)*:—*sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio praeceperit*—*In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum.*

4) *Leitfaden I, §. 311.*

никакой существенной связи, что противорѣчитъ тому образу дѣйствій, котораго обыкновенно держался Юстиніанъ въ своихъ нововведеніяхъ. Это постановленіе можетъ точно также быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что *traditio* при продажѣ и дареніи должна подразумеваться, а это случается весьма часто. Этому послѣднему мнѣнію должно быть отдано предпочтеніе, потому что въ случаѣ сомнѣнія аномалія отнюдь не должна быть признаваема за правило.

Напротивъ нельзя счесть за исключеніе, что иногда для приобрѣтенія права собственности достаточно бываетъ простаго изъявленія воли, именно въ томъ случаѣ, когда приобрѣтатель вещи уже владѣетъ ею, когда нѣтъ необходимости дѣлать его владѣльцемъ посредствомъ какого-либо особаго дѣйствія лица, передающаго право ¹⁾. При этомъ возможны два случая: 1) приобрѣтатель могъ быть только естественнымъ владѣльцемъ вещи, а традентъ — юридическимъ владѣльцемъ ея. Здѣсь происходитъ дѣйствительная традиція — *brevis manu traditio*; 2) приобрѣтатель былъ уже юридическимъ владѣльцемъ вещи, или если и не былъ, то одѣлается таковымъ помимо прежняго собственника ея; собственно традиція здѣсь не будетъ, но все-таки совершается приобрѣтеніе права собственности, если имѣлось намѣреніе перенести это право на приобрѣтателя. Основаніе этого заключается въ слѣдующемъ: форма перехода права въ сущности состоитъ въ томъ, что намѣреніе (воля) перенести и приобрѣсть оное должно выразиться во владѣніи. Это совершается посредствомъ традиціи, если лицо, передающее право, есть владѣлецъ вещи; здѣсь взаимная воля выражается наиболѣе полнымъ и очевиднымъ образомъ; это самый обыкновенный случай, на который поэтому и обращено особенное вниманіе при перечисленіи способовъ приобрѣтенія права собственности. Та же форма собственно соблюдается и въ первомъ изъ указанныхъ выше случаевъ, такъ какъ и здѣсь обоюдная воля выражается во владѣніи. Такимъ образомъ, если нѣтъ сомнѣнія въ наличии означенной воли, то и въ этомъ случаѣ также послѣдствиемъ владѣнія является право собственности.

Итакъ для акта перенесенія права собственности необходимы слѣдующія два условія: 1) воля передать и принять право собственности и 2) традиція, или нѣчто—замѣняющее ее, вообще выраженіе этой воли посредствомъ передачи и приобрѣтенія владѣнія.

¹⁾ L. 21. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41,1),

Justa causa traditionis.

Traditio есть прежде всего простое перенесение владѣнія. Она обращается въ перенесение права собственности благодаря связанной съ нею волѣ лица, направленной на право собственности. Эта воля, которую должны имѣть обѣ стороны, и есть *justa causa traditionis*.

Justa causa будетъ та юридическая сдѣлка, въ которой заключается согласная воля двухъ лицъ—передать и приобрести право собственности, напр. купля-продажа, дареніе, приданое, платежъ (*Zahlung*), заемъ и пр. Эта сдѣлка можетъ совершаться одновременно съ традиціей, напр. въ дареніи, платежѣ, приданомъ, займѣ, или особо предшествовать ей, напр. при куплѣ-продажѣ (Въ *L. 31. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1)* ¹⁾ указано только такое предшествованіе; впрочемъ, понимая эти слова въ особомъ смыслѣ, придется признать, что это всегда такъ и бываетъ: воля предшествуетъ исполненію и въ исчисленныхъ выше случаяхъ даренія, платежа и пр.). Но она можетъ вромѣ того слѣдовать за исполненіемъ; въ этомъ случаѣ приобретение права собственности совершается только послѣ присоединенія необходимой *justa causa*. Это бываетъ при *suspensio justae causae* посредствомъ условія, лишь съ наступленіемъ котораго является воля лица, передающаго право собственности, т. е. является самая *justa causa*.

Въ одномъ случаѣ *suspensio* наступаетъ *ipso jure*. Традиція, совершаемая вслѣдствіе купли-продажи, не рождаетъ права собственности до тѣхъ поръ, пока продавецъ не будетъ удовлетворенъ или уплатою полной суммы, или новаціей (обязательства покупателя), или пока онъ не согласится продать въ кредитъ вообще, т. е. не назначитъ какого-либо срока для платежа. Причина этой *suspensio* заключается въ томъ, что въ основу традиціи можетъ быть положено или намѣреніе перенести на другое лицо самое право собственности, или же намѣреніе перенести на него одно владѣніе. Только тогда, когда уплачена цѣна продажи или совершено эквивалентное дѣйствіе, слѣдуетъ признать право собственности перешедшимъ. Въ случаѣ назначенія срока для платежа молчаливое условіе переходитъ въ *dies (срокъ)*, не приостанавливающій дѣйствія традиціи.

¹⁾ *L. 31. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1)*: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Такимъ условіемъ, приостанавливающимъ (суспендирующимъ) самую *justa causa*, представляется такъ называемое *pactum reservati dominii*. Условнымъ является не актъ традиціи (который вообще не допускаетъ условности, такъ какъ нельзя быть условнымъ владѣльцемъ), а самая *justa causa*. Но кромѣ того можетъ быть безусловною иногда даже самая юридическая сдѣлка, напр. купля-продажа, такъ какъ *justa causa* составляетъ не эта сдѣлка съ ея особымъ содержаніемъ, а лишь вышеовначенная воля контрагентовъ.

Прежде, основываясь на одномъ мѣстѣ изъ Дигестъ ¹⁾, оспаривали возможность существованія *pactum reservati dominii* при куплѣ-продажѣ. Но при *pact. reserv. dom.* вовсе не опредѣляется, чтобы купля-продажа отнюдь не имѣла своимъ послѣдствіемъ отчужденіе; это послѣдствіе только суспендируется, а этого, конечно, не исключаетъ цитированное правило.

Затѣмъ новѣйшіе юристы признавали невозможнымъ допустить, чтобы *pact. reserv. dom.* имѣло значеніе суспензивнаго условія. Они говорили, что при продажѣ въ кредитъ это значеніе будетъ противорѣчить самому характеру условія, а при продажѣ на деньги оно будетъ совершенно излишне. И то, и другое положеніе невѣрно. Первое невѣрно потому, что кредитъ имѣетъ двоякое значеніе: 1) продавецъ, оказавшій кредитъ, не можетъ немедленно высматривать цѣну продажи съ покупателя; 2) право собственности на вещь при покупкѣ въ кредитъ тотчасъ же переходитъ къ покупателю. *Pactum reservati dominii* исключаетъ второе послѣдствіе кредита, но отнюдь не первое. Другое положеніе невѣрно потому, что при *pactum reservati dominii* условіемъ можетъ быть поставлена не только уплата цѣны продажи, но и многое другое.

Также невѣрно мнѣніе, что, въ случаѣ сомнѣнія, *pactum reserv. dom.* должно быть признано резолютивнымъ условіемъ.

Вѣрнѣе сказать, что выраженіе дитаты „продавецъ удержитъ за собой право собственности до тѣхъ поръ, пока и пр.“, могло бы быть употреблено въ смыслъ резолютивнаго условія. Но тогда это было бы уже не *pactum reserv. dom.*, а *lex commissoria*. Истинный же смыслъ этихъ словъ есть суспензивное условіе, которое одно только и есть *pactum reservati dominii*.

Юридическая сдѣлка, въ которой содержится *justa causa*, важна для вопроса о правѣ собственности только по этой части своего содержанія. Остальное спеціальное содержаніе ея имѣетъ

¹⁾ L. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18,1): *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*

лишь значение мотива той воли, которая одна есть *justa causa traditionis*. Поэтому здесь применяется то основное правило, что ложность мотива не исключает бытия воли. Такъ *indebiti solutio* не есть истинная уплата, но считается тѣмъ же менѣе за *justa causa traditionis*; Напротивъ не будетъ *justa causa* въ томъ случаѣ, когда недействительность касается также, или даже преимущественно, означенной воли лицъ, когда напр. традентъ не имѣетъ права отчужденія, или когда онъ уполномоченъ отчуждать только въ одной известной формѣ, которую онъ въ данномъ случаѣ пренебрегъ; дажѣ, напр. въ случаѣ даренія между супругами, а также и когда традентъ не имѣлъ намѣренія отчуждить свое право собственности; сюда относится тотъ случай, когда онъ отчуждалъ нѣчто въ качествѣ представителя или опекуна, а совершилъ традицію собственной вещи (хотя бы онъ дѣйствительно хотѣлъ передать именно данное *corpus* ¹⁾). Въ *L. 49. D. mand. (17,1)* ²⁾ не содержится противоположнаго рѣшенія; здѣсь также признается ничтожность самаго отчужденія, но въ то же время допускается возможность *exceptio doli* противъ виндикаціи вещи. Здѣсь слѣдуетъ различать два случая: 1) собственногъ по незнанію отчуждающаго въ качествѣ повѣреннаго, и 2) онъ участвуетъ въ отчужденіи въ качествѣ мандатарія и потому отвѣтственъ передъ покупателемъ. Въслѣдствіе этой отвѣтственности, ему, какъ лицу предъявившему виндикацію, противопоставятъ *exceptio doli*; то же самое бываетъ и въ первомъ случаѣ лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ принялъ на себя обязательство въ качествѣ договаривавшагося повѣреннаго ³⁾).

Наконецъ нѣтъ перехода права, когда пріобрѣтатель не имѣлъ соотвѣтствующей воли, напр. когда онъ принялъ подаренную вещь за *commodatum* (суду). Препятствіемъ служить здѣсь не то обстоятельство, что не произошло ни даренія, ни суды, а то, что не существуетъ обоюдной воли — передать и принять право собственности.

¹⁾ *L. 35. D. de adqu. dom. (41,1)*. Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab ejus dominio, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

²⁾ *L. 49. D. mand. (17,1)*: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu mee eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et ideo mandato agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem (i. venditorem) testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem.

³⁾ Ср. подробное экзегетическое изложеніе въ *чрл. XV*.

Принципъ важности взаимной воли контрагентовъ имѣть значеніе въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны имѣютъ означенную волю, хотя мотивомъ каждой изъ нихъ служатъ разные юридическія сдѣлки, напр. дареніе и платежъ, платежъ по разнымъ обязательствамъ (причинамъ). Это не препятствуетъ переходу права собственности ¹⁾. Сообразно съ этимъ разрѣшается и случай даренія и займа въ L. 36. cit. Иное разрѣшеніе того же случая находимъ въ L. 18. pr. D. de reb. cred. (12,1). Объ этомъ противорѣчii говорено было много, при чемъ старались примѣнить цитаты къ двумъ различнымъ случаямъ, но напрасно. Новѣйшій изъ опытовъ такого рода, сдѣланный Вангеровымъ ²⁾, есть одинъ изъ самыхъ неудачныхъ ³⁾.

Но для наличности *justa causa* недостаточно одной воли сторонъ приобрѣсть и передать право собственности, необходимо еще соотвѣтствіе между этими двумя волями; лицо, передающее право, должно имѣть намѣреніе передать только данному лицу, иначе не можетъ быть рѣчи о традиціи.

Этому условію не слѣдуетъ впрочемъ придавать слишкомъ обширнаго значенія; здѣсь нѣтъ необходимости, какъ въ договорахъ, въ опредѣленномъ лицѣ; традиція возможна и по отношенію къ *incerta persona*, напр. при бросаніи вещей толпѣ ⁴⁾. Этотъ такъ называемый *jactus missilium* въ нѣкоторыхъ постановленіяхъ признается за традицію и только въ одномъ— за *derelictio*; но въ этомъ нѣтъ никакого противорѣчія. Въ актѣ бросанія заключается 1) уничтоженіе права собственности извѣстнаго лица и 2) воли, чтобъ это право перешло къ тому или другому члену толпы. Вслѣдствіе совокупности этихъ двухъ элементовъ, актъ бросанія становится традиціей; признаніе же его *derelictio* является лишь результатомъ преобладанія одного изъ двухъ означенныхъ элементовъ.

Важное значеніе имѣетъ разсматриваемый вопросъ при приобрѣтеніи права собственности посредствомъ представителей. Долженъ ли былъ традентъ имѣть опредѣленное намѣреніе предоставить въ лицѣ повѣреннаго право собственности его довѣрителю? Здѣсь возможны слѣдующіе три случая.

1) Воля традента направляется на личность довѣрителя. Въ этомъ случаѣ приобрѣтенію права не препятствуетъ даже измѣна представителя; см. выше.

¹⁾ L. 36. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).

²⁾ Leitfaden I. §. 311.

³⁾ Voecking. Pand. II. §. 153. прим. 38. Сравни. прил. XV.

⁴⁾ L. 5. §. 1. D. pro derel. (41,7), L. 9. §. 7. D. de acqu. dom. (41.1), §. 46. I. de rer. div. (2,1).

2) Воля традента—передать право собственности представителю и только ему одному, напр. при дарении, гдѣ самый индивидуумъ имѣетъ важное значеніе. Представитель (dominus) становится собственникомъ не непосредственно, а лишь вслѣдствіе вторичной традиции отъ своего представителя. Этого обыкновенно не бываетъ при купль-продажѣ. Воля продавца — сдѣлать собственникомъ то лицо, отъ котораго онъ получаетъ цѣну продажи; подъ этимъ условіемъ самый индивидуумъ обыкновенно безразличенъ. Однако и здѣсь мыслимо направленіе воли на опредѣленный индивидуумъ; напр. А является повѣреннымъ Б; я объявляю, что съ Б не хочу вступать ни въ какія сдѣлки, тогда какъ самому А я готовъ продать известную вещь, предоставляя ему уже за тѣмъ произвольно распорядиться ею.

3) Воля традента вообще не направляется исключительно ни на какой опредѣленный индивидуумъ, напр. (обыкновенно) при купль-продажѣ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ никакихъ препятствій для непосредственнаго приобрѣтенія права собственности доверителемъ, такъ какъ традиція возможна по отношенію къ *incerta persona*.

Относительно остальныхъ двухъ, относящихся сюда, постановленій 1) слѣдуетъ замѣтить, что слова перваго постановленія—*traditio meo nomine*—не значатъ, что традентъ имѣетъ волю, а что ее имѣетъ повѣренный, точно также, какъ въ послѣдствіи она имѣется у опекуна. Относя слова—*meo nomine*—къ траденту, смыслъ былъ бы таковъ: онъ передаетъ вмѣсто меня; послѣднее постановленіе очевидно противорѣчитъ не только изложенному здѣсь воззрѣнію, но и указанному въ первой рубрикѣ случаю всякаго непосредственнаго приобрѣтенія права собственности самимъ доверителемъ. Такимъ образомъ это постановленіе или означаетъ, что такое непосредственное приобрѣтеніе права никогда совершиться не можетъ, что очевидно ложно, или оно просто ничего не доказываетъ.

§ 149.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ было признано необходимое представительство, т. е. приобрѣтеніе права собственности посред-

1) L. 13. D. de acquir. rer. dom. (41,1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, sique sit tradita meo nomine, dominium mihi, i. e. proprietatem acquiritur etiam ignorantibus. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli proprietatem illis acquirit etiam ignorantibus, L. 59. eod. Res ex mandato meo empta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

ствомъ такого лица, которое вовсе не желало дѣйствовать въ качествѣ представителя. Въ основѣ этого лежитъ слѣдующее, общее во всемъ сюда относящимся случаямъ, соображеніе: нѣкоторымъ лицамъ, на деньги которыхъ кто-либо приобрѣлъ извѣстныя вещи и которые имѣли бы только право иска объ отнятыхъ у нихъ и израсходованныхъ суммахъ, предоставляется, для охраненія ихъ отъ возможной несостоятельности должника, — виндицировать купленные этими послѣдними вещи. т. е. приобрести на нихъ право собственности, какъ будто бы должникъ покупалъ эти вещи лично для нихъ.

Эти ¹⁾ случаи слѣдующіе: 1) когда опекуны покупаютъ себѣ какія бы то ни было вещи на деньги лицъ, находящихся у нихъ подъ опекою; тогда этимъ послѣднимъ предоставляется право виндицировать вещи, если они не предпочтутъ предъявить искъ о затраченной на покупку суммѣ; 2) вещи, купленные на деньги солдата, также могутъ быть имъ виндицированы; 3) когда мужъ купитъ какія бы то ни было вещи на деньги, подаренныя ему женой, то, въ случаѣ требованія этою послѣднею дара обратно и несостоятельности мужа, ей предоставляется право виндицировать вещи, еще находящіяся въ его имуществѣ, какъ будто бы онѣ были куплены ею самою; 4) то же самое бываетъ при покупкѣ мужемъ вещей на деньги, полученныя въ приданое за женой, въ случаѣ его несостоятельности.

Въ прежнее время это сингулярное законоположеніе было связано съ ученіемъ объ *universitas juris* и за тѣмъ установлено правило: *res succedit in locum pretii, pretium in locum rei* (при *peculium, dos* и *hereditas*). Невѣрность этого мнѣнія обнаруживается 1) въ томъ, что въ самомъ характерѣ понятія *universitas* нѣтъ никакихъ основаній (поводовъ) для такого особеннаго законоположенія, и 2) изъ сравненія вышеуказанныхъ отдѣльныхъ случаевъ его примѣненія:

1) Относительно вещей, купленныхъ опекунами на деньги опекаемыхъ, вовсе не можетъ быть и рѣчи о такой *universitas*.

2) Случай покупки вещей на деньги солдата относился къ покупкѣ на деньги, составляющія *peculium* сына, находящагося подъ властію (*filiusfamilias*). Это не вѣрно, такъ какъ а) здѣсь рѣчь идетъ не о *filiifamilias*, а о солдатахъ, будутъ-ли они подвластны или самостоятельны—все равно, и б) здѣсь говорится даже не о *bona castrensia*, но вообще о вещахъ, имъ принадлежащихъ. Такимъ образомъ разсмотрѣнное особенное постановленіе есть чистое *privilegium militare*.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

3) Въ третьемъ случаѣ, т. е. при покупкѣ мужемъ вещей на деньги, подаренныя ему женою, также нѣтъ рѣчи о такъ называемой *universitas juris*.

4) Когда идетъ рѣчь о вещахъ, приобрѣтенныхъ на деньги, составляющія приданое жены, то, конечно, говорится о самомъ приданомъ (*dos*), но вышеуказанное сингулярное законоположеніе не должно быть разсматриваемо, какъ нѣчто, вытекающее изъ природы института *dos*, — но какъ чистая особенность, установленная для большей защиты жены отъ несостоятельности мужа ¹⁾. Въ другихъ мѣстахъ положительно выражено, что право жены виндигировать эти вещи можетъ возникнуть вслѣдствіе *permutatio dotis*, но никогда не является *ipso jure* ²⁾.

Особенное право *hereditatis petitio* относится вовсе не сюда. Сенатусконсультомъ временъ царя Андриана было постановлено, что у лица, владѣющаго наслѣдствомъ, могутъ быть отняты не только вещи, входящія въ составъ наслѣдства, но и всѣ выгоды отъ этаго владѣнія, то есть все то, что благодаря ему, было приобрѣтено: *pretium quodammodo hereditarium factum*. Съ этой стороны *hereditatis petitio* имѣетъ свойство личного иска. Это не есть приобрѣтеніе права собственности посредствомъ необходимаго представительства, такъ какъ наслѣдникъ *ipso jure* не признается собственникомъ и потому напр. не имѣетъ *rei vindicatio*. Еще менѣе это можно признать послѣдствіемъ *universitatis*, такъ какъ это есть не болѣе, какъ сингулярное законоположеніе. Древнее правило: *res succedit etc.* вытекло изъ этаго свойства *hereditatis petitionis*. Въ подтвержденіе его ссылались (кромя мѣста, объясненнаго въ приложеніи XVI) также на особое постановленіе ³⁾, опредѣляющее, что означенной сенатусконсультъ примѣняется при универсальной сукцессіи, аналогичной наслѣдованію и осуществляемой посредствомъ иска, аналогичнаго съ *hereditatis petitio*, напр. при

1) L. 54. D. de jure dot. (23,3): *Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur* (Gajus ad ed. praet. urbani titulo de praedictoribus). Здѣсь слѣдуетъ обратять особенное вниманіе на заглавіе цитаты, которое по этому означено весьма подробно; въ немъ заключается примѣръ occulte positum.

2) L. 12. C. de jure dot. (5,12): *Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transessisse repererit, sed ex majore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit.* Слова *ex majore parte* — residuum относятся къ древнимъ срокамъ для возвращенія приданого *annua, bima, trima die*.

3) L. 20 §. 10. D. de H. P. (5,8): *Non solum autem in hereditate uti mur senatusconsulto sed et in periculo castrensi vel alia universitate.*

resulium castrense, когда filiusfamilias дѣлаетъ завѣщаніе и когда существуетъ собственно hereditas, (основанное, конечно, только на privilegium militare), даже, когда это resulium достается отцу, затѣмъ при bona vacantia, при конфискаціи и пр. ¹⁾).

В. Приобрѣтеніе плодовъ, производное отъ собственника.

§ 150.

Иногда нѣкоторые лица, не будучи собственниками вещи, имѣютъ право на плоды ея. Нѣкоторые приобретаютъ право собственности на плоды одновременно съ отдѣленіемъ ихъ (separatio), кѣмъ бы они отдѣляемы ни были, другіе же только послѣ овладѣнія ими (percceptio). Къ послѣднимъ относятся тѣ лица, которые имѣютъ только detentio вещи, напр. арендаторы, usufructуаріи. Этотъ видъ приобретенія права собственности ближе всего стоитъ къ традиціи и отличается отъ нея только тѣмъ, что разрѣшеніе на приобретеніе не есть специальное; но и этотъ видъ приобретенія (плодовъ) есть apprehensio—завладѣніе, совершаемое съ разрѣшенія собственника вещи, давшей плоды. Въ нѣкоторыхъ ученыхъ L. 26. §. 1. D. de furt (47, 2) ²⁾

1) Vindicatio utilis, встречающаяся какъ способъ охраненія правъ, какъ процессуальное средство, вромѣ четырехъ указанныхъ случаевъ, еще въ пяти другихъ,—Игерингомъ (въ 9 мъ изданіи учебника—§ 149, прим. m.) возводится въ какое-то, ограничиваемое этими девятью случаями, привилегированное подтвержденіе обязательственнаго требованія. Въ действительности же она подходитъ подъ понятіе тѣхъ видовъ реституціи (не въ собственномъ смыслѣ), которые даются 1) или по причинѣ потери, понесенныхъ лицомъ вслѣдствіе несправедливой строгости закона (права), напр. при capitis deminutio, confusio, consumptio, privata и tacita intercessio, 2) или вслѣдствіе какихъ-либо ненормальныхъ состояній лица, 3) или, наконецъ, вслѣдствіе особаго вещнаго снисхожденія права Sachlicher Rechtsgunst), безъ индивидуальной оцѣнки и безъ ограниченія времени. Къ первому классу относится utilis rei vindicatio противъ потери права собственности отъ accessio, во второму—виндикація, предоставленная лицамъ, состоящимъ подъ опекой, и солдатамъ. Къ третьему—виндикація непосредственнаго обезпеченія средствъ къ жизни, т. е. алиментовъ и приданого (In rem actio, при дареніи на случай смерти, есть rei vindicatio directa). Отсюда въ то же время слѣдуетъ, что виндикацію нельзя, подобно Игерингу, признавать подтвержденнымъ искомъ требованіемъ, ограниченнымъ однимъ лицомъ обязавшагося собственника и обуславливающимъ перенесеніе его права собственности на другое лицо.—но слѣдуетъ признавать истинной виндикаціей, допускаемою также, вромѣ нѣкоторыхъ особенныхъ ограниченій, противъ третьихъ лицъ, владеющихъ вещами подлежащими виндикаціи.

Прим. 140.

1) Item constat colonum, qui numis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset.

возбуждало сомнѣніе. Арендаторъ имѣеть *actio furti*, потому что плоды собственныя украдены у него, хотя онъ въ то время не былъ еще собственникомъ ихъ, но онъ бы сдѣлался таковымъ послѣ перцепціи плодовъ. Юристъ не говоритъ *coeripit*, а *coeripisset; decerptus esset* именно имъ, арендаторомъ.

2. ПРИОБРѢТЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ВЕЗЪ ПРИОБРѢТЕНІЯ ВЛАДѢНІИ.

A. *Adjudicatio*.

§ 151.

Adjudicatio есть судебное рѣшеніе иска, предъявленнаго о раздѣлѣ вещи, принадлежащей нѣсколькимъ лицамъ сообща,—судебное раздѣленіе или самой вещи, или ея стоимости. Судебное рѣшеніе само обусловливаетъ переходъ права собственности съ одного *socius* на другаго, безъ какого бы то ни было дальнѣйшаго акта. Такого дѣйствія не имѣютъ: 1) ни частное соглашеніе сторонъ о раздѣлѣ, 2) хотя бы и утвержденное судомъ, 3) ни, далѣе, судебное рѣшеніе, которымъ хотя бы и присуждалось что-либо извѣстному лицу, безъ наличности *communio*, то есть ни приговоръ, послѣдовавшій вслѣдствіе личнаго иска о выдачѣ вещи, которымъ лишь признается извѣстное обязательство, ни приговоръ—*res vindicatio*, которымъ только признается существующее уже право собственности, а не дается новаго права, 4) ни присужденіе вещи вслѣдствіе судебного аукціона (также часто называемаго *adjudicatio*); приобрѣтеніе съ аукціона есть не болѣе, какъ *justa causa traditionis*. По особеннымъ мѣстнымъ постановленіямъ права (*particularrechtlich*), переходъ права собственности совершается при необходимой продажѣ съ судебного аукціона недвижимыхъ имуществъ (*subhastatio*), такъ напр. по Прусскому земному праву; но это постановленіе есть не болѣе, какъ *jus singulare*.

B. Приобрѣтеніе права вслѣдствіе утраты его прежнимъ собственникомъ.

§ 152 ¹⁾.

Вещь, собственникъ которой, или лицо уполномоченное на ея перевозку куда-либо, пропустили срокъ для оплаты ея пошли-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ной, тотчасъ же переходитъ въ собственность откупщика таможенныхъ пошлинъ (*publicanus*); отъ этого гражданскаго наказанія освобождаетъ извинительная ошибка, принадлежность къ солдатскому сословию, малолѣтство и то только въ томъ случаѣ если пошлина будетъ уплачена въ 30 дневный срокъ; наконецъ—истечение 5 лѣтъ, если *commissum* не было осуществлено въ этотъ долгій періодъ времени. Дети отъ перваго брака также приобретаютъ право собственности вслѣдствіе вторичнаго брака одного изъ ихъ родителей (§ 428). Наконецъ подъ ту же точку зрѣнія подходитъ правило, что, въ случаѣ уплаты расходовъ на ремонтъ ветхаго дома однимъ изъ сособственниковъ и невзноса другимъ надлежащей части израсходованной суммы съ процентами въ четырехмѣсячный срокъ, право собственности на вторую часть переходитъ къ первому собственнику, сдѣлавшему расходъ изъ своихъ средствъ.

С. Другіе случаи приобретѣнія права собственности.

§ 153 ¹⁾.

Къ производному приобретѣнію права собственности, независимому отъ приобретѣнія владѣнія вещью, относятся еще другіе случаи, которые находятся въ ближайшей связи съ различными юридическими отношеніями и которые потому будутъ изложены одновременно съ этими послѣдними. Таковы: присужденіе вещи залогопринимателю, вслѣдствіе *jus dominii impetrandi*, *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine*, приобретѣніе права собственности посредствомъ *successio per universitatem*, то-есть посредствомъ наслѣдованія, приобретѣніе того же права посредствомъ отказа по завѣщанію.

Д. Первообразное приобретѣніе права собственности.

1. Посредствомъ приобретѣнія владѣнія.

• § 154.

Безхозяйныя вещи могутъ сдѣлаться объектами права собственности вслѣдствіе завладѣнія ими. Такимъ образомъ только подъ условіемъ безхозяйности *occupatio* является способомъ приобретѣнія права собственности. Кромѣ этого условія должны

¹⁾ Изъ Пандектъ.

быть на лицо: *animus domini* и *apprehensio* (одностороннее). Вѣсть съ владѣніемъ при наличности всѣхъ этихъ условій возникаетъ право собственности ¹⁾. Такими безхозяйными вещами ²⁾ считаются между прочимъ 1) дикія животныя въ ихъ естественномъ, свободномъ состояніи, 2) вещи, находящіяся во власти врага, 3) клады, 4) вещи, вновь созданныя кѣмъ-либо (такъ называемая *specificatio*) и 5) оставленные, брошенные вещи (*res derelictae*). Относительно этихъ видовъ безхозяйныхъ вещей необходимо замѣтить нижеслѣдующее.

1) Собственнику извѣстнаго земельного участка можетъ принадлежать право охоты на немъ, но ему, вслѣдствіе этого, еще не принадлежитъ право собственности на всѣ животныя тамъ находящіяся. Поэтому такое право собственности можетъ быть приобретаемо и на чужой землѣ. Отъ такого дѣйствія оккупации отличается право охоты. По римскому праву оно заключалось въ правѣ собственности на землю. Собственникъ имѣлъ право не допускать ни одного охотника на свою землю, или могъ вчинить противъ него искъ о нарушеніи его права, даже *actio injuriarum*, хотя это не имѣло вовсе никакого вліянія на приобретеніе права собственности. (L. 55. cit. не затруднить насъ: на моменты *in publico*, *an privato*, *in meo an alieno*, обращено вниманіе только потому, что они могутъ имѣть вліяніе на разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдовало-ли смотрѣть на поимку животнаго, какъ на завладѣніе имъ). По нынѣ дѣйствующему законодательству, право охоты не есть составная часть каждаго права на земельный участокъ. Но и это не имѣетъ никакого вліянія на занимающій насъ вопросъ. Лицо, управомоченное къ охотѣ, не есть собственникъ всѣхъ живыхъ животныхъ, находящихся на извѣстномъ земельномъ участкѣ. Самовольный охотникъ нарушаетъ право охоты, и изъ этого можетъ возникнуть для него какое-либо обязательство, но оккупация, имъ совершенная, все таки имѣетъ всѣ послѣдствія пріобрѣтенія права собственности.

2) Вещи, находящіяся во власти врага, могутъ быть пріобрѣтаемы оккупантомъ или лично для себя, или въ качествѣ (необходимаго) представителя государства. Последнее бываетъ при военной добычѣ; первое же встрѣчается въ римскомъ правѣ по отношенію къ вещамъ, принадлежащимъ врагу и находящимся въ странѣ пріобрѣтателей. Въ настоящее время эти правила не применимы.

1) См. примѣръ въ L. 55. D. de acqu. rer. dom. (41,1). Сравни прил. XVII.

2) Изъ Пандектъ.

3) Существенные элементы понятія вклада слѣдующіе: а) скрытность вещей и б) обусловливаемая этимъ полная неизвѣстность собственника ихъ. Наличие этихъ двухъ элементовъ возможна только по истеченіи долгаго времени, но для этого отнюдь не требуется незапамятной давности. Существенно необходима полная неизвѣстность собственника вещей, то есть юридическая безхозяйность ихъ; способъ, какимъ эти вещи сдѣлались безхозяйными, безразличенъ. Только въ случаѣ сомнѣнія въ безхозяйности вещи, на обсужденіе дѣйствія оккупанта можетъ имѣть вліяніе то обстоятельство, — долгое ли, или короткое время была, по всей вѣроятности, спрятана вещь; въ первомъ случаѣ заявленіе лица о томъ, что онъ считалъ вещь безхозяйною, будетъ вѣроятнымъ, во второмъ — нѣтъ. Также мало имѣетъ значенія для приобрѣтенія права собственности то обстоятельство, была-ли вещь зарыта въ землю или спрятана какимъ либо инымъ образомъ, напр. въ другой движимой вещи. (Часто находка вещи признавалась особымъ видомъ оккупации, но это не вѣрно, такъ какъ найти вовсе не значитъ совершить юридическое дѣйствіе; напр. столяръ находитъ деньги въ потайномъ ящикѣ отданнаго ему для починки шкапа; онъ не можетъ считать эти деньги безхозяйными, потому онъ овладѣваетъ ими безъ *animus domini* и находка эта не дѣлаетъ его собственникомъ¹⁾).

Съ оккупацией кладовъ, скрытыхъ въ землѣ, связано, благодаря сингулярному закону, особое право: собственникъ земли можетъ требовать себѣ половину вклада и даже весь кладъ, если поиски его совершились безъ согласія собственника. То же право принадлежитъ казнѣ по отношенію къкладамъ, найденнымъ на *res fiscales, publicae, sacrae, religioae*. (§. 3. 39. I de reg. div. (2,1) упоминаетъ только исторически о постановленіи Адріана). Нашедшій кладъ не обязанъ заявлять о томъ собственнику земли, за исключеніемъ того случая, когда таковымъ является казна, имѣющая право требовать возвращенія самаго вклада и кромѣ того уплаты его цѣнности. Это право собственника земли нѣкоторые ученые признавали приобрѣтеніемъ права собственности въ моментъ чужой оккупации; изъ этого вполнѣ слѣдуетъ возникъ вопросъ: слѣдуетъ-ли признавать здѣсь приобрѣтеніе права посредствомъ акцессіи и т. д. Указанное мнѣніе ни на чемъ не основано, такъ какъ въ данномъ случаѣ

1) О юридической конструкціи, принятой находкою въ дѣйствующемъ правѣ, вслѣдствіе установленія срока для ея объявленія—ср. статью Дельбрюка о находкѣ утраченныхъ вещей въ *Jahrb. fuer Dogmatik*. III. стр. 1. 1858).

возникает только обязательство. Кроме того постановление это, как сингулярное, отнюдь не должно быть распространяемо. Такого приобретения права собственности не будетъ въ случаѣ находки лицомъ чего-либо внутри движимой вещи. Права собственности не будетъ имѣть 1) ни собственникъ дома, въ которомъ стоитъ та движимая вещь, 2) ни самый собственникъ той движимой вещи, если вообще возможно признавать постороннее лицо, совершившее такую находку оккупантомъ.

4) При фабрикаціи создается такая вещь, относительно которой можетъ возникнуть вопросъ, опредѣляется ли право собственности на нее принадлежностью матеріала или производствомъ работы, именно въ томъ случаѣ, когда фабрикантъ выработалъ свое произведение изъ чужаго матеріала, при томъ *sup animo domini* (конечно не можетъ быть и рѣчи о томъ случаѣ, когда сырой матеріалъ принадлежитъ тому же лицу, которымъ сдѣлана работа, или когда производитель вещи работалъ для другаго лица).

Одна часть римскихъ юристовъ находила достаточнымъ правило, что право собственности опредѣляется матеріаломъ вещи, а не работою. Только въ томъ случаѣ, когда фабрикантъ, кромѣ своего труда, употребилъ на извѣстное издѣліе и часть своего матеріала, они не принимали въ расчетъ остальной части этого матеріала, принадлежащей другому лицу. *Quod ex re postea fit, postremum est*, говорили они.

Но другіе римскіе юристы взглянули на дѣло нѣсколько глубже и имѣніе ихъ принято было Юстиніаномъ: фабрикація можетъ сдѣлаться способомъ приобретения права собственности, при чемъ она получаетъ названіе спецификаціи. Это правильное воззрѣніе во всей чистотѣ выработалось въ римскомъ правѣ только съ теченіемъ времени; первоначально же многіе изъ его послѣдователей придавали ему слишкомъ обширное значеніе. Для этого способа приобретения необходимо, чтобы чужое право собственности на матеріалъ прекратилось. Такое прекращеніе не можетъ быть послѣдствіемъ простой придачи матеріалу новой формы; сюда относится, напр., выдѣлія сосуда изъ чужаго матеріала, такъ какъ здѣсь форма не имѣетъ рѣшительнаго значенія при опредѣленіи цѣны вещи; но не то бываетъ когда цѣна матеріала весьма незначительна, напр. въ статуяхъ, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ форму нельзя назвать вышнимъ придаткомъ, а скорѣе матеріалъ есть *accessio* формы¹⁾, далѣе окраска какой-либо матеріи. Еще менѣе будетъ

1) Важное все-таки будетъ имѣть значеніе то обстоятельство, зависитъ-ли большая цѣна вещи отъ формы, или отъ матеріала.

имѣть мѣста этотъ способъ приобрѣтенія права собственности, когда лицомъ не создается никакой новой формы, но съ матеріала снимается какая-либо оболочка, напр. при обмолачиваніи зернового хлѣба (выставляемомъ въ институціяхъ примѣромъ спецификаціи, но признанномъ въ дигестахъ вполне невѣрнымъ), точно также при выжимкѣ сока изъ винограда и маслинъ; въ этихъ случаяхъ даже не будетъ фабрикаціи. Совсѣмъ другое видимъ мы при настоящей фабрикаціи вина, напр. шампанскаго, водки, пива, искусственно добытаго масла и т. д.

Для того, чтобы могло совершиться приобрѣтеніе посредствомъ фабрикаціи, необходимо, чтобы прекратилось право собственности на матеріалъ вслѣдствіе уничтоженія вещи въ прежнемъ ея видѣ. Признакомъ такого уничтоженія будетъ невозможность возстановленія того матеріала въ первоначальномъ его видѣ, напр. когда изъ одной жидкости дѣлается другая—при фабрикаціи напитковъ, или при фабрикаціи стали изъ желѣза, кожи изъ шкуръ, сукна изъ шерсти и пр.

Отсюда вытекаетъ слѣдующій принципъ: спецификація состоитъ въ томъ, что изъ матеріала, образовавшаго прежде какую либо, впоследствии уничтожившуюся, вещь, дѣйствительно создается вещь новая, еще не существовавшая. Эта послѣдняя не можетъ быть присуждена собственнику прежней вещи, послужившей для ея производства, на томъ основаніи, что это не та же, принявшая другой видъ, вещь, которая ему принадлежала, но совершенно иная, новая и потому, по отношенію къ прежнему собственнику, совершенно безхозяйная. Вслѣдствіе этого именно она и является предметомъ приобрѣтенія посредствомъ оккупациі ¹⁾, совершаемой или тѣмъ лицомъ, которое создало эту вещь, или тѣмъ, для котораго она была создана.

Согласно съ этимъ принципомъ разрѣшается также вопросъ о томъ, необходима ли bona fides въ спецификантъ. Такъ какъ основаніе приобрѣтенія заключается въ томъ, что данная вещь есть новая, тогда какъ прежняя уничтожилась, то mala fides не можетъ имѣть на этотъ результатъ, а слѣдовательно и на вопросъ о правѣ собственности, никакого вліянія.

Нѣкоторые римскія законоположенія ²⁾ возбуждаютъ сомнѣніе. Ихъ стремились было объяснить посредствомъ отвергнута-

¹⁾ Другой взглядъ на принципъ спецификаціи и на его послѣдствія, т. е. на вопросъ о fides устанавливается Scheurl, (Beitr. I, 1858) стр. 245, подводя спецификацію подъ производство плодовъ и сопоставляя ее съ приобрѣтеніемъ ихъ добросовѣтнымъ владѣльцемъ.

²⁾ L. 12. §. 3. D. ad exhib. (10,4); L. 13. 14. §. 3 D. de cond. furt. (13, 1); L. 4. §. 20. D. de usurp. (41,3); L. 52. §. 14. D. de furtis (47,2).

го возвращенія Сабинянской школы, но они созданы отчасти такими юристами, которые держались правильного взгляда. Их таким образом слѣдуетъ признавать отклоненіями, допущенными для известнаго случая, именно, когда спецификантъ укралъ, употребленный имъ на выдѣлку данной вещи, матеріалъ, то лицу, у котораго этотъ послѣдній похищенъ, должны быть предоставлены или *condictio furtiva*, или *actio ad exhibendum* даннаго вида (*species*), какъ будто бы спецификантъ вовсе не былъ его собственникомъ. Но этимъ только и ограничивается упомянутое отклоненіе.

б) Для *derelictio* необходима воля (намѣреніе) лица уничтожить свое право собственности и приведеніе этого намѣренія въ исполненіе посредствомъ удаленія вещи отъ себя, или посредствомъ удаленія самого себя отъ вещи. Спорнымъ между римскими юристами представляется вопросъ: не уничтожается ли право собственности даннаго лица на вещь только послѣ оккупациі ея другимъ лицомъ? Собственникъ можетъ оставить, отказаться и отъ части вещи, физической и мысленной (*quota*), если онъ есть именно собственникъ части. Во всякомъ другомъ случаѣ—отъ мысленной части нельзя отказаться, такъ какъ таковой вовсе не существуетъ, а отъ физической—можно лишь настолько, насколько возможенъ самый внѣшній актъ оставленія этой части, напр. *locus* известнаго земельного участка, но нельзя напр. оставить какую-либо часть движимой вещи до тѣхъ поръ, пока она находится въ связи съ цѣлою. Лицомъ ¹⁾, совершившимъ дереликцію, долженъ быть признанъ собственникъ, покинувшій свой земельный участокъ,—въ ущербъ культурнымъ и другимъ интересамъ, когда другое лицо завладѣетъ этимъ участкомъ, воздѣлаетъ его и не будетъ въ теченіи двухъ лѣтъ вознагражденъ собственникомъ за все, издержанное на этотъ участокъ (*ager desertus*) ²⁾. Но не всякій собственникъ, покинувшій свою землю и невоздѣлывающій ее, подлежитъ дѣйствию указаннаго закона (послѣдняго). Съ другой стороны неправильно ограниченіе этого дѣйствія одними *fundi patrimoniales* и приобрѣтеніемъ наследственной аренды (*Erbpacht*). Вѣрнымъ ограниченіемъ служатъ тѣ случаи, въ которыхъ, благодаря какому либо опредѣленному праву, существуетъ общественный, культурный интересъ. Указанное правило возникло первоначально какъ фискальная мѣра—для обезпеченія полученія государствомъ податей и налоговъ, которые въ то время были такъ велики, что

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L. 8. de omni agro des. (11,58). Ср. L. 11. C. unde vi. (8,4).

многіе землевладѣльцы предпочитали оставлять свои земли на произволъ судьбы до лучшихъ временъ. При желаніи и въ настоящее время примѣнять означенный законъ, слѣдуетъ по крайней мѣрѣ строго соблюдать вышеуказанное условіе, т. е. необходимо, чтобы отъ оставленія земли хозяиномъ страдалъ сборъ податей и налоговъ.

2. Приобрѣтеніе посредствомъ давности.

§ 155.

Собственникомъ вещи должно быть признано то лицо, которое непрерывно и подъ извѣстными условіями провладѣло ею въ теченіи опредѣленнаго промежутка времени; этотъ способъ приобретенія права собственности называется земскою давностью (*Ersitzung, Adquisitivverjaehrung*). Этотъ способъ въ римскомъ правѣ (частью древнѣйшемъ, частью новѣйшемъ) является подъ слѣдующими тремя формами:

1) *Usus auctoritas, usucapio*,—въ древнемъ правѣ съ краткимъ срокомъ въ 1 и 2 года, съ условіемъ непремѣнной *bona fides* и *justus titulus*¹⁾ и съ исключеніями для извѣстныхъ вещей, т. е. или какое-либо обстоятельство, касающееся до вещи, исключаетъ давностное приобретеніе ея, или же давность не можетъ быть осуществляема по отношенію къ извѣстнымъ собственникамъ. Кроме того, этотъ видъ давности считался способомъ приобретенія квинтискаго права собственности и потому не могъ имѣть мѣста по отношенію къ лицамъ и вещамъ, неспособнымъ быть субъектами или объектами этого права: *peregrini* не могли узупапировать, а провинціальныя земельныя участки не могли быть узупапиремы. Наконецъ само собой разумѣется, что *usucapio*, какъ способъ приобретенія права собственности вообще, не могла, какъ и всякій другой способъ, примѣняться къ вещамъ, изъятымъ изъ гражданскаго оборота, напр. къ *res divini juris*.

¹⁾ Въ послѣднее время возникъ споръ о томъ, существовали ли эти условія искони въ древней *usucapio*, или они произошли со времени *actio Publiciana*. Последняго мнѣнія держится *Stintzing* (*das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre*, 1852, стр. 44); противоположнаго *Scheurl*, (*Beitr. II*, 1854, N XV, § 1. 10), защищающій принятое въ текстъ, господствующее ученіе. Этому послѣднему противорѣчатъ 1) характеръ древней *usucapio*, которую себѣ слѣдуетъ представлять одновременно погашающею давностью отвѣтственности *auctor*, а и вѣдикаціи прежняго собственника; 2) аналогія древней *usucapio libertatis* и *servitutis* и 3) внѣшнія свидѣтельства, требующія добросовѣстности (*bona fides*) прежде всего при *Publiciana*. L. 7. §. 11. D. de Publ. in rem (6,2).

Прим. изд.

2) *Longi temporis possessio*, съ болѣе продолжительнымъ срокомъ въ 10 и 20 лѣтъ, съ принятіемъ въ расчетъ присутствія или отсутствія собственника, но также и съ *justum initium* (имѣющимъ въ правѣ собственности ту же конструкцію, какъ *bona fides* и *justus titulus*). Отсюда точно также исключены нѣкоторыя вещи, но только не вслѣдствіе невозможности квинтиского права собственности надъ ними, такъ какъ посредствомъ *longi temporis possessio* не приобѣтается квинтиское право собственности. Этотъ видъ земской давности былъ первоначально данностью, прекращающею искъ о правѣ собственности, *longi temporis praescriptio*; впоследствии ему придано высшее значеніе—способа приобѣтенія права и онъ, такимъ образомъ, выключенъ въ виды земской давности.

3) Подъ формой чрезвычайной (*auszerordentlich*) давности, срокомъ въ 30 и болѣе лѣтъ, съ *bona fides*, но безъ *justus titulus* и безъ исключеній тѣхъ вещей, которыя были изъяты изъ дѣйствія упомянутыхъ *usucapio* и *longi temporis possessio*, но разумѣется за исключеніемъ вещей, изъятыхъ изъ права частной собственности. Это *longissimum tempus* обуславливало первоначально (со времени Θεодосія II) только *praescriptio XXX annorum*, бывшую исковою давностью; Юстиніанъ же опредѣлялъ, что при наличности *bona fides* должно признать ее давностью земскою.

Значеніе давности заключается вообще въ восполненіи недостаточнаго приобѣтенія права собственности. Эта недостаточность можетъ состоять въ томъ; 1) что въ извѣстномъ случаѣ не можетъ совершиться и не можетъ быть удостовѣрено квинтиское приобѣтене права; давность присоединяетъ въ этомъ случаѣ квинтиское право собственности (таково первоначальное значеніе опредѣленія, находящагося въ *L. 3. D. de usurp.* ¹⁾, гдѣ отнюдь не слѣдуетъ замѣнять слово *adjectio* словомъ *ademptio*, какъ это было предожжено нѣкоторыми); 2) что вообще не можетъ быть удостовѣрено приобѣтене права собственности лицомъ, напр. когда это послѣднее приобѣтло вещь посредствомъ покупки и традиціи; для того, чтобы оно могло доказать свое право собственности, необходимо удостовѣрить *dominium auctoris*. Такимъ образомъ цѣль земской давности упрочить право собственности ²⁾. Эта цѣль можетъ быть достигнута лишь вслѣдствіе прямого признанія того лица собственникомъ вещи, которое провладѣло ею въ те-

¹⁾ *L. 3. D. de usurp.* (41,3): *Usucapio est adjectio domini per continuatorem possessionis temporis lege difiniti.*

²⁾ *L. 1. D. eod.*

ченіи давностнаго срока (*ersessen hat*), безъ уваженія къ праву собственности на эту вещь какого-либо другаго лица. Поэтому послѣдствіемъ земской давности можетъ быть лишеніе собственника его права собственности; но это послѣдствіе, это дѣйствіе давности,—не есть главное, выражающее собою всю цѣль ея, но лишь такое, исключить которое нѣтъ возможности. Возможность такого лишенія права собственности перестаетъ казаться несправедливою и опасною, вслѣдствіе поставленія ея въ зависимость отъ исполненія многихъ строгихъ условій давностнаго пріобрѣтенія права. Эти условія тѣмъ строже, чѣмъ короче срокъ давности. Если же срокъ давности великъ, то уже это одно условіе слѣдуетъ признать достаточною уступкою и гарантіею въ пользу собственника. Древняя *usucapio* имѣла оба указанныя значенія: она превращала бонитарное право собственности въ квинтское и обусловливала прочность права собственности вообще. Остальные два вида земской давности имѣли первоначально только второе значеніе. Впрочемъ, съ уничтоженіемъ различія между бонитарною и квинтскою собственностью, въ новѣйшемъ правѣ вообще исчезло первое значеніе давности, такъ что и *usucapio* сохранило только второе значеніе.

Въ Юстиніановскомъ правѣ упоминаются еще всѣ три вида земской давности и отличаются терминами: *usucapio*, *longi temporis possessio*, *possessio triginta annorum*. Но слѣдуетъ ли ихъ считать тремя отдѣльными, по существу своему, институтами? Нѣкоторые юристы отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно. Правильное разрѣшеніе его весьма важно, а потому мы имъ теперь и займемся. Эти три вида могли бы быть тремя отдѣльными институтами: 1) или вслѣдствіе различія ихъ послѣдствій, это было бы полнѣйшимъ ихъ разграниченіемъ, 2) или вслѣдствіе различныхъ, требуемыхъ для каждаго вида, условій; это хотя уже недостаточное основаніе для разграниченія видовъ давности, но все-таки есть причина, по которой можно по крайней мѣрѣ признать нѣсколько различныхъ видовъ ея.

1) Относительно послѣдствій указаные виды давности, какъ способы пріобрѣтенія права собственности, теперь уже ничѣмъ не различаются. Благодаря имъ, возникаетъ новое право собственности; прежнее право другаго лица уничтожается, а возникающее право всегда одно и тоже, такъ какъ уже не существуетъ видовыхъ различій права собственности. Съ самаго момента исчезновенія различія между бонитарною и квинтскою собственностью, должно было утратить практическое свое значеніе и различіе между *usucapio* и *longi temporis possessio*.

Юстиніанъ всталъ годичную давность движимыхъ вещей и

продолжилъ срокъ ея до 3-хъ лѣтъ; затѣмъ онъ удлинилъ двухлѣтній давностный срокъ, существовавшій для пріобрѣтенія земельныхъ участковъ италійскихъ, которые впрочемъ въ то время были чрезвычайно рѣдки. Большинство же земель были провинціальныя и пріобрѣтались давностью въ 10—20-лѣтній срокъ, *longi temporis possessio*. Если бы Юстиніанъ оставилъ двухлѣтній срокъ для пріобрѣтенія италійскихъ участковъ рядомъ съ этимъ продолжительнымъ срокомъ для провинціальныхъ, онъ поступилъ бы весьма не ловко. Поэтому онъ и возвысилъ его, постановивъ, чтобы всѣ недвижимыя имущества пріобрѣтались давностью въ 10—20-лѣтній срокъ. Итакъ въ юстиніановскомъ правѣ *usucapio* обозначаетъ давностное пріобрѣтеніе вещей движимыхъ, а *longi temporis possessio*—вещей недвижимыхъ. Для того, чтобы избѣжать недоразумѣній, Юстиніанъ воспользовался древнею обычною терминологіей. Но такъ какъ различіе послѣдствій этихъ двухъ видовъ давности исчезло, то эти послѣдніе такъ же мало могутъ быть признаны отдѣльными институтами, какъ мало могутъ почитаться ими *usucapio* движимыхъ и *usucapio* недвижимыхъ вещей въ древнемъ правѣ. Впрочемъ даже въ источникахъ одинъ разъ случайно употребленъ терминъ *usucapio* вмѣсто *longi temporis possessio* ¹⁾.

Раздѣльность институтовъ *usucapio* и *longi temporis possessio* хотѣли подтвердить тѣмъ обстоятельствомъ, что *longum tempus* можетъ оказывать такое дѣйствіе, котораго не имѣетъ *usucapio*, напр. *libertatis usucapio* по отношенію къ какому-либо закладному праву. Но такая особенность вовсе не есть послѣдствіе давностнаго пріобрѣтенія права собственности, а совершенно особая давность, которая можетъ лишь случайно соединяться съ давностнымъ пріобрѣтеніемъ. Итакъ *usucapio* и *longi temporis possessio*, какъ способы пріобрѣтенія права собственности, вовсе не имѣютъ различныхъ послѣдствій; то же должно сказать и объ экстраординарной (30-лѣтней) давности.

2) Такимъ образомъ, если слѣдуетъ допустить нѣсколько видовъ земской давности, то различіе между ними должно основываться на различіи условій каждаго изъ нихъ. Такое различіе, безъ сомнѣнія, существуетъ между *usucapio* и *longi temporis possessio* съ одной стороны и экстраординарной давностью—съ другой; но его вовсе нѣтъ между *usucapio* и *longi temporis possessio*. Оба эти вида, какъ по своимъ послѣдствіямъ, такъ и по условіямъ, составляютъ одинъ институтъ—обыч-

1) Fr. Inst. de usuc. 2,6).

новенной земской давности для вещей движимыхъ и недвижимыхъ. То обстоятельство, что здѣсь (а не въ экстраординарной давности) требуется истечение различныхъ сроковъ, еще не обусловливаетъ существованія двухъ различныхъ институтовъ, такъ какъ то же самое было и въ древней *usucapio*, которая, безъ сомнѣнiя, была однимъ нераздѣльнымъ институтомъ. Только тогда можно было бы допустить двойственность земской давности, если бы Юстинiанъ оставилъ для однихъ недвижимыхъ вещей 2-хъ лѣтнiй срокъ, а для другихъ назначилъ 10—20-лѣтнiй. Но такой оплошности онъ не сдѣлалъ.

Одинъ новый писатель ¹⁾ создалъ нѣсколько подраздѣленiй давности: по отношенiю ко времени и къ наличности *bona fides*, которая признается необходимою при *usucapio* только въ началѣ, а при *longi temporis praescriptio*, по каноническому праву, необходима постоянно; далѣе—по отношенiю къ перерывамъ теченiя давности, наконецъ—по отношенiю къ исчисленiю срока ея: такъ при *usucapio* онъ признавалъ гражданское счисленiе, а при *l. t. praes.* счисленiе естественное. Всѣ эти подраздѣленiя чистѣйшая выдумка, при томъ настолько плохая, что прямо ведетъ къ предположенiю о бессмысленности законодатель, допуская такихъ подраздѣленiй.

Выводъ изъ всего сказаннаго слѣдующiй: юстинiановскому праву чуждо подраздѣленiе давностнаго способа приобрѣтенiя права собственности по отношенiю къ послѣдствiямъ. Поэтому для всѣхъ способовъ можно употреблять одинъ терминъ *usucapio*. По отношенiю же къ условiямъ, слѣдуетъ различать давность 1) чрезвычайную, экстраординарную и 2) обыкновенную, ординарную; затѣмъ уже нѣтъ никакихъ другихъ подраздѣленiй давности на виды, которые могли бы основываться на различiи условiй

Условия обыкновенной земской давности.

а. Время.

§ 156.

Различiе между вещами движимыми и недвижимыми обуславливается тѣмъ громаднымъ значенiемъ, которое признается за послѣдними сравнительно съ первыми. Назначенiе различныхъ сроковъ для приобрѣтенiя посредствомъ давности движимыхъ и

¹⁾ Naméaux, die *usucapio* und *l. t. praescriptio* 1835.

недвижныхъ вещей имѣть то же основаніе, какъ и всѣ другія стѣсненія и ограниченія, установленныя для пріобрѣтенія и потери права собственности на недвижимость, каково напр. требованіе множества торжественныхъ актовъ.

Для ¹⁾ того, чтобы *usucapio* обусловила пріобрѣтеніе права собственности, необходимо продолженіе владѣнія движимыми вещами въ теченіи 3 лѣтъ, недвижимыми же въ теченіи 10 лѣтъ *inter praesentes* и—20 лѣтъ *inter absentes*. *Praesentes*, по законамъ Юстиніана, называются владѣльцы и собственники, жительствующие въ одной и той же провинціи, *absentes*, имѣющие свое *domicilium* въ разныхъ провинціяхъ.

Такое различіе сроковъ давностнаго пріобрѣтенія недвижимыхъ вещей, смотря по присутствію или отсутствію владѣльцевъ и собственниковъ въ данномъ мѣстѣ, представляется справедливымъ отношеніемъ къ личности собственника, который вслѣдствіе отсутствія лишенъ возможности предотвращать завладѣніе своею собственностью. При примѣненіи указаннаго закона въ настоящее время, слѣдуетъ обращать вниманіе на *domicilium* въ одномъ округѣ подсудности (*unter demselben Oberrichter*), это всего аналогичнѣе съ римскимъ постановленіемъ. Въ томъ случаѣ, если въ одномъ и томъ же срокѣ встрѣтятся нѣсколько лѣтъ присутствія и нѣсколько лѣтъ отсутствія лица изъ мѣстожительства, слѣдуетъ считать 1 годъ присутствія за два года отсутствія и наоборотъ. Нѣкоторые, совершенно впрочемъ неосновательно, затруднялись въ толкованіи означеннаго закона Юстиніана потому, что послѣдній не выразилъ выведенное нами правило такъ отвѣчно и полно ²⁾.

Время въ срокахъ давности есть *tempus continuum*; въ L. 31. §. 1. D. de usurp. (41,3) сказано: *in usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur*. Юристъ по опискѣ употребилъ впрочемъ слово *annus*; къ этому нѣкоторые наши нужнымъ придрались, такъ какъ всякій срокъ больше года и безъ того никогда не бываетъ *tempus utile*.

Всегда часто выражалось мнѣніе, будто невозможность предьявленія иска собственникомъ противъ владѣльца препятствуетъ истеченію срока давности. Это мнѣніе основано на смѣшеніи земской давности съ исковою. Давность покоится т. е. теченіе ея пріостанавливается только въ тѣхъ случаяхъ, когда узуканируемая вещь достается такимъ лицамъ, по отношенію къ которымъ невозможна обыкновенная давность (см. § 158). За исключеніемъ этихъ случаевъ возможна лишь *in integrum resti-*

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ См. противъ этого Hugo, civil. Magazin V, 17.

tutio, когда впрочемъ всѣ условія этой послѣдней находятся на лицо (ея никогда не бываетъ при экстраординарной давности).

Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы въ теченіи всего срочнаго времени владѣлъ самъ узупаіентъ: Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, къ тому времени, въ теченіи котораго онъ владѣлъ лично, присоединяется владѣніе другихъ лицъ. Такое соединеніе является въ слѣдующихъ трехъ формахъ: 1) къ настоящему владѣнію привходитъ (accedit) владѣніе прежняго владѣльца, 2) наоборотъ, настоящее владѣніе привходитъ къ владѣнію предшествовавшему и 3) настоящій владѣлецъ мыслится (фингируется) сохранившимъ владѣніе въ то время, когда вещь уже владѣло другое лицо. Эти три случая обозначили однимъ терминномъ *accessio possessionis* или *temporis* (уже римскіе юристы пользовались имъ въ такомъ общемъ смыслѣ), хотя не слѣдуетъ забывать, что эти случаи многимъ отличаются другъ отъ друга. Впрочемъ такое соединеніе владѣнія двухъ лицъ въ юстиніановскомъ правѣ допускается при всѣхъ видахъ земской давности.

1) *Accessio possessionis* въ собственномъ смыслѣ состоитъ въ томъ, что узупаіентъ присчитываетъ въ свою пользу все владѣніе своего предшественника. Его владѣніе есть *principale*, тогда какъ владѣніе послѣдняго и есть *accessio*. Для него необходимы слѣдующія три условія: 1) собственное, самоличное владѣніе узупаіента, притомъ владѣніе *ad usucapionem*, 2) приобрѣтеніе этого владѣнія посредствомъ производнаго титула (*derivativer Titel*) и 3) дѣйствительное преемство во владѣніи, т. е. непосредственная связь владѣнія узупаіента съ владѣніемъ его автора. Поэтому не будетъ акцессіи въ томъ случаѣ, когда узупаіентъ овладѣлъ вещью посредствомъ путативнаго титула (*putativer Titel*), особенно же, когда онъ сдѣлалъ это *pro suo*¹⁾. Добровольно ли совершилъ авторъ передачу владѣнія узупаіенту, или чѣмъ-либо вынужденный, — все равно. *Accessio* владѣнія автора не слѣдуетъ понимать слишкомъ буквально; такимъ образомъ, напр. если лицо, у котораго я купилъ извѣстную вещь, вновь овладѣло этой вещью, то его новое владѣніе не присчитывается къ моему владѣнію по той одной только причинѣ, что онъ прежде былъ моимъ авторомъ²⁾.

1) Ср. слѣд § и L. 2. §. 16. D. pro emt. (41,4), L. 14. §. 1. D. de div. temp. pr. (44,3); L. 13. §. 9. D. de acqu. poss. (41,2).

2) L. 14. pr. D. de usurp. (41,3): *Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit. Nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.*

Между владѣніемъ автора и его преемника не должно быть посторонняго неакцедирующаго владѣнія какого-либо третьяго лица, но возможна акцессія автора и акцессія третьяго лица, уже привзошедшая къ владѣнію этого автора. Если же авторъ самъ не владѣлъ, то, конечно, акцессія невозможна, хотя его владѣніе также должно имѣть свойство давностнаго владѣнія на томъ основаніи, что для чужаго владѣнія, которое должно восполнить (*supplere*) мое собственное, никакъ нельзя допустить меньше условій, чѣмъ для собственнаго владѣнія.

2) *Successio in usucapione*. Смертью узупаціента теченіе земской давности не прерывается; оно продолжается и *hereditate jacente*, хотя въ этотъ промежутокъ времени на самомъ дѣлѣ нѣтъ дѣйствительнаго владѣнія. Преемникъ умершаго наследуетъ не владѣніе, а самую *usucapio* наследодателя; владѣніе его, съ момента принятія наследства, есть продолженіе давностнаго владѣнія наследодателя. Здѣсь собственно не владѣніе послѣдняго привходитъ къ владѣнію наследника, а наоборотъ. Въ *accessio possessionis* (въ собственномъ смыслѣ) заключается отступленіе отъ того основнаго правила, что срокъ давности долженъ истечь, считая съ начала владѣнія узупаціента; таково отступленіе нѣтъ въ *successio in usucapione*; здѣсь узупаціентомъ—все таки долженъ считаться наследодатель. Послѣдствіемъ этого будетъ: а) условія земской давности, именно тѣ, которыя должны существовать при ея началѣ, обсуждаются по отношенію къ лицу наследодателя: *titulus* долженъ быть его, а не *pro herede*, б) владѣніе наследника не всегда необходимо для истеченія земской давности владѣнія наследодателя. Срокъ ея во первыхъ можетъ истечь во время *hereditati jacente*, во вторыхъ послѣ принятія наследства наследникомъ (но до владѣнія узупаціруемой вещью), когда эта вещь находится въ рукахъ представителя (*detentio*); за исключеніемъ двухъ случаевъ, для давностнаго приобрѣтенія вещи необходимо владѣніе вещью со стороны наследника. Если же срокъ давности уже истекъ, то необходимо только одно завладѣніе вещью наследникомъ.

3) Бываетъ случай, когда владѣніе узупаціента было прервано владѣніемъ какого-либо третьяго лица и когда узупаціентъ, по возвращеніи себѣ утраченнаго владѣнія, можетъ при считать къ протекшему времени своего владѣнія то время, въ теченіи котораго третье лицо владѣло его вещью, хотя собственно, по основнымъ правиламъ, существующимъ для *accessio possessionis*, такое причисленіе не можетъ имѣть мѣста. Сюда относятся слѣдующіе два случая: а) отчужденіе подъ революціоннымъ условіемъ,—при наступленіи условнаго обстоятель-

ства; это не будетъ собственно *accessio possessionis*, такъ какъ лицо, владѣвшее нѣкоторое время до наступленія условнаго обстоятельства, не можетъ быть признано авторомъ, и b) отдача *precarium* а—послѣ полученія его обратно ¹⁾. (Лицу, отдавшему извѣстное имѣніе въ *precarium*, присчитывается все время владѣнія прекареста, послѣ возвращенія его отъ послѣдняго къ первому). Здѣсь собственно также не существуетъ *accessio possessionis*; такъ какъ прекарестъ (*Zwischenbesitzer*) не можетъ быть признанъ ни авторомъ, ни давностнымъ владѣльцемъ.

Приобрѣтеніе владѣнія съ *justus titulus* и *bona fides*.

§ 157.

Usucapio, давностное приобретеніе вещи, отнюдь не можетъ совершиться въ томъ случаѣ, когда владѣніе вещью началось безъ убѣжденія лица въ томъ, что оно приобретаетъ право собственности, безъ *bona fides*. Исключенія изъ этого правила, существовавшія въ древнемъ правѣ, исчезли. Въ обыкновенной давности эта *bona fides* не представляется простымъ отсутствіемъ извѣстной *mala fides*, но чѣмъ-то положительнымъ; эта положительная сторона ея и состоитъ въ условіи наличности титула ²⁾.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ *Bona fides*, безъ сомнѣнія, не есть простое отрицаніе понятія *mala fides*, но она такъ же мало можетъ быть признана положительною, основанною на титулѣ, какъ на объективномъ фундаментѣ (см. въ текстѣ рубр. 4), увѣренностью (*Gesinnung*) лица, а лишь извѣстными неубѣжденіемъ недостатковъ титула, т. е. чѣмъ то отрицательнымъ (ср. *Stintzing, Wesen von bona fides und titulus in der roem. Usucapionslehre, 1852, стр. 44* и *Scheurl, Beitr. II, стр. 63* и сл.) или, говоря точнѣе, — простою ошибкою, а не убѣжденіемъ. *Brinz, Pand. стр. 211*, говоритъ: „*bona fides* есть вѣра въ право собственности актора, или въ право распоряженія неособственнымъ вещи, отчужденнаго се“: не титулъ подчиненъ условію *bona fides*, но эта послѣдняя требуетъ наравнѣ съ нимъ, по крайней мѣрѣ какъ субъективное дополненіе, въ тѣхъ случаяхъ, когда приобретеніе владѣнія само по себѣ недостаточн. (Ср. изложеніе адикта, *L. 7. §. 11. D. de Publ. (6,2)* съ *L. 109. D. de V. S. (50, 16)*). Обыкновенное ученіе, ставящее *bona fides* на первый планъ, основывается на каноническомъ правѣ). Поэтому 1) *bona fides* требуетъ лишь съ начала, *mala fides superveniens* не вредитъ, 2) *mala fides* даже въ началѣ владѣнія не вредитъ при полномъ правильномъ его приобретеніи, *L. 13. §. 2, L. 44. §. 4. D. de usurp. (41,3), L. 28. D. de nox. act. (9,4), L. 3. D. pro donato (41,6), L. 25. D. don. int. vir. et ux. (24,1)*, все-таки за исключеніемъ спеціальныхъ запрещеній давностнаго приобретения (*Usucapionaverbote*), *L. 32. §. 1. D. de usurp. (41, 3)*. *Usucapio* имѣетъ здѣсь объективный характеръ.

Прим. изд.

1) *Bona fides* есть качество приобрѣтенія владѣнія, но оно въ то же время относится и къ его *causa* и поэтому должно быть на лицо не только во время традиціи, но уже во время купли-продажи. Такимъ образомъ не можетъ узаканировать то лицо, которое во время совершенія купли-продажи сознавало, что продавецъ не собственникъ вещи, но которое предъ традиціей пришло къ тому убѣжденію, что оно ошиблось ¹⁾. По римскому праву *bona fides* необходима лишь при началѣ владѣнія; это ограниченіе согласно съ самимъ понятіемъ *bonae fidei*; каноническое же право требуетъ, чтобы узаканіентъ до полного истеченія срока давности не имѣлъ убѣжденія, что вещь принадлежитъ другому лицу, т. е. требуетъ *bona fides* въ положительномъ смыслѣ—при началѣ владѣнія и отсутствіе *mala fides*—въ продолженіи его.

2) Когда владѣніе приобрѣтается посредствомъ представителя, то *usucapio* обыкновенно не начинается въ лицѣ этого послѣдняго (а лишь со времени увѣдомленія имъ *dominus'a* о происшедшемъ завладѣніи); поэтому *bona fides* представителя не имѣетъ для вопроса никакого значенія, тогда какъ рѣшительное значеніе будетъ имѣть *bona* или *mala fides* представляемаго. Но есть нѣсколько случаевъ, въ которыхъ *usucapio* начинается въ лицѣ представителя (*filii peculii nomine*), опекуна, чиновника. *Veramente*; они представляются такимъ образомъ исключеніями изъ указаннаго правила, т. е. здѣсь необходима *bona fides* представителя; *mala fides* его препятствуетъ давностному приобрѣтенію права собственности. *Bona fides* представляемаго излишня тогда, когда не требуется, чтобы *dominus* зналъ о владѣніи представителя; если же это послѣднее ему извѣстно, то *mala fides* съ его стороны мѣшаетъ теченію давности, хотя бы даже эта *mala fides* явилась послѣ начала ея.

3) *Bona fides* ²⁾ есть заблужденіе лица относительно того препятствія, вслѣдствіе котораго исключается приобрѣтеніе права собственности; это заблужденіе должно быть *error facti* и при томъ—извинительное (не *error facti proprii*).

¹⁾ Однако лишь при куплѣ-продажѣ (имѣя по вышнему праву), но не при платежѣ или при отдачѣ чего либо вмѣсто уплаты L. 10. pr. 15. §. 3, L. 48. D. de usurp. (41,3), L. 2. pr. §. 13, L. 7. §. 4. D. pro emt. (41,4). L. 7 §. 17. D. de publ. act. (8,2). Причина этого заключается въ томъ, что только купля-продажа представляется сдѣлкой, переносящей право собственности съ одного лица на другое (*Uebereignungsgeschaeft*), тогда какъ *obligatio* есть простая обязательственная сдѣлка, *causa* которой, въ смыслѣ земской давности, заключается лишь въ традиціи, въ противномъ случаѣ вещь узаканировалась бы не *pro soluto*, а *pro stipulatore* и т. д. *Прим. изд.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

4) Объективная основа понятія bona fides заключается въ causa possessionis. Обыкновенно требуется дѣйствительный justus titulus, т. е. такое основаніе приобрѣтенія (Erwerbgrund), которое можетъ сдѣлать лицо собственникомъ вещи, хотя бы въ данномъ случаѣ оно и не сдѣлалось собственникомъ вещи по какому-либо препятствію, неизвѣстному приобрѣтателю. Предметомъ заблужденія отнюдь не должно быть самое существованіе такого титула; титулъ не можетъ быть путативнымъ. Opinio emtionis не рождаетъ никакой usucapio pro emtore. Но исключенія изъ этого правила должны быть все таки допущены; такъ можетъ случиться, что узупапіентъ имѣлъ вполне основательное убѣжденіе въ томъ, что онъ сдѣлался собственникомъ вещи; такимъ образомъ, здѣсь будетъ на лицо то же самое, что дается и титуломъ, а поэтому было бы позволительно не допускать usucapio при такихъ условіяхъ, напр. когда повѣренный передалъ мнѣ извѣстную вещь, сказавъ, что онъ купилъ ее для меня (передача мнѣ вещи повѣреннымъ обуславливаетъ только мое убѣжденіе въ правѣ собственности на вещь; но отнюдь не представляется приобрѣтеніемъ этого права). [Если слова повѣреннаго ложны, то я все-таки не имѣю основанія не довѣрять ему, а потому я нахожусь все время in bona fide, какъ будто бы повѣренный дѣйствительно купилъ вещь для меня]. При такихъ обстоятельствеахъ допускается давностное приобрѣтеніе права и по путативному титулу. Правило, вытекающее изъ всего сказаннаго, таково: теченіе давности продолжается безпрепятственно, когда имѣется на лицо такое достаточное основаніе, которое могло бы побудить осторожнаго и честнаго человѣка считать себя собственникомъ узупируемой вещи.

Всѣ способы приобрѣтенія права собственности могутъ исполнять функцію давностнаго титула. При приобрѣтеніи посредствомъ традиціи титулъ носитъ то же названіе какъ и justa causa traditionis: pro emtore, pro donato, pro dote, pro soluto; при приобрѣтеніи безъ традиціи титулъ бываетъ pro legato, pro herede, pro derelicto, pro suo; послѣднее названіе употребляется или въ общемъ смыслѣ т. е. въ качествѣ собственника, или въ болѣе частномъ смыслѣ, т. е. pro suo—помио преемства (ohne Succession).

Относительно нѣкоторыхъ титуловъ: pro soluto, pro herede, относительно признанія судебного рѣшенія титуломъ и т. д. были не разъ споры между учеными юристами (Danz, Stephan, Unterholzner, Arndts, Vangerow и др.). Usucapio pro herede безъ сомнѣнія имѣетъ значеніе путативнаго титула, когда извѣстное лицо считаетъ себя наследникомъ, если только

для такого убѣжденія его существуетъ какое-либо основаніе. Кромѣ того здѣсь предполагается, что давностью пріобрѣтается *res hereditaria*, а потому необходимымъ условіемъ служить наличность наслѣдства, *hereditas*, т. е. смерть собственника вещи. *Usucapio pro herede* не дѣйствительна противъ *sui heredes*. Съ этимъ отнюдь не должно смѣшивать отвѣтственность лица по *hereditatis petitio*.

Не слѣдуетъ ли отнести сюда же и тотъ случай, когда кто-либо, будучи дѣйствительнымъ наслѣдникомъ умершаго лица, владѣетъ чужими ненаслѣдственными вещами? Что въ этомъ случаѣ возможна *usucapio*, это не подлежитъ сомнѣнію ¹⁾. Если наслѣдодатель былъ давностнымъ владѣльцемъ такой вещи, то происходитъ преемство наслѣдника въ титулъ наслѣдодателя, если же теченіе давности было превращено какимъ-либо порокомъ (*vitium*), то на наслѣдника переходитъ и этотъ послѣдній, такъ что онъ можетъ вновь начать *usucapio*. Но будетъ ли это уже *usucapio pro herede*? Такъ какъ упомянутая вещь не находится ни въ какомъ соотношеніи къ наслѣдству, то и нельзя сказать, что наслѣдникъ владѣетъ *pro herede*. Два случая, упоминаемые въ древнемъ римскомъ правѣ: 1) *usucapio lucrativa* и 2) *usucapio* лица, считающагося *bonorum possessor* ²⁾, утратили въ юстиніановскомъ правѣ всякое значеніе.

Можетъ ли вошедшее въ законную силу рѣшеніе суда создать титулъ давности? Безъ сомнѣнія можетъ—при *adjudicatio*. Далѣе, когда по рѣшенію послѣдовало *condemnatio* въ выдачу вещи, то лицо, получающее эту послѣднюю, узупакируетъ ее *pro soluto*. Но какъ разрѣшить означенный вопросъ при судебномъ приговорѣ, послѣдовавшемъ вслѣдствіе предъявленной суду виндикаціи? Вопросъ этотъ вызвалъ многіе споры. Разрѣшается же онъ посредствомъ слѣдующаго соображенія: утверждать, что приговоръ есть титулъ давности, значитъ признать, что онъ есть основаніе *bonae fidei*; можетъ ли сказать выигравшее тяжбу лицо: „я думаю, что я собственникъ вещи, потому, что судья рѣшилъ дѣло въ мою пользу? Нѣтъ, этого оно сказать не можетъ, но оно можетъ лишь узупакировать на томъ самомъ основаніи, которое побудило судью признать его дѣло правымъ; авторитетъ судьи укрѣпляетъ только его убѣжденіе въ существованіи такого основанія. Итакъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно ³⁾.

¹⁾ L. 3. D. pro herede (41,5): plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

²⁾ Ср. Пухта, Институціи т. II. § 253.

³⁾ Съ этой точки зрѣнія скорѣе слѣдовало рѣшить его утвердительно, какъ это и сдѣлалъ Arndts (Archiv f. civ. Praxis т. 13. 1830 г. № 15)—res judi-

**Способность вещи быть объектом давности
(Usucapionstheorie).**

§ 158 ¹⁾.

Вещи, надъ которыми вообще невозможно право частной собственности, вовсе не подлежатъ приобрѣтенію посредствомъ давности. Но кромѣ того, есть множество вещей, которыя изъяты изъ дѣйствія этого спеціальнаго способа приобрѣтенія права, т. е. обыкновенной давности (3, 10 и 20-лѣтней) и потому не могутъ быть узаканируемы (usucapionsunfaehig). Въ подобныхъ запрещеніяхъ давностнаго приобрѣтенія нѣкоторыхъ вещей выражается снисхожденіе къ собственникамъ ихъ, что особенно очевидно въ тѣхъ случаяхъ, когда воспрещается usucapio вещи только потому, что она достается извѣстнымъ лицамъ.

Не могутъ быть приобрѣтаемы посредствомъ давности:

1) Вещи извѣстныхъ собственниковъ, которымъ это преимущество предоставлено закономъ: а) государственная собственность (res fiscales); б) собственность представителей верховной власти (res dominicae); в) собственность городовъ; г) недвижимая собственность церквей и богоугодныхъ заведеній; е) вещи, входящія въ составъ приданаго (res dotales), находящіяся на лицо въ то время, когда можетъ быть потребовано возвращеніе приданаго мужемъ, и переходящія ipso iure въ собственность жены (§ 142); срокъ давности долженъ быть исчисляемъ только съ этого послѣдняго момента; ф) недвижимая собственность несовершеннолѣтнихъ ²⁾. Vitium давности, основаніе котораго заключается въ принадлежности вещи извѣстному лицу, уничтожается и вещь становится объектомъ давности — вслѣдствіе выхода ея изъ права собственности этого лица.

cata pro veritate accipitur. Но такъ какъ судебное рѣшеніе не есть основаніе для bona fides (ст. прим. 2 стр. 419), то для рѣшенія вопроса гораздо важнѣе соображеніе о томъ, можетъ ли реституція вещи истцу считаться основаніемъ приобрѣтенія. Такъ какъ это послѣднее встрѣчается только какъ исключеніе, L. 18. D. de R. V. (6.1), то и признаніе res iudicata титуломъ давности является также исключеніемъ, L. 3. D. de Publ. (6.2), обыкновенно же она титуломъ быть не можетъ. См. Scheurl. cit. стр. 84.

Прим. Изд.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Весьма много споровъ возбуждалъ вопросъ: изъяты ли отъ дѣйствія обыкновенной давности всѣ вещи несовершеннолѣтнихъ вообще (т. е. кромѣ случая, указаннаго въ рубричкѣ f),

2) *Res furtivae*—по законамъ XII таблицъ и *Lex Atinia*. Этотъ *vitium* давности уничтожается вслѣдствіе возвращенія вещи ея собственнику. Поэтому такого *vitium* не будетъ, когда собственникъ самъ похитилъ свою вещь, напр. у лица, у котораго она находилась въ залогѣ, у *usufructuaria*, у *bonae fidei possessor'a*. Но собственникъ считается не утратившимъ вещь а) когда онъ возвращаетъ себѣ владѣніе вещью, какъ свою собственность и притомъ такимъ способомъ (правильнымъ), который не даетъ другому лицу права судебнымъ порядкомъ вновь отнять у него эту вещь, и б) когда онъ вправѣ виндцировать ее, т. е. когда онъ въ состояннн во всякое время по желанію возвратитъ себѣ находящуюся у другаго лица вещь.

3) *Res vi possessae*, по *lex Julia* и *Plautia* (относятся преимущественно къ недвижимымъ вещамъ, которыя не могутъ быть *res furtivae*); одного насильственнаго отнятія вещи недостаточно; необходимо, чтобы лицо, отнявшее вещь (*Dejicient*), начало владѣть ею. *Vitium* это уничтожается такъ же, какъ и *vitium* при *res furtivae*.

4) Вещи, которыя отчуждаетъ *malae fidei possessor*, безъ вѣдѣннн собственника ихъ объ этомъ отчужденіи или о своемъ правѣ собственности вообще (особенно недвижимости, относительно которыхъ такое отчужденіе нельзя считать за *furtum*). Препятствіе къ приобрѣтенію такой вещи посредствомъ давности дѣйствительно не только по отношенію къ лицу, непосредственно приобрѣтшему эту вещь отъ лица отчуждившаго, но и по отношенію ко всякому послѣдующему приобрѣтателю ея—до уничтоженія *vitium'a*; *vitium* же уничтожается только вслѣдствіе увѣдомленія собственника объ отчужденіи и возвращенія ему права на вещь.

5) Вещи, которыя даются чиновникамъ, въ нарушение закона *Julia repetundarum*, съ цѣлью побудить ихъ къ неправильнымъ по службѣ дѣйствіямъ; *vitium* здѣсь уничтожается такъ же, какъ и при *res furtivae*.

6) Границы, т. е. при спорѣ о межахъ посредствомъ *actio finium regundorum*, нельзя основывать свое право собственности на спорную землю на 10 и 20-лѣтнемъ давностномъ владѣннн.

7) Когда отчужденіе вещи запрещено закономъ, то возникаетъ препятствіе для давностнаго приобрѣтенія ея, такъ какъ *usucariu*, допущенная лицомъ, ограниченнымъ тѣмъ запрещеніемъ, является также отчужденіемъ и потому не дѣйствительна. Такое допущеніе бываетъ въ томъ случаѣ, когда ограниченный запрещеніемъ собственникъ отдаетъ вещь другому лицу; *usucariu* какъ этого послѣдняго, такъ и всякаго другаго при-

обратителя этой вещи—ничтожна, хотя бы незаконно отдавший свою вещь не имѣлъ специальныхъ свѣдѣній о владѣніи этихъ лицъ его вещью. Сюда относятся слѣдующіе отдѣльные случаи: а) *adventitia* лицъ, находящихся подъ опекой, которыя не могутъ быть отчуждаемы безъ особаго декрета; с) земли, доставшіяся мужу въ приданое за женой и распоряженіе которыми у него отнято; d) *res litigiosae* и е) вещи, отказанныя по завѣщанію, не могутъ быть отчуждены наследникомъ, знающимъ объ этомъ легатѣ.

Условія чрезвычайной давности.

§ 159.

Чрезвычайная ¹⁾ давность по своимъ условіямъ является дополненіемъ къ давности обыкновенной. Эти условія суть: 1) *bona fides*, безъ всякаго *justus titulus* т. е. достаточно убѣжденія узаконителя въ томъ, что онъ собственникъ — безъ всякаго удостовѣренія возникновенія и основательности этого убѣжденія и безъ возможности изъятія какихъ-либо вещей отъ дѣйствія ея, вслѣдствіе неспособности ихъ быть объектами давности ²⁾; 2) продолженіе владѣнія въ теченіи всего узаконеннаго промежутка времени, которое обыкновенно опредѣляется въ 30 лѣтъ; но въ тѣхъ случаяхъ, когда исковая давность была продолжена до 40 лѣтъ, до этого же времени продолжается и чрезвычайная земская давность.

Чрезвычайная земская давность не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда не допускается и 30-лѣтняя исковая давность, а именно по отношенію къ опекаемымъ, къ *adventitia* и къ замужнимъ женщинамъ. Послѣдніе два случая одновременно изъяты отъ дѣйствія обыкновенной и чрезвычайной давности (при отчужденіи вещи см. § 158). Недвижимое имущество церкви не подлежитъ вовсе дѣйствію обыкновенной земской давности; по давности же чрезвычайной, оно пріобрѣтается въ 40-лѣтній срокъ;

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Причина этого заключается въ томъ, что продолжительность владѣнія рождаетъ предположеніе въ правомѣрномъ его возникновеніи. Но изъ этого еще не вытекаетъ, призванная Scheurl'омъ, *cit.* стр. 80, и другими, возможность допущенія обратнаго доказательства ошибки въ правѣ, на основаніи L. 4. 7. D. de jur. et facti ignor. (22,6). Къ чему же служить въ такомъ случаѣ столь долгій срокъ? Указанное предположеніе правомѣрнаго возникновенія (какъ и въ незапамятномъ владѣніи) есть лишь законодательное соображеніе.

Прим. ред.

движимыя вещи ея, также какъ и вещи частныхъ лицъ, подъ условіемъ *justus titulus* и отсутствія *vitium'a*, узаконяруются въ теченіи 3 лѣтъ.

Перерывъ давности.

§ 160.

Перерывъ давности (*usurpatio*) есть полное прекращеніе ея теченія, вслѣдствіе котораго она, для того чтобы повлечь за собой приобрѣтеніе права собственности, должна вновь начать ся со всѣми необходимыми условіями. Отъ такого перерыва должно отличать случай незачета въ срокъ давности извѣстнаго промежутка времени, когда вещь находится въ рукахъ таковаго лица, противъ котораго давность не течетъ. По уничтоженіи этого препятствія дальнѣйшее теченіе ея присчитывается къ истеющему до того времени. Если это препятствіе касается обыкновенной давности, то она можетъ, съ зачетомъ времени существованія препятствія, продолжаться уже какъ давность экстраординарная.

Usurpatio имѣетъ частью такія условія, которыя должны существовать только при началѣ ея—напр. титулъ, частью же условія, наличность которыхъ необходима въ теченіи всего времени. Къ этимъ послѣднимъ ¹⁾ относятся: 1) способность лица обладать правомъ собственности; 2) способность прибрѣтать это право посредствомъ давности; 3) *bona fides* (по каноническому праву см. § 157) и 4) дѣйствительное владѣніе. Въ видѣ исключенія *usurpatio* не прерывается вслѣдствіе владѣнія лица, принявшаго вещь въ залогъ (§ 129); то же должно сказать и относительно владѣнія эмансипованнаго и владѣнія прекариста, по возвращеніи *precarium'a* собственнику (§ 156). Но нельзя считать исключеніемъ—признаніе продолженія давности въ томъ случаѣ, когда лицо дѣлаетъ одну изъ двухъ вещей, находящихся въ его владѣніи, вышнюю частью другой своей вещи; вслѣдствіе этого владѣніе первою не уничтожается.

Если одно изъ указанныхъ четырехъ дѣящихся условій, наличное въ началѣ, впоследствии уничтожится, то *usurpatio* слѣдуетъ считать прерванной. Главною причиною перерыва давности является потеря владѣнія (ср. ученіе о владѣніи).

Собственникъ можетъ, помимо перерыва давности, оградить себя предъявленіемъ *rei vindicatio* и *litiscontestatio*. Даже исте-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

чение давностнаго срока не имѣетъ послѣ *litiscontestatio* никакого значенія, такъ какъ вопросъ объ *usucapio* будетъ обсуждаться по времени означеннаго процессуальнаго дѣйствія. Такимъ образомъ *litiscontestatio*, или актъ ее замѣняющій, вполне равносильна съ перерывомъ давности—подъ условіемъ послѣдующаго обвинительнаго приговора; но назвать его перерывомъ давности нельзя, такъ какъ въ дѣйствительности съ самой давностью ничего не происходитъ. Это такъ назыв. 1) *civilis interruptio*. Указанное мнѣніе есть ничто иное, какъ неправильное смѣшеніе земской давности съ исковою. Можно было бы подумать, что по каноническому праву перерывъ давности происходитъ вслѣдствіе *litiscontestatio* на томъ основаніи, что приводящая *mala fides* прерываетъ земскую давность и что посредствомъ *litiscontestato bonae fidei possessor* превращается въ *mala fidei possessor*'а. Но это правило, выраженное въ такой общей формѣ, не вѣрно; владѣлецъ признается недобросовѣстнымъ въ какомъ угодно другомъ отношеніи, но не въ отношеніи къ *usucapio*. Оспариваніе моего права собственности не можетъ поколебать моего убѣжденія въ дѣйствительности этого права и ужъ конечно не увѣрить меня въ томъ, что данная вещь не моя, а чужая 2).

Доказательства земской давности.

§ 116 1).

Всякое лицо, ссылающееся на *usucapio*, должно доказать 1) продолженіе владѣнія въ теченіи всего установленнаго для ординарной и экстраординарной давности срока, посредствомъ удостовѣренія такихъ двухъ моментовъ, промежутокъ которыхъ равняется числу лѣтъ, требуемому закономъ; 2) кромѣ того, въ давности обыкновенной—титулъ или то обстоятельство, которое его замѣняетъ 3); *bona fides* доказательства не требуютъ.

1) Изъ Пандектъ.

2) Истинная *civilis interruptio* существовала въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ. L. 2. C. de ann. exc. (7,40) (См. Goeschen Vorles. II, §. 266. Vangerov, Leif §. 323). На это указываетъ противоположеніе: *naturaliter interruptitur possessio* въ L. 5. D. de usurp. (41,3). *Прим. изд.*

3) L. 13. §. 2. D. de publ. act. (6,2).

3. Приобрѣтеніе права собственности посредствомъ соединенія.

§ 162 ¹⁾

Послѣдствіемъ соединенія одной вещи съ другою можетъ быть приобрѣтеніе собственникомъ одной вещи права собственности на другую вещь соединившуюся съ ея вещью. Необходимое условіе этого способа приобрѣтенія—такое тѣсное соединеніе вещей, чтобы одна изъ нихъ безвозвратно теряла свое отдѣльное, самостоятельное бытіе. При наличности этого условія, приобрѣтеніе права совершается различнымъ образомъ, смотря потому, въ какомъ отношеніи находятся другъ къ другу соединившіяся вещи—въ отношеніи равной къ равной или главной къ второстепенной (акцессионное отношеніе). Здѣсь важны слѣдовательно два вопроса: 1) совершается ли измѣненіе права собственности и 2) кто становится собственникомъ новой вещи, образовавшейся изъ двухъ соединившихся вещей.

А. Соединеніе вещей безъ акцессіи.

§ 163.

Сюда относится случай соединенія двухъ вещей, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ и находящихся въ отношеніи равной къ равной (такъ назыв. *confusio* или *commixtio*). Измѣненіе права собственности происходитъ въ томъ случаѣ, когда эти вещи безвозвратно утратили свое самостоятельное бытіе и стали такимъ образомъ нераздѣльны, напр. когда смѣшались два сорта вина. Въ этомъ случаѣ можетъ произойти спецификація—когда создалась новая вещь, новый сортъ и имѣется на лицо спецификантъ (напр. образовался напитокъ изъ двухъ какихъ-либо веществъ, выдѣлалось сукно изъ шерсти двухъ собственниковъ). Кроме того образовавшаяся смѣсь есть *res communis* (т. е. возникаетъ право собственности двухъ лицъ на одну вещь), каждый собственникъ теряетъ право собственности на свою вещь, но приобрѣтаетъ такое же на такую часть новой вещи, которая соотвѣтствуетъ цѣнности его вещи.

Никакаго измѣненія права собственности не происходитъ вслѣдствіе такого соединенія, при которомъ обѣ вещи сохраняютъ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

свое самостоятельное бытіе, или если и утратили его, то оно можетъ быть возстановлено по желанію. Каждое лицо сохраняетъ свое право собственности, имѣть противъ всякаго завладѣвшаго новой вещью—какъ будто бы онъ владѣетъ одною его вещью, — *rei vindicatio*; если же вещи разныхъ собственниковъ на время тѣсно соединились между собою, напр. сплавлялись два различные металла, то виндикація должна предшествовать *actio ad exhibendum*. Здѣсь впрочемъ представляется другой, независимый отъ сущности дѣла вопросъ: признается ли истцу его вещь *in natura*, или же стоимость ея по опѣнкѣ? Такъ напр. въ случаѣ смѣшенія двухъ сортовъ зерноваго хлѣба безъ вины владѣльца, этому послѣднему представляется требовать выдачи столькихъ мѣръ смѣси, сколько у него было первоначально мѣръ одного сорта хлѣба, или же денежнаго вознагражденія. Этотъ вопросъ касается не права собственности, а лишь способа вознагражденія собственника.

Нѣкоторое исключеніе установлено по отношенію къ смѣси изъ двухъ сортовъ монетъ. Если въ этой смѣси ¹⁾ каждый сортъ не можетъ быть легко узнавъ и отобранъ, то смѣсь признается нераздѣльною и притомъ монеты, примѣшанныя къ монетамъ владѣльца, признаются акцессіей къ этимъ послѣднимъ и потому становятся собственностью означеннаго владѣльца. Итакъ исключеніе здѣсь двойное 1) смѣшеніе признается интегрирующимъ, нераздѣльнымъ и 2) считается акцессіей ²⁾. Причина этого слѣдующая: когда монеты перестали быть отличаемыми, то онѣ уже болѣе не должны признаваться объектами права собственности, но лишь представителями известной цѣнности. Онѣ поэтому остаются только объектами исковаго требованія для прежняго собственника ихъ.

Нѣкоторые юристы допускали еще одно исключеніе. Въ томъ случаѣ, когда къ временной связи двухъ вещей приводить еще известная работа, при томъ такимъ образомъ, что одинъ изъ собственниковъ произвелъ посредствомъ этой работы соединеніе двухъ вещей, то этотъ послѣдній и становится собственникомъ новой вещи вслѣдствіе *specificatio*. Итакъ, когда

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Противъ этого Boecking, Pand. II, §. 155. прии. 18, говоритъ: Accessio достается собственнику главной вещи не вслѣдствіе неразличности, не вслѣдствіе неотделимости второстепенной вещи отъ главной; напротивъ монеты достаются лицу не потому, что ихъ нельзя выдѣлить, а потому, что онѣ не удоборазличимы. Это мнѣніе вполне основательно, такъ какъ уничтоженіе вещи и переходъ одной вещи въ другую (*Untergang* и *Uebergang*) взаимно другъ другу противорѣчатъ.

Прим. изд.

кто-либо сдѣлать вещь изъ своего и чужаго матеріала, одно изъ условій спецификаціи,—невозможность возстановленія матеріала въ прежнемъ его видѣ—уже не принимается въ расчетъ. Единственное основаніе этого исключенія есть внѣшнее—одно постановленіе институцій ¹⁾, которое многіе понимали въ томъ смыслѣ, что первоначально невозможность возстановленія вещей была назначена условіемъ спецификаціи, но потомъ допущено упомянутое исключеніе для одного случая. Такому толкованію противорѣчитъ множество приведенныхъ примѣровъ нераздѣльныхъ соединеній—напитковъ, медикаментовъ, суконъ. Но кромѣ того, по буквальному смыслу, противоположеніе въ этой цитатѣ можетъ также относиться къ вышеупомянутому спору, устанавливая исключеніе для одного даннаго случая (привхожденія работы). Это послѣднее объясненіе слѣдуетъ предпочесть уже и потому, что первому объясненію противорѣчатъ многія постановленія изъ дигестъ ²⁾ и что условіе существенной связи между вещами—общее всѣмъ относящимся сюда способамъ приобрѣтенія права собственности: *specificatio, confusio* или *commixtio* и *accessio*.

В. Accessio.

§ 164.

Accessio есть такое соединеніе двухъ вещей, въ которомъ одна является главною вещью, а другая лишь частью этой послѣдней. Значеніе ея для права собственности зависитъ отъ болѣе или менѣе тѣснаго соединенія вещей. При этомъ слѣдуетъ различать три случая:

1) Accessio къ какой-либо *universitas rerum*; она не обусловливаетъ никакой перемѣны въ правѣ собственности, не оказы-

¹⁾ §. 25. Inst. de rer. div. (2,1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit— et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit.— Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena specie aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsam, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

²⁾ L. 5. pr. §. 1. D. de R. V. (6,1), L. 12. §. 1. D. de acquir. rer. dom. (41,1).

васть никакого вліянiя на виндикацію и можетъ быть тотчасъ же возвращена собственникомъ посредствомъ rei vindicatio. Различіе между двумя собственниками заключается въ томъ, что собственникъ главной вещи можетъ виндигировать всю составную вещь напр. все стадо (за вычетомъ чужихъ головъ скота—при реституціи), впрочемъ подъ условіемъ, чтобы наибольшее число головъ скота принадлежало ему. Въ томъ случаѣ, если каждому лицу принадлежитъ равное число головъ, то имъ предоставляется виндигировать каждую голову скота отдѣльно.

2) Физическое соединеніе двухъ вещей, но не существенное. Здѣсь также не происходитъ измѣненiя права собственности; но оно имѣетъ вліянiе на виндикацію. Собственникъ главной вещи виндигируетъ всю составную вещь, какъ бы свою собственную; хозяинъ же второстепенной вещи (accessio) долженъ предварительно предъявить actio ad exhibendum.

3) Существенное соединеніе двухъ вещей уничтожаетъ право собственности лица, которому принадлежала акцессія. Этому послѣднему остается только право требовать вознагражденiя за понесенный ущербъ или вполнѣ, или же in quantum locupletior facus est alter. Поэтому въ данномъ случаѣ особенно важенъ вопросъ, которую изъ двухъ вещей слѣдуетъ считать акцессіей. Разрѣшеніе этого вопроса можетъ быть главнымъ образомъ затруднительно при соединенiи двухъ движимыхъ вещей. Принципъ для рѣшенiя его указанъ выше въ § 37, гдѣ также упомянуто, что у римскихъ юристовъ встрѣчается нѣсколько частныхъ случаевъ, неправильно разрѣшенныхъ. Главною вещью ¹⁾ всегда должна считаться та вещь, для которой другая предназначена, ради которой другая вещь существуетъ; такимъ образомъ главною будетъ—картина по отношенію къ доскѣ или полотну, на которомъ она нарисована (pictura), сочиненіе по отношенію къ бумагѣ и прочему, хотя въ римскомъ правѣ принято обратное мнѣніе (scriptura), но тканъ считается главною вещью по отношенію къ тѣмъ украшеніямъ, которыя въ нее вотканы. Въ затруднительныхъ случаяхъ вопросъ разрѣшается по объему и цѣнѣ вещей, напр. при сплавѣ двухъ металловъ въ одну массу (ferruminatio); въ кораблѣ же все опредѣляется по принадлежности вѣса (plumbatura).

Когда одна изъ двухъ вещей недвижимая, то несомнѣнно, что движимая вещь будетъ придаткомъ, акцессіей; такъ что здѣсь собственно важно то обстоятельство, существенно ли тѣсно

¹⁾ Изъ Пандектъ.

соединеніе ихъ и интегрируетъ ли движимая вещь съ недвижимою; тогда хозяинъ движимой вещи лишается своего права собственности въ пользу хозяина недвижимости. Здѣсь слѣдуетъ обратить вниманіе на три случая.

1) *Avulsio*, когда теченіемъ рѣки или чѣмъ либо другимъ отрывается часть берега и прибываетъ къ чьей либо землѣ. Право собственности на оторванную часть берега опредѣляется прикрѣпленіемъ ея къ землѣ другого лица.

2) *Plantatio*, посѣвъ, насажденіе, укоренившееся въ землѣ. Укорененіе растеній въ чужой землѣ вообще служитъ основаніемъ приобрѣтенія права собственности; собственникъ земли есть необходимый собственникъ растеній, пустившихъ корни въ его землю. Но можетъ возникнуть вопросъ: если дерево разрослось по землѣ, принадлежащей нѣсколькимъ отдѣльнымъ собственникамъ, то кому изъ нихъ принадлежитъ оно? Вопросъ этотъ разрѣшается не на основаніи положенія корней дерева, (законоположенія, которыя многіе юристы стремились истолковать въ этомъ смыслѣ, трактуютъ лишь объ общемъ условіи укорененія дерева въ землѣ), но по положенію ствола. Дерево, стоящее на границѣ двухъ земельныхъ участковъ *in confinio* принадлежитъ обоимъ сосѣдямъ *pro diviso*: каждому изъ нихъ принадлежать тѣ части дерева, которыя находятся надъ его участкомъ; по срубкѣ его оно будетъ принадлежать имъ *pro indiviso*, каждому по соответствующей долѣ (*quota*).

3) *Inaedificatio*. Здѣсь предполагается, что строеніе, возведенное на чужой землѣ, есть *res soli*, поэтому здѣсь не идетъ рѣчь о подвижныхъ строеніяхъ. Но за *res soli* слѣдуетъ считать все строеніе, какъ *universitas*, а не матеріалы; поэтому право собственности приобрѣтается только надъ первымъ, а не надъ послѣдними, такъ что матеріалы могутъ быть vindicированы хозяиномъ ихъ послѣ того, какъ домъ развалится. Это правило представляетъ одно исключеніе—при постройкѣ чего либо на завѣдомо-чужой землѣ; но относительно его встрѣчается противорѣчіе въ положительномъ законодательствѣ ¹⁾. Первая изъ этихъ цитатъ, равно какъ и многія другія узаконенія изъ Институцій и Пандектъ, допускаютъ исключеніе при всякой сов-

¹⁾ L. 7. §. 12. D. de acquir. rer. dom. (41,1): si quis in alieno solo sua materia aedificaverit,—si acit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio ejus materiae competit—L. 2. C. de R. V. (3,32): si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

нательной постройки на чужой землѣ, вторая же допускаетъ это исключеніе лишь при *animus donandi*. Последнее законоположеніе содержитъ правильное разрѣшеніе вопроса. Оно ставитъ этотъ послѣдній въ зависимость отъ вопроса о вознагражденіи за употребленный матеріалъ (*Ersatz als Uerwendung*). Если такое вознагражденіе уплачивается, то отдѣльное право собственности на матеріалъ уничтожается; точно то же бываетъ при *animus donandi* безъ вознагражденія за матеріалъ. Право на вознагражденіе имѣетъ не только *bonae fidei possessor*, но и недобросовѣстный владѣлецъ: такъ по отношенію къ *impensae utiles* онъ имѣетъ по крайней мѣрѣ *jus tollendi*. Если же собственникъ земли не хочетъ уплатить этихъ издержекъ, то онъ можетъ удовлетворить строителя стоимостью матеріаловъ по оцѣнкѣ ихъ на сломъ (на свозъ); однако строителю предоставляется право выждать отдѣленія матеріаловъ отъ земли (посредствомъ естественнаго хода вещей) и тогда требовать ихъ *in natura*. Такое рѣшеніе вопроса очевидно правильно, тогда какъ рѣшеніе Пандектъ ни на чемъ не основано,—такъ какъ оно не разрѣшаетъ сознаніе лица о своемъ правѣ собственности отъ уничтоженія этого права и тѣмъ представляется крайне неяснымъ и спутаннымъ.

§ 165 ¹⁾.

Своеобразный, особенный поводъ къ приобрѣтенію права собственности посредствомъ *accessio*, представляютъ земли, лежащія близъ общественныхъ, публичныхъ водъ. Русло общественной рѣки становится *res publica* и изымается изъ частнаго обладанія тѣхъ лицъ, которымъ принадлежать берега, продолженіе коихъ оно собственно составляетъ. Оно вновь дѣлается предметомъ частной собственности береговладѣльца, когда вполнѣ перестаетъ быть русломъ, т. е. когда рѣчка вполнѣ измѣняетъ свое теченіе (*alvei mutatio*) или когда оно только отчасти измѣняется (*insula nata*) ²⁾. Точно также обыкновенно обсуждается и незамѣтное увеличеніе берега (*alluvio*). Древнее ограниченіе этихъ видовъ *accessio* одними *agri arcifinii*, невозможность ихъ при *agri limitati*—уничтожилось вмѣстѣ съ этимъ подраздѣленіемъ полей на *arcifinii* и *limitati*.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ L 65. §. 4. D. de adquir. rer. dom. (41,1): *Labeo Hbro eodem: Si id, quo in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.*

Скажемъ нѣсколько словъ о вышеозначенной цитатѣ, которая занимала многихъ толкователей закона. Въ одномъ изъ предшествующихъ ей опредѣленій Лабейонъ высказываетъ обыкновенное, уже разъясненное нами правило; поэтому никакъ нельзя вывести, что онъ раздѣляетъ противоположное убѣжденіе. Весьма возможно, что онъ помѣстилъ указанное опредѣленіе какъ простой выводъ, считая правило прежде имъ установленное непоколебимо признаннымъ. Если такъ, то онъ ошибся, такъ какъ ему можно возразить, что появившійся островъ не — *in flumine innatum*, но — часть русла, прежде занятого общественной рѣкой. Обыкновеннымъ способомъ устранения противорѣчія является исправленіе цитаты: *non si id etc.* или же признаніе означеннаго острова плоучимъ, такъ какъ только про такой островъ можно сказать, что онъ есть *insula innata in flumine*.

4. Приобрѣтеніе плодовъ (*Erzeugnisse*) вещи.

§ 166.

Fructus pendentes суть части вещи и потому принадлежать собственнику цѣлой вещи, но этотъ послѣдній не имѣетъ на нихъ отдѣльнаго права собственности. Объектами такого права плоды становятся только вслѣдствіе отдѣленія ихъ отъ главной вещи, собственникъ которой дѣлается и ихъ собственникомъ (безъ особаго акта завладѣнія), это правило относится не къ однимъ плодамъ, но и ко всѣмъ органическимъ произведеніямъ вещи вообще. Иногда приобрѣтеніе плодовъ хозяиномъ главной вещи исключается правомъ на эти плоды другихъ лицъ, не тѣхъ, которыя упомянуты выше въ § 150, но такихъ, которыя, какъ обыкновенно и самъ собственникъ, приобрѣтаютъ плоды посредствомъ *seragatio*. Это суть юридическія владѣльцы вещи, поколику они имѣютъ право на плоды ея. Такое право предоставляетъ лицамъ эмпитевзисъ, антихрезисъ, а равно и добросовѣстное владѣніе.

Приобрѣтеніе ¹⁾ плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ построено слѣдующимъ образомъ. Такое приобрѣтеніе совершаетъ *bonae fidei possessor* посредствомъ *seragatio*—только по отношенію къ плодамъ въ собственномъ смыслѣ, а не ко всѣмъ произведеніямъ вещи, причемъ владѣлецъ не освобождается отъ обязанности возвратить плоды при виндикаціи вещи.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

По отношенію къ сущности занимающаго насъ вопроса представляются два главныхъ воззрѣнія (не считая различныхъ отступленій въ каждомъ изъ нихъ): 1) *Bonae fidei possessor* приобрѣтаетъ право собственности на плоды не посредствомъ *separatio*, а лишь посредствомъ *consumptio*. Что же приобрѣтаетъ онъ при *separatio*? По мнѣнію основателя этого воззрѣнія—Савиньи и консеквентныхъ защитниковъ его теоріи, онъ приобрѣтаетъ владѣніе, ведущее къ давности (*Usucapionsbesitz*). Нѣкоторые же изъ его учениковъ, отказавшіеся отъ этой части воззрѣнія, не могутъ дать никакого отвѣта на означенный вопросъ; 2) хотя онъ и приобрѣтаетъ посредствомъ *separatio* право собственности, но это право отнимается, т. е. оно не освобождаетъ его отъ реституціи, когда собственникъ вещи виндицируетъ ее, такъ какъ виндикація имѣетъ своимъ предметомъ также и плоды. Только послѣ *consumptio* плодовъ владѣлецъ свободенъ отъ обязанности возвращенія ихъ собственнику, плоды остаются въ его пользу (*er lucirt die Fruechte*). Но собственникъ главной вещи не имѣетъ особаго иска о плодахъ и въ этомъ то собственно и заключается весь смыслъ и все значеніе этого способа приобрѣтенія права собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

Внутренней основой перваго изъ этихъ воззрѣній Савиньи ¹⁾ признавалъ совпаденіе права приобрѣтенія плодовъ съ давностнымъ владѣніемъ. Онъ говоритъ, что владѣлецъ *ad usucapionem* приобрѣтаетъ (подобно собственнику) посредствомъ *separatio* право, относящееся къ главной вещи, т. е. давностное владѣніе (какъ и при всякомъ другомъ дѣленіи вещи). Такой взглядъ невозможенъ по слѣдующимъ двумъ соображеніямъ: 1) основаніемъ приобрѣтенія плодовъ отнюдь не служитъ *possessio ad usucapionem*, такъ какъ бываетъ приобрѣтеніе плодовъ помимо давностнаго владѣнія, напр. при *res vitiosa*, и ястрѣчается давностное владѣніе, не имѣющее послѣдствіемъ приобрѣтеніе плодовъ—въ случаѣ *mala fides superveniens* ²⁾). Только для приобрѣтенія *fructus industriales*, созданныхъ изъ имущества владѣльца и посредствомъ его же труда, по мнѣнію Юліана, *mala fides superveniens* не служитъ препятствіемъ, при томъ лишь въ томъ случаѣ, когда работа, трудъ на полученіе означеннаго *fructus*—окончены до *mala fides*.

2) Воззрѣніе Савиньи противорѣчитъ приобрѣтенію права посредствомъ *separatio*. Оказывается, что владѣлецъ приобрѣта-

¹⁾ *Recht des Besitzes* §. 22 a.

²⁾ L. 48. D. de acquir. dom. (41,1), L. 48. § 6. de furt. (47, 2), L. 33. pr. D. de usurp. (41,3), L. 24 § 2. D. de usur. (22,1).

еть *jus possessionis* на вещь не посредством завладѣнія ею, но лишь посредством *separatio*, что такимъ образомъ приобрѣтеніе владѣнія не имѣетъ никакого значенія (напр. когда отдѣлываетъ, или собираетъ плоды воръ). Такое положеніе можно пожалуй высказать относительно права собственности, но отнюдь не о давностномъ владѣніи; нельзя сказать: извѣстное лицо должно приобрѣсть давностное владѣніе, но нѣтъ необходимости, чтобы оно было владѣльцемъ. Здѣсь представляется полнѣйшее противорѣчіе, и потому воззрѣніе Савиньи не выдерживаетъ критики.

Но если отказаться отъ этого положенія, то придется сказать, что *bonae fidei possessor* посредствомъ *separatio* не приобрѣтаетъ рѣшительно ничего. Но такой выводъ прямо противорѣчалъ бы положительному праву, которое съ сепараціей соединяетъ понятіе приобрѣтенія права собственности или какого либо другаго права. Если же поставить разрѣшеніе вопроса исключительно въ зависимость отъ *consumtio* плодовъ, то произойдетъ смѣшеніе права собственности съ понятіемъ *lucrum* (такъ какъ нельзя приобрѣтать право собственности *in re lucro, ohne zu lucrigen*). Наконецъ рождается еще абсурдъ. Главное законоположеніе, приводимое въ доказательство справедливости изложеннаго мнѣнія, есть *L. 4. § 19. D. de usurp. (41,3)*¹⁾, которое яко-бы означаетъ: нѣтъ необходимости узукапировать шерсть съ овецъ, такъ какъ она тотчасъ же, посредствомъ *consumtio*, становится собственностью лица. Такимъ образомъ оказывается возможнымъ сначала консумировать вещь, а затѣмъ—узукапировать ее.

Въ пользу втораго воззрѣнія говоритъ извѣстная естественность его юридическаго созерцанія. Сегодня истекла давность для приобрѣтенія мною извѣстнаго участка земли, я такимъ образомъ признанъ собственникомъ этого участка, прежняя непрочность моего права исчезла. Но въ житницѣ у меня остался прошлогодній хлѣбъ, въ погребахъ прошлогоднее вино; право мое на этотъ хлѣбъ и вино, доставленные мнѣ землей, составляющей теперь мою собственность, если слѣдовать первому изъ двухъ указанныхъ воззрѣній, будетъ неизвѣстно, непрочно до тѣхъ поръ, пока я не узукапирую ихъ отдѣльно, или же чтобы гарантировать себя отъ отнятія этихъ запасовъ хлѣба и вина, мнѣ слѣдовало бы немедленно продать или консумиро-

¹⁾ *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti, sint, quod verum est.*

вать ихъ. По второму воззрѣнію я считаюсь собственникомъ плодовъ, что впрочемъ не препятствуетъ собственнику земли виндигировать эту послѣднюю вмѣстѣ съ плодами, но лишаетъ его права виндикаціи плодовъ отдѣльно.

Въ римскомъ правѣ вопросъ о плодахъ въ дѣйствительности разрѣшенъ слѣдующимъ образомъ.

1) Извѣстное право на плоды приобретаетъ *bonae fidei possessor*, т. е. для приобретения необходимы *justus titulus* и продолжающееся отсутствие *mala fides*; см. выше.

2) Приобрѣтеніе это совершается посредствомъ *separatio*, т. е. начинается съ того момента, когда плоды дѣлаются предметомъ особой виндикаціи. Такъ объясняется приведенное въ предшеств. прим. законоположеніе¹⁾. Приплодъ отъ стада считается частью этого стада и принадлежитъ собственнику его. *Bonae fidei possessor* имѣетъ на этотъ приплодъ такое же право, какъ и на все стадо вообще потому, что полной *separatio* еще не произошло. Сепарация совершается лишь при отдѣленіи приплода отъ стада для продажи или для потребленія; поэтому здѣсь приобретѣніе заканчивается только посредствомъ *consumptio*²⁾.

3) Онъ приобретаетъ право собственности на плоды и потому не долженъ узаконивать ихъ. Но это правило относится

1) Такое объясненіе представляется 1) натапутымъ: *separatio* ягнать можетъ заключаться уже въ отдѣленіи ихъ отъ матерей L. 48. §. 2. D. de A. R. D. (41,1); 2) предполагающимъ владѣніе стадомъ, котораго на самомъ дѣлѣ нѣтъ, L. 30. §. 2. D. de usurp. (41,3); 3) противорѣчащимъ заключительнымъ словамъ цитаты, въ которыхъ юристъ ставитъ приобретѣніе ягнать въ зависимость отъ *consumptio*, также какъ и приобретѣніе шерсти. Истинный смыслъ цитаты слѣдующій: *bonae fidei emptor* могъ бы вообще охранять свое право на ягнать и шерсть также, какъ охраняется *partus ancillae*, т. е. посредствомъ *usucapio*—L. 2. D. pro suo (41, 10). Но такъ какъ ягнаты и шерсть относятся къ плодамъ, т. е. къ предметамъ, назначеннымъ для потребленія, то даже нѣтъ надобности въ *usucapio*, потому что еще прежде охрана дается вслѣдствіе *consumptio*. *Consumptio* же относительно шерсти состоитъ въ снятіи, стрижки ея, т. е. въ *separatio*, такъ какъ въ это время шерсть съ равнымъ овецъ смѣшивается между собой; относительно же ягнать, слѣдующихъ еще за своими матерями и потому легко отлывимыхъ, *consumptio* проявляется въ особой позднѣйшей ерши потребленія, напр. въ образованіи особаго стада ягнать и т. д. Вышеупомянутый мнѣшій абсурдъ созданъ самимъ авторомъ. Весьма понятно, что *consumptio* исключаетъ *in concreto* возможность позднѣйшей *usucapio*.

Прим. изд.

2) Основа этого заключается во внутреннемъ соотношеніи (родствѣ) между приобретѣніемъ плодовъ и сепарацией см. § 154 ст. 408. прим. 1. Плодъ есть новая вещь, L. 10. §. 2. D. de usurp. (41,3), принадлежащая тому лицу, которое *bona fide* обусловило появленіе (*erzeugt hat*) этого плода; этимъ объясняются слова *naturalis ratio, cultura et cura*, встречающіяся въ концѣ §. 35. I. de rer. div. (2,1) и прежде признаваемое Унтергольцнеромъ ограниченіе приобретѣнія права собственности однимъ *fructus industriales*.

только къ плодамъ ¹⁾, впрочемъ какъ къ *fructus indistriales* такъ и къ *fructus pere naturales* ²⁾.

4) Это право собственности не есть *lucrum* (*lucriferum*) плодъ, оно не защищаетъ отъ обязанности возвращенія ихъ, см. выше. Поэтому въ цитатѣ означенной въ прим. 2 *interim* означаетъ то же, что *statim* ³⁾. *Lucrum* плодъ происходитъ а) вслѣдствіе уничтоженія иска о правѣ собственности на вещь, давшую плодъ; б) вслѣдствіе *consumptio*, см. ниже.

IV. Охраненіе права собственности.

§ 167 ⁴⁾.

Право собственности охраняется противъ всякаго нарушителя его 1) посредствомъ иска, представляющагося весьма различнымъ, смотря или по характеру самаго нарушенія: — при полномъ нарушеніи (отнятій владѣнія) — *vindicatio* вещи, при частичномъ нарушеніи — *vindicatio libertatis rei, negatoria*, или по самому основанію иска — истинный искъ о правѣ собственности — *Publiciana actio*, и 2) посредствомъ *exceptio dominii*, противопоставляемой такому требованію, отъ котораго свободенъ собственникъ и предъявленіе котораго составляетъ такимъ образомъ нарушеніе права собственности. Но не всякая защита посредствомъ ссылки на свое право собственности будетъ *exceptio dominii*, напр. указаніе на *usucapio* противъ иска о правѣ собственности или на сособственность; но эти указанія достаточны для опроверженія *actio Publiciana*.

A. Иски о правѣ собственности.

I. *Rei vindicatio*.

§ 168.

Истецъ утверждаетъ, что онъ есть собственникъ вещи; онъ поэтому долженъ доказать свое право собственности, для чего ему необходимо доказать, что онъ приобрѣлъ это право. При

¹⁾ L. 28. D. de usurp. (22,1), L. 48. §. 3. 6. D. de furt. (47,2).

²⁾ L. 48. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1): *Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit. non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est.*

³⁾ Ср. Puchta, Ueber den Besitzerwerb eines Kindes, Rhein. Mus. V, 3. Ср. впрочемъ L. 25. §. 2. D. de usurp. (22,1) *quamdiu evictus fundus non fuerit.*

⁴⁾ Изъ Пандектъ.

производномъ приобрѣтеніи права онъ обязанъ доказать *dominium auctoris*. Вслѣдствіе этого доказательство права собственности можетъ представлять большія затрудненія. Поэтому весьма благоразумно въ такихъ случаяхъ предъявить личный искъ, которымъ можетъ быть достигнута та же цѣль. Такое же удобство кромѣ личныхъ исковъ представляютъ и владѣльческіе interdикты; наконецъ по той же причинѣ имѣетъ нѣкоторое удобство для истца и *actio Publiciana*. Но съ другой стороны это доказательство не такъ трудно (чертовски — *actio diabolica*), какъ это полагали прежде, когда имѣли въ виду всѣ производные титулы и когда поэтому оно представлялось совершенно невозможнымъ. При этомъ упускали изъ виду, что земская давность была главнымъ образомъ назначена для того, чтобы восполнить этотъ недостатокъ (доказательствъ). Въ послѣднее время ¹⁾ стало вновь появляться въ печати мнѣніе, признанное еще въ средніе вѣка неправильнымъ, будто *dominium auctoris* не должно быть доказываемо. Этому мнѣнію между прочимъ противорѣчитъ то обстоятельство, что оно уничтожаетъ различіе между *rei vindicatio* и *actio Publiciana*. Это привело нѣкоторыхъ упрямыхъ приверженцевъ его къ утвержденію, что по юстиніановскому праву *rei vindicatio* и *Publiciana* одно и то же. Это мнѣніе настолько нелѣпо, что ниже всякой критики.

Истецъ обязанъ представлять доказательства своего права собственности даже и тогда, когда оспаривается оно неполнѣ, а лишь отчасти, напр. когда истецъ утверждаетъ, что онъ собственникъ отвѣтчика.

Здѣсь возникаетъ вопросъ, долженъ ли истецъ быть собственникомъ вещи ко времени *litis contestatio* и сообразно съ этимъ представлять свои доказательства, или же только ко времени произнесенія приговора. Этотъ вопросъ не имѣетъ матеріальнаго значенія, а лишь значеніе процессуальное, такъ какъ истецъ, которому разъ отказано судомъ, можетъ требовать того же по другому основанію иска, по вновь приобретенному праву собственности. Римское право и здѣсь соблюдаетъ правило: только то, что существовало къ времени *litis contestatio*, считается предметомъ тяжбы, *in iudicium deductum*; такимъ образомъ во второмъ случаѣ необходима новая *interpellatio*. Это вполне соответствуетъ основамъ правильного, цѣлесообразнаго порядка судопроизводства. Каноническое же право обязываетъ судью принять во вниманіе и право собственности,

1) Изъ Пандектъ.

возникшее послѣ *litis contestatio*, кромѣ впрочемъ того случая, когда истецъ въ исковомъ прошеніи уже сослался на опредѣленный способъ пріобрѣтенія права. Это исключеніе будетъ встрѣчаться, безъ сомнѣнія, постоянно.

Rei vindicatio предполагаетъ полное нарушеніе права собственности, т. е. отнятіе владѣнія.

Отсюда слѣдуетъ:

1) Истцомъ никогда не можетъ быть владѣлецъ. Поэтому искъ не можетъ быть предъявляемъ противъ такого лица, которое владѣетъ во имя истца, если этотъ послѣдній до того времени не отказался отъ своего владѣнія, возмимъвъ *animus non possidendi*; поэтому напр. искъ не предъявляется противъ мнимаго *узуфруктуарія*, если онъ владѣетъ моимъ именемъ ¹⁾, но съ другой стороны искъ можетъ быть предъявленъ противъ него, если онъ владѣетъ именемъ какого-либо посторонняго лица. При владѣніи моимъ именемъ, я долженъ предъявить *actio negatoria*, которою я отрицаю фактъ, что онъ—*узуфруктуарій*; если же онъ владѣетъ именемъ другаго лица, то кромѣ *rei vindicatio* я имѣю и *actio negatoria*.

Въ одномъ случаѣ хотѣли допустить исключеніе ²⁾. Объ этомъ *opus casus* писано было много; многіе стремились исправить цитату, вставить частицу *non*—*non uno casu*, такъ какъ думали, что нашли нѣсколько исключеній; но эти исключенія суда не относятся, такъ какъ они должны касаться *vindicatio rerum corporalium*.

Поэтому слѣдуетъ прямо призвать неправильнымъ мнѣніе, будто цитированное мѣсто относится къ *actio confessoria* и *negatoria*. Столь же неосновательно мнѣніе Дужа († 1688), нашедшее многихъ приверженцевъ между новыми юристами: когда истецъ предъявилъ искъ объ изв. вещи, то онъ вторично можетъ вчинить тотъ же искъ, если первоначально онъ забылъ упомянуть побочныя требованія (*Nebenpraestationen*). Это совершенно невѣрно. Законоположенія, приведенныя въ подтвержденіе этого мнѣнія, трактуютъ вовсе не о виндикаціи, а о личныхъ искахъ. Удивительно, какимъ образомъ столько времени не могли найти того вѣрнаго исхода, который такъ близокъ къ дѣйствительности. Составители Институцій имѣютъ здѣсь въ виду одно изъ тѣхъ постановленій, въ которыхъ проводится

¹⁾ Ср. противъ этого L. 7. pr., L. 12. D. usufr. quemadm. caveat (7,9).

Прим. изд.

²⁾ §. 2. I. de action. (4,6):—*Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

уже опровергнутая нами выше возможность одновременнаго существованія *justa* и *injusta possessio*. Въ одномъ изъ этихъ постановленій ¹⁾ говорится, что въ такомъ случаѣ посредствомъ интердикта дѣла выиграть нельзя, и потому остается только *rei vindicatio*, представляемая здѣсь однимъ владѣльцемъ противъ другаго. Такимъ образомъ цитированное мѣсто изъ Институцій представляется ошибкой (именно съ точки зрѣнія Юстиниановскаго права); но это не противорѣчитъ правильности нашего объясненія, такъ какъ эта ошибка, имѣющая столь важное значеніе, встрѣчается *in latioribus Digestorum libris* ²⁾.

2) Отвѣтчикомъ является владѣлецъ. *Causa* его владѣнія не имѣетъ никакого вліянія на принятіе имъ отвѣта по иску, такъ какъ самый фактъ владѣнія есть уже нарушеніе права собственности. *Causa possessionis* можетъ послужить лишь основаніемъ для эксцепціи, напр. для *doli exceptio*, когда отвѣтчикъ ссылается на то, что владѣетъ вещью вслѣдствіе залоговаго договора, заключеннаго съ собственникомъ ея.

3) Поэтому въ сущности все равно, есть ли отвѣтчикъ юридическій или естественный (фактический) владѣлецъ вещи; (для того, чтобы существовало нарушеніе права собственности лица, нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы владѣлецъ приписывалъ себѣ это право). Истцу предоставляется выборъ, при призваніи кого-либо къ отвѣту, между юридическимъ и естественнымъ владѣльцами. *Detentor* только не вправѣ владѣть именемъ лица, см. выше. Константинъ предписалъ, чтобы детенторъ, привлеченный къ отвѣту, указывалъ то лицо, именемъ котораго онъ владѣлъ, съ тѣмъ чтобы послѣднее брало на себя отвѣтъ— съ цѣлью избѣжать двухъ исковъ о правѣ собственности: *laudatio auctoris*. Но этимъ не отмѣнено вышеуказанное правило, не исключена возможность привлечь къ отвѣту фактическаго владѣльца вещи. а) Когда отвѣтчикъ (*detentor*) назоветъ своего авктора, то вслѣдствіе этого искъ не прекращается, а продолжается, лишь мѣсто прежняго отвѣтчика заступаетъ юри-

¹⁾ L. 3. D. uti poss. (43,17): si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Ср. L. 15 §. 4. D. de precario (43,26).

²⁾ Именно невѣроятно, чтобы составители Институцій одобрили и укрѣпили указанную ошибку. Поэтому естественное признать отношеніе цитаты къ вѣдѣнціи юрист. владѣльца, представляемой имъ противъ своихъ представителей, отвергаемое авторомъ только потому, что онъ не допускаетъ вѣдѣнія вѣдѣнціи противъ представителей. См. противъ этого прим. 1. стр. 440.

Прим. вид.

дическій владѣлецъ вещи. Если этотъ послѣдній откажется отвѣчать, то владѣніе переносится на истца; *contumax* можетъ, если захочетъ, добиваться своего права искомъ порядкомъ; b) если отвѣтчикъ не воспользуется *laudatio auctoris*, то процессъ продолжается въ начатомъ порядкѣ и *detentor* можетъ быть принужденъ къ возвращенію вещи. Впрочемъ авктору не возбраняется виндцировать вещь съ своей стороны и требовать съ своего представителя вознагражденія за убытки, происшедшія вслѣдствіе непользованія этой *laudatio auctoris*. Вообще невѣрно то нерѣдко встрѣчающееся воззрѣніе, которое относится къ детентору, неназвавшему своего авктора, какъ къ лицу, которое *liti se obtulit*; *detentor* отвѣчаетъ не какъ фиктивный, а какъ дѣйствительный владѣлецъ.

4) Для того, чтобы быть обязаннымъ вступить въ отвѣтъ по иску, лицо должно быть владѣльцемъ вещи ко времени *litis contestatio*; но недостатокъ такого владѣнія восполняется тѣмъ, что оно пріобрѣтаетъ владѣніе впоследствии, лишь бы это было до момента произнесенія приговора.

5) Если отвѣтчикъ живо отрицаетъ фактъ владѣнія, то истецъ обязанъ доказать только этотъ послѣдній, чтобы добиться реституціи вещи. По новѣйшему праву отвѣтчикъ сохраняетъ право выступать съ своей стороны въ качествѣ истца ¹⁾. Въ римскомъ правѣ встрѣчается интердиктъ, которымъ истецъ могъ вчинить искъ во всякомъ случаѣ; это—*interdictum quem fundum (duplex: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis)*. Въ настоящее время владѣніе вещью передается истцу безъ всякаго интердикта по распоряженію судьи.

6) Если наоборотъ отвѣтчикъ приметъ вызовъ на тяжбу, въ дѣйствительности не владѣя вещью, этимъ онъ подчиняетъ себя приговору, какъ будто бы онъ на самомъ дѣлѣ и былъ владѣльцемъ: онъ становится *fictus possessor*. Исключается случай извинительной ошибки; здѣсь въ его пользу допускается реституція; впрочемъ, то же бываетъ и въ случаѣ знанія истца о томъ, что отвѣчавшій по иску не владѣлъ вещью, т. е. когда истецъ собственно не былъ обманутъ.

7) Если отвѣтчикъ уже не владѣетъ вещью ко времени *litis contestatio*, то искъ не можетъ состояться, даже еслибы тотъ сохранилъ какія-либо выгоды отъ своего прежняго владѣнія, напр. цѣну продажи (не такъ какъ при *hereditatis petitio*). Если въ это время вещь уничтожилась, или пріобрѣтена посредствомъ

¹⁾ Также и въ древнемъ правѣ: иначе не было никогда. L. un. uti poss. (8,6).
Прим. изд.

давности новымъ владѣльцемъ, то прежнему собственнику ея предоставляется право вчинить личный искъ противъ бывшаго владѣльца *in quantum locupletior factus est*.

Другое дѣло, если отвѣтчикъ *dolose* избавился (*entaueszert*) отъ владѣнія. Тогда онъ отвѣчаетъ, какъ будто еще продолжаетъ владѣть: *dolus pro possessioni est*. Это—второй видъ фиктивного владѣльца. Такимъ лицомъ, которое *dolo desinit possidere*, является всякій *malae fidei possessor*, по своей волѣ оставляющій свое владѣніе. (Это первоначально введено для *hereditatis petitio* и впоследствии перенесено на *rei vindicatio*). Истцу предоставляется выбрать отвѣтчика между этимъ *fictus possessor* и настоящимъ владѣльцемъ (*verus possessor*). Но даже когда истецъ жаловался на фиктивного владѣльца и съ него взыскалъ стоимость вещи, то *verum possessor* еще не свободенъ отъ отвѣта; противъ него также возможенъ искъ, хотя истецъ и получилъ дѣну вещи, но онъ этимъ самымъ вовсе не утратилъ своего права собственности на вещь и потому можетъ требовать ее.

Utilis rei vindicatio противъ *fictus possessor*'а естественно требуетъ такого же обоснованія, какъ и *vindicatio directa*, т. е. доказательства права собственности. Если третье лицо узурпировало вещь, то *rei vindicatio utilis* уже не имѣетъ мѣста, а замѣняется для истца такъ называемою *actio in factum ob alienationem iudicii mutandi causa*.

Предметъ иска.

§ 169.

Предметомъ ¹⁾ иска, подлежащимъ всегда спеціальному и по возможности точному обозначенію со стороны истца, могутъ быть не только простыя вещи, но и *universitates rerum*; впрочемъ эти послѣднія должны представляться какъ отдѣльныя вещи, а не какъ количественныя массы, которыя отнюдь не могутъ быть предметомъ права собственности, напр. при требованіи денегъ виндицируется не цѣлая сумма, а каждая монета отдѣльно.

Мюленбрухъ ²⁾ полагалъ, что это правило допускаетъ одно исключеніе: въ случаѣ сѣщенія хлѣба (или металла), принадлежащаго разнымъ лицамъ, каждое изъ этихъ послѣднихъ въ пра-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Lehrbuch § 270.

въ виндигировать свою собственность, т. е. известную *quantitas* (которая бы даже могла быть точно и не определена). Это мнѣніе ошибочно. Въ указанномъ случаѣ также виндигируется вещь, напр. зерна хлѣба, но при реституціи ея оказывается невозможнымъ отдѣлить ее отъ прочихъ. Если бы согласиться съ Мюленбрухомъ, то пришлось бы признать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикомъ по *rei vindicatio* является лицо, не могущее возвратить требуемую вещь, то предметомъ иска будетъ не *res*, а известная денежная сумма.

Вещь, какъ предметъ разсматриваемаго иска, должна имѣть самостоятельное бытіе; до тѣхъ поръ она не можетъ быть предметомъ виндикаціи: этой послѣдней должно предшествовать отдѣленіе вещи посредствомъ *actio ad exhibendum*. Впрочемъ въ одномъ случаѣ не допускается даже и такое отдѣленіе, именно когда известная вещь получила такое употребленіе въ домѣ или въ виноградникѣ, что отдѣленіе ея причинитъ вредъ самому дому или винограднику.

Собственникъ такой вещи, въ случаѣ, если хозяинъ самъ не захочетъ отдѣлить и возвратить ее, долженъ довольствоваться двойною цѣной (которой онъ можетъ требовать посредствомъ *actio de tigno juncto*), или выждать пока, помимо воли, произойдетъ желаемое отдѣленіе его вещи; притомъ временное отдѣленіе и немедленное возстановленіе связи не даетъ ему права виндикаціи, если отдѣленіе вещи продолжаетъ быть опаснымъ для дома и виноградника.

Цѣль иска.

§ 170.

Цѣль иска есть возвращеніе вещи *suum opini causa* или, говоря вообще, возстановленіе истца въ то же самое положеніе, въ которомъ онъ находился бы, если бы право его не было нарушено.

1) Возвратить вещь истцу значить сдѣлать его владѣльцемъ ея. Если же вещь узакимирована послѣ *litis contestatio*, то возвращеніе вещи истцу будетъ равносильно перенесенію на него права собственности. Теперь уже не требуется *cautio* (обезпеченія) противъ отчужденія или заклада вещи, такъ какъ по новѣйшему праву отчужденіе всякой *res litigiosa* недѣйствительно. Что же касается до мѣста, гдѣ должно совершаться возвращеніе вещи, то относительно движимой вещи истцу предоставляется право выбора между мѣстонахожденіемъ вещи и мѣстонахожденіемъ суда. Если отвѣтчикъ есть *malae fidei possessor*, и если вещь находится уже не въ томъ мѣстѣ, гдѣ

онъ ею завладѣлъ, то доставка происходитъ на его счетъ и подъ его отвѣтственности; во всѣхъ же другихъ случаяхъ вещь доставляется на счетъ истца.

Если возвращеніе вещи не послѣдуетъ:

а) По причинѣ *contumacia*, то съ отвѣтчика присуждается все то, въ чемъ присягаетъ истецъ при *jusjurandum in litem*. Судья долженъ установить *taxatio*, но не слишкомъ тѣсно, такъ чтобы сюда могли быть подведены всевозможные интересы. (Высшей мѣрой слѣдуетъ назначить *alterum tantum* обыкновенной цѣны вещи).

б) То же должно сказать относительно того случая, когда возвращеніе вещи сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе *dolus* или *culpa lata*, такъ напр. когда искъ предъявленъ противъ лица, умышленно лишившаго себя владѣнія (*dolo disinens possidere*).

в) Если *facultas restituendi* исчезла во время процесса вслѣдствіе какой-нибудь *culpa levis* или *levissima*, то отвѣтчикъ приговаривается къ уплатѣ истцу всего того, что онъ докажетъ обыкновеннымъ процессуальнымъ путемъ.

д) Если возвращеніе вещи стало невозможнымъ, благодаря какому-нибудь *casus*, то отвѣтчикъ освобождается (по крайней мѣрѣ въ данную минуту, въ случаѣ представленія *cautio*), за исключеніемъ случая гибели вещи, которая не произошла бы, если бы вещь была возвращена истцу своевременно, напр. когда этотъ послѣдній имѣлъ *res venalif*, или когда отвѣтчикъ пострадалъ отъ пожара (Тогда онъ обязанъ возратить истцу цѣну вещи). Впрочемъ обо всемъ этомъ можетъ быть рѣчь по по отношенію къ добросовѣстному владѣльцу лишь послѣ момента *lites contestatio*, прежде же онъ—*quasi suam rem neglexit*; относительно же недобросовѣстнаго владѣльца—съ начального момента его владѣнія. (Про этого послѣдняго нельзя сказать *quasi suam rem neglexit*, поэтому помянутая обязанность вознагражденія возникаетъ при приобрѣтеніи имъ владѣнія).

(Такимъ образомъ реституція можетъ быть совершена посредствомъ уплаты *aestimatio*). Уплата *aestimatio* равнозначуща покупкѣ. Отвѣтчикъ дѣлается собственникомъ вещи съ момента приобрѣтенія владѣнія, какъ при традиціи. Истецъ долженъ обшачать съ своей стороны не препятствовать этому. Лицо *dolo desinens possidere* не имѣетъ такого права; владѣніе его охраняется противъ иска, но онъ никогда не дѣлается собственникомъ той вещи, которою владѣлъ.

2) Возвращеніе *causa rei*. Сюда относится вознагражденіе за умаленіе вещи, при чемъ примѣняются тѣ же основныя правила, которыя мы указали выше относительно невозможности

возвращенія самой вещи; затѣмъ возмѣщеніе всѣхъ убытковъ, происшедшихъ отъ несвоевременнаго возвращенія вещи—главнымъ образомъ возвращеніе плодовъ.

а) Плоды, данные вещью до момента *litis contestatio*. Добросовѣстный владѣлецъ возвращаетъ собственнику лишь *fructus exstantes*, которые притомъ могутъ быть требуемы одновременно съ виндикаціей самой вещи, а отнюдь не особымъ искомъ, см. выше. Недобросовѣстный же владѣлецъ обязанъ возвратить всѣ плоды, полученные имъ отъ вещи, равно какъ и *fructus a petitore percipiendi*. Условіе (*die Bestimmung*) „a petitore“ можетъ клониться къ выгодѣ истца, но можетъ также служить и къ его ущербу, напр. когда онъ имѣетъ только *nuda proprietas* на вещь. Потребленные плоды могутъ быть требуемы отдѣльно отъ виндикаціи, такъ какъ недобросовѣстный владѣлецъ не приобрѣтаетъ на вещь права собственности.

б) Плоды, данные вещью послѣ *litis contestatio*. Въ этомъ отношеніи положеніе добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльцевъ одинаково, только подъ именемъ *fructus percipiendi* разумѣются (къ его выгодѣ) тѣ плоды, которые истецъ могъ собрать ¹⁾. Къ плодамъ относятся также *fructus civiles*, но отнюдь не проценты съ виндицируемыхъ денегъ, когда лицо, владѣвшее ими, не пускало ихъ въ оборотъ; это происходитъ потому, что проценты могли получаться лишь еслѣдствіе затраты капитала, истецъ же, виндицирующій свои деньги, не можетъ сказать, чтобы такая затрата была всегда въ его интересахъ.

Исковое прошеніе должно быть таково: мнѣ истцу принадлежить право собственности на такую-то вещь, поэтому отвѣтчикъ обязанъ возвратить мнѣ ее со всѣми плодами и приращеніями (*Nutzungen*), а также возвратить всѣ причиненные мнѣ ущербы и расходы.

§ 171.

То основаніе ²⁾, на которомъ владѣетъ вещью отвѣтчикъ, не освобождаетъ его отъ обязанности принять искъ (§ 168), но оно можетъ дать ему эксцепцію противъ иска, напр. въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ имѣетъ право владѣнія вещью, благо-

¹⁾ Это было бы *exceptio de jure tertii* (фруктуарія). Опредѣленіе a petitore также должно быть отвергнуто, такъ какъ оно коренится на неправильномъ чтеніи въ L. 62. §. 1. D. de R. V. (6,1) слова *fruiturus viseto fructus sit*. Savigny, System, т. VI. стр. 114—116. *Прим. изд.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

даря какому-нибудь *jus in re*, или когда истецъ, договоромъ съ нимъ заключеннымъ, обязался оставить ему вещь. Такого рода эксцепція называется *exceptio rei venditae et traditae*. Она имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда виндицируемая вещь истцемъ (или авторомъ его) была передана (*tradit*) отвѣтчику *ex justa causa*, но право собственности не перешло къ нему вслѣдствіе какого-либо особаго препятствія, напр. отъ того, что традентъ въ то время не былъ собственникомъ вещи, или что цѣна ея не была уплачена и сдѣлка не была совершена въ кредитъ.

Exceptio doli допускается противъ требованія затратъ на вещь, подлежащую возвращенію. Возмѣщеніе такихъ затратъ, сдѣланныхъ владѣльцемъ изъ собственныхъ денегъ, зависитъ отчасти отъ добросовѣстности или недобросовѣстности владѣнія, отчасти отъ свойства самыхъ расходовъ. Въ послѣднемъ отношеніи различаются: 1) *impensae necessariae*, т. е. такіе расходы, которые необходимы для сохраненія вещи въ цѣлости, *quae si facta non essent, res aut peritura aut deterior futura sit*, таковы напр. расходы на прокормленіе животнаго, на ремонтъ зданія, на постройку кладовыхъ для склада хлѣба; 2) *impensae utiles*, т. е. такіе, которые увеличиваютъ доходъ и пользу отъ вещи, *quae meliorem rem faciunt*, напр. возведеніе новыхъ построекъ, или расширеніе прежнихъ и т. д. (*Culturaufwand*); 3) *impensae voluptuariae, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent*. Украшеніе дома можетъ относиться напр. къ *impensae utiles*, когда онъ назначенъ для отдачи внаймы, во всѣхъ же другихъ случаяхъ это будетъ *impensae voluptuariae*, къ которымъ вообще относятся всѣ затраты, не подходящія къ первымъ двумъ категоріямъ. *Impensae necessariae* возвращаются каждому владѣльцу, который кромѣ того имѣетъ право удержать у себя самую вещь до возвращенія ему этихъ издержекъ. Если эти расходы сдѣланы въ счетъ плодовъ, то они составляютъ минусъ изъ количества собранныхъ плодовъ. Поэтому не принимаются въ расчетъ напрасныя издержки, т. е. когда напр. плоды не были собраны. Исключеніе изъ этого общаго правила представляется лишь для вора, которому даже не возвращаются *impensae necessariae*.

Impensae utiles возвращаются добросовѣстному владѣльцу, за исключеніемъ того случая, когда эти расходы такъ велики, что просто недоступны для собственника вещи; тогда они признаются какъ бы *impensae voluptuariae*. Недобросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ права на вознагражденіе, а имѣетъ лишь *jus tollendi*, т. е. право взять все имъ пристроенное обратно, подъ тѣмъ однако условіемъ, чтобы все то, что онъ мо-

жетъ взять обратно, имѣло для него известную цѣну; цѣну эту собственникъ вещи можетъ ему уплатить и тѣмъ устранить означенное *jus tollendi*.

Impensae voluptuariae не возвращаются никогда; упомянутое *jus tollendi* имѣетъ мѣсто и здѣсь, также подъ тѣмъ условіемъ, что истецъ можетъ устранить это право уплатою той цѣны, которую имѣли бы улучшения послѣ ихъ отдѣленія.

Бъ затратамъ, подлежащимъ возвращенію, можетъ относиться цѣна продажи, которую заплатилъ владѣлецъ вещи, если благодаря этой покупкѣ вещь сохранилась въ цѣлости. Кроме этого случая не существуетъ обязанности возвращенія и владѣлецъ долженъ имѣть дѣло съ тѣмъ лицомъ, которое ему продало вещь; хотя все-таки исключается тотъ случай, когда цѣна продажи поступила въ имущество истца и тѣмъ сдѣлала его богаче.

2. *negatoria in rem actio*.

§ 172.

Искъ этотъ употребляется при частичномъ нарушеніи права, напр. при произвольномъ присвоеніи себѣ какимъ-нибудь лицомъ сервитута или при всякомъ другомъ дѣяніи его, препятствующемъ полному осуществленію права собственности истца, напр. исключительному пользованію собственною вещью, его. Какъ въ *rei vindicatio* не представляется необходимости въ притязаніи отвѣтчика на право собственности надъ вещью такъ и для *actio negatoria* вовсе не требуется, чтобы отвѣтчикъ въ подтвержденіе своего права на вещь истца ссылался непременно на сервитутъ, хотя на самомъ дѣлѣ это почти всегда такъ и бываетъ, вслѣдствіе чего въ положительномъ правѣ *actio negatoria* всегда упоминается въ связи съ сервитутами напр. въ узаконеніи о возможности охранять сервитутъ посредствомъ *actio negatoria* или *actio confessoria*. Такое постановленіе отнюдь не слѣдуетъ понимать слишкомъ исключительно.

Въ случаѣ присвоенія себѣ отвѣтчикомъ такого личнаго сервитута, осуществленіе котораго находится въ связи съ держаніемъ вещи (*detentio*), возможно столкновеніе разсматриваемаго иска съ *rei vindicatio*: 1) когда отвѣтчикъ утверждаетъ, что онъ владѣетъ отъ имени истца, то допускается лишь *rei vindicatio* 1), 2) при заявленіи же съ его стороны о владѣніи

1) Ср. противъ этого § 168, прим. 1. стр. 440.

Прим. изд.

отъ имени какого-либо третьяго лица, допускается не только *rei vindicatio*, но и *actio negatoria*.

Цѣль этого иска вообще—охранить свободу вещи, *vindicatio libertatis*. Понятіе это отрицательное, отъ того и самая *intentio* иска, отъ которой онъ получилъ свое названіе, отрицательная: *jus ei non esse hoc facere*. Эта цѣль иска была неоднократно смѣшиваема съ основою его, при чемъ утверждали, что послѣднею является свобода права собственности. Но эта свобода сама по себѣ—не право, а лишь одно, и притомъ отрицательное, свойство права собственности.

Вслѣдствіе этого заблужденія возникъ и долгое время продолжался споръ относительно обязанности представлять доказательства. Истецъ здѣсь также обязанъ подтвердить доказательствами основу своего иска—въ той мѣрѣ, въ какой она отрицается противною стороною; если онъ этого не сдѣлаетъ, то, благодаря *commodum possessoris*, побѣда останется за ответчикомъ, хотя бы тотъ съ своей стороны не доказалъ ничего. Основою иска, подлежащую доказательству, многіе считали свободу права собственности, при чемъ необходимость этого доказательства устраняли презумціей наличности этой свободы; но презумція эта не имѣла мѣста въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ являлся владѣльцемъ оспариваемаго права и т. п., при чемъ ссылались на нѣкоторые законоположенія, которыя, впрочемъ, не относятся къ занимающему насъ вопросу. Такъ, въ первомъ ¹⁾ идетъ рѣчь объ обязанности представленія доказательствъ, а не о предметъ, подлежащемъ доказыванію (*Beweisthema*): если сервитутомъ въ данное время владѣть извѣстное лицо, то оно можетъ заставить своего противника выступить въ качествѣ истца и тѣмъ обязать его представить доказательства его права собственности. Во второмъ ²⁾ же идетъ

¹⁾ L. 8. §. 3. D. si serv. (8,5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustinere, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutum sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

²⁾ L. 15. D. de O. N. N. 32,1: Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, et non defendente similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de juresuo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

рѣчь о двухъ, противостоящихъ другъ другу, *actiones confessoriae* (ср. § 184).

Въ настоящее время господствуетъ слѣдующее, по нашему мнѣнію, правильное воззрѣніе. *Actio negatoria* отличается отъ *rei vindicatio* не основою своею, а поводомъ; какъ тотъ, такъ и другой исъ имѣютъ своимъ предметомъ право собственности; основою исъа, подлежащему доказыванію, является именно это право. *Onus probandi* обусловливается тѣмъ, предъявляетъ ли одна сторона *actio negatoria*, или же другая сторона выступаетъ съ своею *actio confessoria*; эта послѣдняя уже не можетъ отрицать свое право собственности и тѣмъ принудить первую въ представленіи доказательствъ. Это обстоятельство не имѣетъ никакого значенія для доказательства: если отвѣтчикъ ссылается на сервитутъ, какъ на право ему принадлежащее, то такая ссылка представляется, съ матеріальной точки зрѣнія, экцепціей, которая и должна быть имъ доказана.

Цѣлью разсматриваемаго исъа является прежде всего устраненіе правонарушенія т. е. возстановленіе первоначальнаго положенія вещей, вѣдѣствіе чего требуется *cautio verbalis*. Кроме того *actio negatoria* имѣетъ свою цѣлью—вознагражденіе истца за понесенные вредъ и убытки и запрещеніе дальнѣйшаго правонарушенія. — Практика допустила, въ случаѣ повторенія нарушенія послѣ наказанія по суду, установленіе особой *cautio realis: de non amplius turbando*.

Просительный пунктъ этого исъа слѣдующій: обязать отвѣтника подъ страхомъ извѣстнаго наказанія воздерживаться отъ всякихъ нападѣній на право собственности истца, а именно не ходить по его земельному участку и пр., и кроме того вознаграждать его за всѣ понесенные вредъ и убытки ¹⁾.

¹⁾ Объясненія автора стоятъ въ тѣсной связи съ установленнымъ имъ выше (§ 144) понятіемъ права собственности и потому требуютъ опроверженія: 1) основою разсматриваемой *actio negatoria* служитъ не право собственности—вопросъ о томъ, кому принадлежить вещь, вовсе не возбуждается, — а извѣстное *jus prohibendi* (право сопротивленія, запрещенія); 2) доказательства существованія этого *jus prohibendi* должны представить истецъ, если онъ въ данный моментъ не владѣетъ имъ (*de jure suo probare*), при чемъ право собственности, въ особенномъ же право общей собственности, считается отдѣленнымъ и посредственнымъ источникомъ возникновенія этого *jus prohibendi*; 3) это послѣднее предоставляется собственнику только противъ сервитута, но не по отношенію къ закладному праву, къ *superficies*, *emphyteusis* и къ притязаніямъ, основаннымъ на извѣстныхъ обязательственныхъ отношеніяхъ (*obligatorische Ausprüche*). Къ такому результату приводитъ нашъ же сравненіе формулъ, установленныхъ для *rei vindicatio* и *actio negatoria*, такъ и положеніе ихъ въ источникахъ римскаго права. Правильный взглядъ на нихъ особенно важенъ при *res judicata*. *Прим. ред.*

B. Publiciana in rem actio.

§ 173.

Належащимъ образомъ совершившаяся usucapio превращаетъ бонитарное право собственности въ квинтиское, давностное владѣніе — въ собственность. Но до окончанія давностнаго срока признавалось правильнымъ и полезнымъ охранять владѣніе узукапента противъ притязаній со стороны посторонняго лица — неособственника, — не могущаго представить въ подкрѣпленіе своихъ требованій права, равнаго праву узукапента; при извѣстныхъ обстоятельствахъ представляется справедливымъ охранять этого послѣдняго противъ притязаній собственника узукапиремой вещи. Преторъ предоставилъ бонитарному собственнику, узукапенту, особую виндикацію — *Publiciana in rem actio*. Въ формулѣ ея заключалась фикція вполне оконченной usucapio, чѣмъ выражалось требованіе, чтобы она обсуждалось совершенно точно такъ же (заключеніемъ вопроса объ основѣ), какъ и настоящій искъ о правѣ собственности.

Различіе между ними заключается не въ назначеніи и цѣли, которыя тождественны въ обоихъ, но въ обоснованіи иска, а вслѣдствіе этого и въ доказательствѣ его. *Publiciana in rem actio* основывается на возможности (обыкновенной) usucapio. Она требуетъ:

1) Способности вещи быть приобретаемою посредствомъ давности (*Usucapionsfaehigkeit*). Въ случаяхъ невозможности настоящей usucapio, но когда допускается *longi temporis possessio*, — *actio Publiciana* примѣняется по аналогіи ¹⁾. Наличие этого условія не должна быть доказываема истцомъ; напротивъ, отвѣтчикъ обязанъ доказать его недостатокъ.

2) *Iusta causa*. Преторскій эдиктъ требуетъ традиціи *ex iusta causa*; но основой этого иска можетъ также, по моему мнѣнію, служить и первообразный титулъ владѣнія. Въ случаѣ, если извѣстный титулъ предоставляетъ лицу право собственности помимо приобретенія владѣнія (напр. отказъ по завѣщанію), то для *actio Publiciana* даже не требуется, чтобы истецъ былъ когда-либо владѣльцемъ; достаточно одной возможности сдѣлаться владѣльцемъ на основаніи этого титула. Поэтому при куплѣ-продажѣ не требуется даже *pretium solutum*, составляющее необходимое условіе приобретенія права собственности, а слѣдовательно и давностнаго владѣнія ²⁾.

¹⁾ L. 12. §. 2. 3. D. de Publ. in rem actione (6, 2).

²⁾ Это нигдѣ не сказано, да и вслѣдствіе неосновательно, такъ какъ уполн.

Въ римскихъ источникахъ есть два законоположенія ¹⁾, опредѣляющія послѣдствія покупки вещи у сумасшедшаго. Если у него будетъ куплена вещь безъ вѣдома о разстройствѣ его умственныхъ способностей, то покупатель можетъ узурпировать, но не *pro emptore*, а *pro suo*; одно изъ этихъ законоположеній признаетъ за покупателемъ право на *actio Publiciana*, другое—не признаетъ его на томъ основаніи, что купля-продажа недействительна. Это кажущее противорѣчіе нѣкоторые юристы считали необъяснимымъ, между тѣмъ какъ оно устраняется весьма легко. Въ первомъ законоположеніи, признающемъ право на *actio Publiciana*, разумѣется предъявленіе этого иска противъ традента (*replicatio rei venditae et traditae*), какъ это видно изъ дополнительныхъ опредѣленій закона.

3) *Bona fides*. Страннымъ представляется вопросъ: дѣлаетъ ли *mala fides superveniens* права на *actio Publiciana*? Искъ этотъ основывается на такомъ приобрѣтеніи вещи, при которомъ возможна *usucapio*. Условіемъ такого приобрѣтенія, а потому и условіемъ *actio Publiciana*, является *bona fides*, впрочемъ только въ виду начала приобрѣтенія. *Actio Publiciana* никогда не предполагаетъ продолжающейся *usucapio*; предъявленіемъ ея противъ владѣльца всегда прерывается теченіе земской давности ²⁾.

Опредѣленіе каноническаго права не имѣетъ на нее никакого вліянія; мы можемъ только сказать, что хотя теченіе земской давности прерывается, однако это не препятствуетъ самой *actio Publiciana*.

Доказательства истца должны быть направлены на *justa causa* и на традицію—въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдняя необходима для приобрѣтенія права собственности. Поэтому *actio Publiciana* представляется удобною и для собственника; такъ какъ онъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ посредствомъ нея легчайшимъ путемъ добиться того же, что дости-

покупателемъ цѣны продажи важна для продавца, а не для третьяго лица—собственника вещи. Продавецъ, конечно, имѣетъ право предъявлять противъ *actio Publiciana*—*exceptio non impleti contractus*. *Прим. изд.*

¹⁾ L. 7. §. 2. D. de Publiciana (6, 2): *Marcellus libro XVII. Digestorum scribit, cum, qui a furioso ignorans eum a furere emit, po se usucapere, ergo et Publicianam habebit.* — L. 2. §. 16. D. pro emt. (41, 4): *Si a furioso, quem putem sane mentis emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evicione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.*

²⁾ Авторъ хочетъ сказать, что предъявленіе *actio Publiciana* предполагаетъ предшествующее отнятіе владѣнія отвѣтчикомъ у истца, которое и прерываетъ теченіе земской давности. *Прим. изд.*

гается имъ посредствомъ *rei vindicatio*. Поэтому цѣлесообразно кумилировать оба эти иска, что и допускается на практикѣ.

Здѣсь возникаетъ вопросъ: при какихъ именно обстоятельствахъ имѣетъ мѣсто такое соединеніе обоихъ исковъ и насколько съ другой стороны ¹⁾ возможно отдѣльное примѣненіе виндикаціи?

Если бы вездѣ истецъ достигалъ своей цѣли посредствомъ *actio Publiciana* такъ же удобно, какъ и посредствомъ *rei vindicatio*, и на оборотъ, если бы въ случаяхъ бесполезности *actio Publiciana* бесполезною представлялась бы и виндикація, то это соответствовало бы полному уничтоженію послѣдней первою. Но этого на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Нѣкоторые же новые юристы провели различіе примѣненія обоихъ исковъ на практикѣ слишкомъ далеко, установивъ такое различіе тамъ, гдѣ его вовсе не существуетъ.

1) *Publiciana* вполне замѣняетъ виндикацію, когда отвѣтчикъ *infirmiore jure possidet*, т. е. когда онъ не является также давностнымъ владѣльцемъ.

2) *Actio Publiciana* представляется менѣ дѣйствительною, чѣмъ виндикація, если отвѣтчикъ есть также давностный владѣлецъ. *Exceptio bonae fidei possessionis* защищаетъ отвѣтчика лишь противъ перваго изъ означенныхъ исковъ, а не противъ втораго (кромѣ впрочемъ случая соединенія ея съ *exceptio rei venditae et traditae*), *in pari causa melior est conditio possidentis*. И такъ здѣсь виндикаціи не можетъ быть замѣнена публицианскимъ искомъ.

3) Обыкновенно говорятъ, что *actio Publiciana* менѣ дѣйствительна противъ собственника вещи, чѣмъ *rei vindicatio*; но это не вѣрно. Одно простое заявленіе отвѣтчика о томъ, что онъ—собственникъ вещи—*exceptio dominii*—не парализуетъ дѣйствія разсматриваемаго иска; такое послѣдствіе имѣетъ лишь полное доказательство этого заявленія: истцу отказываютъ въ искѣ лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ надлежащимъ образомъ докажетъ свою *exceptio dominii*. Но совершенно тѣ же самыя послѣдствія будутъ въ случаѣ предъявленія виндикаціи: доказательство права собственности со стороны отвѣтчика разрушаетъ всѣ доводы истца и имѣетъ своимъ послѣдствіемъ отказъ въ искѣ. Наоборотъ, если отвѣтчикъ надлежащимъ образомъ не докажетъ своего права собственности, то, будетъ ли предъя-

¹⁾ Parbs, cit. стр. 65, вмѣсто словъ: „съ другой стороны“—*daggan*—употребляетъ слово „притомъ“—*danben*. Но, по нашему мнѣнію, авторъ имѣлъ въ виду не стеченіе или соединеніе исковъ, а коллизію между ними.

Прим. изд.

влена *actio Publiciana* или *rei vindicatio*—все равно, побѣда остается за истцомъ.

Даже бывають такіе случаи, когда *Publiciana in rem actio* оказывается дѣйствительною противъ собственника вещи, между тѣмъ какъ виндикація осталась бы недѣйствительною; именно—когда *exceptio dominii* парализируется посредствомъ *replicatio doli*; когда напр. *res vendita et tradita* или иное какое-либо обязательственное основаніе возлагають на собственника вещи обязанность предоставить ее истцу, напр. въ случаѣ *poxae deditio* какой-либо вещи такимъ лицомъ, которое не имѣетъ на нее права собственности. Означенная *replicatio* направляется также противъ всякаго лица, производящаго свое право отъ собственника вещи. Если бы въ этомъ случаѣ истецъ предъявилъ виндикацію, то на немъ лежала бы обязанность представить доказательства права собственности; исполнить это онъ бы не могъ и потому уже долженъ былъ бы проиграть дѣло, при чемъ о репликахъ вовсе не было бы и рѣчи, такъ какъ реплики допускаются только противъ эксцепціи, здѣсь же отвѣтчикъ могъ бы ограничиться простымъ отрицаніемъ.

Actio Publiciana допускается не только въ смыслѣ виндикаціи вещи, но и въ качествѣ *negatoria in rem actio*. Въ этомъ случаѣ также необходимо предоставить собственнику облегченіе доказательства его права, такъ какъ весьма возможно, что отвѣтчикъ будетъ отрицать оное изъ желанія затянуть, запутать дѣло. Необходимость эта чувствовалась еще въ средніе вѣка. Но обыкновенно въ удовлетвореніи ея заходили слишкомъ далеко, напр. требовали простаго (*bosz*) владѣнія, или одного удостовѣренія права собственности, что представляется не только матеріальною несправедливостью, такъ какъ должно имѣть въ виду, чтобы отвѣтчикъ не былъ тревожимъ лицомъ, не имѣющимъ никакого на то права, но и политическимъ произволомъ, не имѣющимъ ни малѣйшаго внутренняго основанія. Практика ближе подошла къ дѣйствительности, установивъ требованіе удостовѣренія *давностнаго владѣнія*; впрочемъ и она погрѣшила въ томъ отношеніи, что требуетъ *простаго* удостовѣренія, а не полнаго доказательства. Правильнымъ представляется, по моему мнѣнію, допустить такую *actio Publiciana negatoria*, въ которой истецъ обязанъ бы былъ представлять тѣ же доказательства, какъ и при обыкновенной *actio Publiciana* ¹⁾. Это приведетъ къ желанной цѣли, если только отвѣтчикъ не докажетъ, что лицо, отъ котораго онъ производитъ свое право, было

¹⁾ Cp. Puchta, Ueber die Negatorienklage, Rhein. Mus. I, стр. 165.

также давностнымъ владѣльцемъ; въ этомъ послѣднемъ случаѣ истецъ долженъ будетъ предъявить обыкновенную *actio negatoria* и доказывать свое право собственности на вещь.

Въ просительномъ пунктѣ (*petitum*) иска *Publiciana* обыкновенно *bonae fidei possessio* обозначается терминомъ *quasi-dominium*. Поэтому при виндикаціи требуется признаніе принадлежности истцу права собственности *vel quasi* и пр.; при *actio negatoria*—признаніе обязанности отвѣтчика воздерживаться отъ нарушенія права собственности—*vel quasi* истца и пр. Въ обоихъ случаяхъ *petitum* представляетъ кумуляцію *actio Publiciana* съ исками о правѣ собственности.

ГЛАВА III.

Superficies et Emphyteusis.

§ 174—177.

Есть два рода *sura in re*, имѣющихъ большое сходство съ правомъ собственности, какъ по обширности ихъ содержанія, такъ и потому, что они не ограничиваются однимъ какимъ либо субъектомъ, а представляются отчуждаемыми и наследственными. Такая аналогія между ними и правомъ собственности распространяется даже на ихъ охраненіе—посредствомъ *utilis in rem actio*, которая въ отношеніи повода и цѣли, но не въ отношеніи обоснованія, обсуждается совершенно такъ же, какъ искъ о правѣ собственности. Сходство это вызвало еще у древнихъ римскихъ юристовъ сомнѣніе, не слѣдуетъ ли обсуждать эти права, какъ право собственности. Сомнѣніе это возобновлялось неоднократно со времени среднихъ вѣковъ. Прежде господствовало мнѣніе, будто эти права слѣдуетъ считать за *dominium utile*; нынѣ это мнѣніе всѣми оставлено.

Права эти слѣдующія:

1) *Superficies*,—право на постройку, предоставляющее субъекту его полное распоряженіе суперфициемъ, при чемъ господство это не распространяется на почву. Сомнѣніе относительно свойствъ этого права устраняется здѣсь логической невозможностью примѣнить къ нему понятіе права собственности: суперфициарій могъ бы только въ томъ случаѣ считаться собственникомъ, если бы было возможно отдѣльное право собственности на суперфицій—безъ почвы, на которой онъ стоитъ.

2) *Emphyteusis*,—право на назначенный для земледѣлія земельный участокъ, съ властью полного пользованія имъ, сопровождаемою даже фактическимъ владѣніемъ—*corporeis possessio*¹⁾, такъ что бытіе чужаго права собственности на этотъ участокъ познается лишь по нѣкоторымъ обязанностямъ, которыя лежатъ на эмпитевторѣ по отношенію къ собственнику. Новѣйшій эмпитевзисъ примыкаетъ къ древнѣйшему, подобному же

¹⁾ Ср. противъ этого §. 12^b, прил. 5, стр. 330.

Прим. изд.

отношенію—къ владѣнію такъ называемымъ *ager vectigalis*. Подъ *agri vectigales* разумѣлись такія государственныя земли, которыя отдавались во владѣніе и пользованіе частныхъ лицъ за извѣстную пошлину—*vectigal*; въ позднѣйшее время этия именовъ назывались земли, отданныя городскимъ общинамъ и коллегіямъ священнослужителей и сохранившія свое назначеніе—служить для раздачи частнымъ лицамъ за извѣстное *vectigal*. Основныя начала пользования этими землями были впоследствии применены къ тѣмъ эмпитевзисамъ, которые образовались въ итальяхъ не только государей и церковей, но и богатыхъ частныхъ собственниковъ. Въ это время между римскими юристами уже возникло мнѣніе, будто владѣльцы этихъ *agri vectigales* суть собственники ихъ; хотя оно вскорѣ было отвергнуто, но оно появилось вновь во времена христіанскихъ императоровъ—по отношенію къ эмпитевзисамъ. Всѣдствие этого императоръ Зеновъ, въ специально для этого изданномъ законѣ ¹⁾, опредѣлилъ, что установленіе эмпитевзиса не должно считаться ни перенесеніемъ права собственности съ одного лица на другое, ни даже простымъ обязательствомъ (или какъ онъ выражается: ни продажей, ни обыкновенной отдачей въ аренду), но чѣмъ-то третьимъ, а именно—особымъ *jus in re* ²⁾.

Въ обоихъ указанныхъ юридическихъ отношеніяхъ вещное право связано съ извѣстнымъ обязательствомъ, такъ что каждое лицо, приобретающее одно изъ этихъ правъ, вступаетъ въ обязательство съ собственникомъ и наоборотъ каждый приобретающій права собственности—въ обязательство съ суперфициаріемъ или эмпитевзоромъ. Существующее здѣсь обязательство составляетъ содержаніе этого отношенія, принадлежащее въ области *jus civile*; вещное же содержаніе присоединено къ нему преторскимъ правомъ. Такъ преторъ прежде всего предоставилъ ему охраненіе посредствомъ интердиктовъ, котораго не имѣютъ исключительно-обязательственныя юридическія отшенія: *int. de superficie, de loco publico fruendo* ³⁾, и по-

¹⁾ L. 1. C. de jure emphyt. (4,66).

²⁾ Законъ этотъ имѣетъ болѣе специальную и практическую цѣль, чѣмъ разрѣшеніе такого элементарнаго вопроса, который не находится ни въ какой непосредственной связи съ споромъ о наличности купли-продажи или аренды и который еще во время влассическихъ юристовъ былъ разрѣшенъ въ смыслѣ существованія *jus in re*. См. §. 125, прим. 5. Определеніе закона касается лишь *periculum*: эмпитевзоръ не долженъ страдать отъ погрѣби вещи, подобно покупателю, и совершенно быть свободнымъ отъ ущерба—подобно арендатору, но онъ долженъ нести ответственность лишь за порчу вещи.

Прим. изд.

³⁾ Этотъ интердиктъ сюда не относится; онъ служитъ не для защиты владѣнія земельнымъ участкомъ, отданнымъ за извѣстное *vectigal*, а для защи-

средством *utilis in rem actio: de superficie vectigalis (emphyteuticaria)*.

При superficies обязательственное отношение определяется тем юридическою сделкою, которою устанавливается это *jus in re*. Такою сделкою можетъ быть 1) отдача внаймы существующаго строения; но вещное право признается здѣсь лишь въ томъ случаѣ, когда строеніе отдается внаймы навсегда или по крайней мѣрѣ на весьма долгій срокъ; 2) отдача внаймы земли для возведенія на ней суперфеціи (*solarium*); здѣсь всегда слѣдуетъ признавать наличность извѣстнаго вещнаго права. Впрочемъ суперфеціей устанавливается также посредствомъ покупки (ограничивающейся именно этимъ правомъ), даренія, завѣщанія и пр. Договоръ, обуславливающий возникновеніе обязательства, признается достаточнымъ для возникновенія вещнаго права, находящагося съ нимъ въ такой тѣсной связи. Нѣкоторые юристы вполне произвольно и ошибочно требовали совершенія традиціи; заблужденіе это коренится въ признаніи традиціи всеобщимъ способомъ возникновенія вещныхъ правъ. Путемъ земскою давности superficies возникать не можетъ; но за то мыслимъ переходъ его отъ одного лица къ другому вслѣдствіе *usucapio*.

По самому свойству разсматриваемаго права оно должно прекращаться съ уничтоженіемъ строения (уничтоженіе суперфеціи, въ естественномъ смыслѣ слова, разрушаетъ суперфецію—какъ право). Въ случаѣ вторичнаго возведенія постройки прежній суперфеціи не возобновляется, а является новый, напр. при отдачѣ земли на извѣстное время съ цѣлью постройки зданія. Прежній суперфеціарій не имѣетъ права на матеріалъ разрушившагося зданія, хотя бы онъ самъ построилъ его. Право суперфеціарія имѣетъ своимъ объектомъ лишь всю *universitas*.

Въ практической примѣнимости разсмотрѣннаго юридическаго института въ настоящее время не можетъ быть никакого сомнѣнія.

Эмфитевзисъ возникъ изъ аренднаго договора. Онъ отличается отъ обыкновенной аренды продолжительностью своего бытія и своимъ вещнымъ характеромъ, связаннымъ съ обязательствомъ. Такое свойство эмфитевзиса не потерпѣло никакихъ измѣненій вслѣдствіе изданія закона Зенона (см. выше). Такимъ происхожденіемъ эмфитевзиса опредѣляется характеръ этого юридическаго отношенія, которое отнюдь не должно быть смѣ-

тн откупщика (*publicanus*), взявшаго въ аренду сборъ пошлинъ (*vectigal*).
Прим. ред.

шваемо съ подобными же отношеніями туземнаго германскаго права ¹⁾, къ которымъ весьма часто по ошибкѣ приѣняли римскіе принципы.

Этотъ особенный характеръ эмантевзиса, опредѣляемый римскими законами, заключается въ томъ, что установленіе эмантевзиса со стороны собственника земли не должно считаться умаленіемъ его имущества, точно такъ же, какъ не умалется оно вслѣдствіе отдачи земли въ аренду; а равно и приобрѣтеніе его эмантевзоромъ (бесплатно) не должно считаться обогащеніемъ его. Онъ является только поводомъ къ труду. Поэтому всегда предполагается, что praestationes эмантевтора назначены именно такимъ образомъ, чтобы достигался означенный результатъ. На эмантевтора ²⁾ лежатъ слѣдующія главные обязанности: уплата государственныхъ налоговъ и представленіе квитанцій во взносъ ихъ ежегодно собственнику земли, и уплата послѣднему известной суммы за каждый годъ пользованія землей (сапон, пенсіо); канонъ этотъ имѣетъ характеръ арендной платы и поэтому не взимается въ тѣхъ случаяхъ, когда плоды отъ земли уничтожены какимъ-либо несчастіемъ ³⁾.

Эмантевзисъ можетъ быть предметомъ возмезднаго отчужденія со стороны эмантевтора лишь настолько, насколько онъ имъ улучшенъ, насколько земля, находясь во владѣніи эмантевтора, сдѣлалась плодороднѣе и приноситъ больше выгоды. Эти-то улучшения (Meliorationen) и продаются эмантевзоромъ. Этихъ улучшеній то обстоятельство, что здѣсь, такъ же какъ и въ арендѣ, невозможна derelictio. Данное юридическое отношеніе продолжительнѣе аренды; поэтому казалось справедливымъ предоставить собственнику земли еще нѣкоторыя особыя права, а именно право преимущественной покупки вслѣдствіе котораго эмантевторъ обязанъ сообщать собственнику земли о предполагаемой имъ продажѣ эмантевзиса (т. е. его улучшеній), право требовать себѣ известную долю продажной цѣны эмантевзиса при переходѣ его къ другому лицу путемъ сингулярнаго преемства (доля эта называется Handlohn, laudemium и опредѣляется по закону въ 2% съ цѣны продажи, если она не была установлена особымъ соглашеніемъ).

Эмантевзисъ ³⁾ устанавливается посредствомъ завѣщанія или договора; нигдѣ въ законахъ не требуется традиціи, какъ условія возникновенія вещнаго права. Отступленія отъ установлен-

1) Ср. Gerber, Sytem des deutschen Privatrechts. §. 138.

Прим. изд.

2) Изъ Пандектъ.

3) L. 15. §. 4. D. loc. (19,2).

наго закономъ содержанія эмантевтическаго права могутъ имѣть мѣсто только вслѣдствіе облеченнаго въ письменную форму соглашенія сторонъ; кромѣ того письменный договоръ необходимъ для установленія эмантевзиса на церковныхъ земляхъ. Земская давность не можетъ служить способомъ установленія эмантевзиса, но уже существующее эмантевтическое право можетъ путемъ давности переходить отъ одного лица къ другому. *Emphyteusis* превращается, кромѣ общихъ способовъ прекращенія права (гибели вещи, *confusio*, истечения назначеннаго срока и взаимнаго соглашенія), вслѣдствіе смерти эмантевтора—безъ назначенія наследника (*unbeerbt*) и вслѣдствіе присвоеннаго собственнику права отнятія земли у эмантевтора (*privatio*)—за совершенную имъ продажу эмантевзиса безъ объявленія о томъ собственнику, за сокрытіе цѣны продажи съ цѣлью уменьшати слѣдующій собственнику *laudemium*, за трехлѣтнее неисполненіе лежащей на немъ обязанности платить государственные налоги и вносить собственнику земли слѣдующій ему канонъ (при эмантевтическомъ владѣніи церковными землями срокъ этотъ сокращается до двухъ лѣтъ) и наконецъ за истощеніе земли (*Deterioration*).

Взглянувъ хорошенько въ характеръ рассматриваемаго института, приходится сказать, что онъ устарѣлъ для настоящаго времени. Юридическія отношенія, имъ устанавливаемая, представляются теперь обыкновенною арендою; вещныя же права, связанныя съ нею, утратили свой прежній характеръ; они обуславливаютъ обогащеніе субъекта эмантевтическаго права, а потому естественно должны остаться безъ примѣненія главнѣйшаго постановленія римскаго права, въ основѣ которыхъ лежатъ совершенно иныя экономическія условія эмантевтическихъ отношеній.

ГЛАВА IV.

СЕРВИТУТЫ.

I. Основные начала.

§ 178.

Вещь считается свободною, когда она подчинена лишь власти собственника, служебною (*dienstbar*),— когда она подчинена еще какому-либо другому лицу. *Res servit*, собственно говоря, служитъ выражениемъ каждаго *jus in re*; но оно спеціально при-своено одному виду вещныхъ правъ—именно сервитутамъ¹⁾—на томъ основаніи, что этотъ видъ былъ прежде единственнымъ принадлежащимъ къ области *jus civile*. Онъ, подобно двумъ вышерассмотрѣннымъ видамъ, касается пользованія вещью, но лишь съ тою разницею, что *jus civile* не допустило такого полного и продолжительнаго отдѣленія права пользованія отъ права собственности²⁾

¹⁾ Авторъ въ учебникѣ определяетъ сервитуты слѣдующимъ образомъ: Это—права на чужія вещи, состоящія въ пользованіи ими и принадлежащія индивидуально-опредѣленному субъекту: лицамъ—личные сервитуты, *servitutes personarum*, или вещамъ—земельные сервитуты, *servitutes rerum* s. *praediorum*. Эти послѣдніе, по свойству земельныхъ участковъ, дѣлятся на *serv. praed. urbanorum* и *rusticorum*.

²⁾ Въ обыкновенномъ представленіи сервитутовъ (напр. Бюхеля, *civilr. Ergoert.* 1846 г. т. I, стр. 288), какъ отдѣленныхъ составныхъ частей права собственности, при чемъ это послѣднее остается все такъ полнымъ, такъ что собственникъ, отдѣливъ отъ своего права малѣйшое уравниченіе, все такъ продолжаетъ обладать ими и они, по уничтоженіи сервитута, не становятся *res nullius*,—въ этомъ представленіи сервитутовъ заключается противорѣчіе, которое Эльверъ (*Elvers, roem. Servitutendehe, 1854 г., стр. 38, 41, 48, 52, 310*) старается устранить, замѣняя въ этомъ понятіи сервитутовъ уменьшеніе правъ собственности уменьшеніемъ самой вещи т. е. признавъ особую юридическую единицу, благодаря которой составляющее сервитуту свойство вещи представляется самостоятельною вещью, которая, будучи выдѣлена изъ главной и подчинена субъекту сервитута, обуславливаетъ право его „на отдѣленную соебное чужой физической вещи, представляемое особое самостоятельное вещью“ Но, по нашему мнѣнію, изъ неограниченной продолжительности права собственности вовсе не вытекаетъ,

Слѣдующіе три основныя принципа вытекаютъ изъ самой природы всѣхъ *jura in re*.

1) Невозможенъ сервитутъ на собственную свою вещь—*pu-li res sua servit*. По отношенію къ *res communis* это было бы возможно—при ограниченіи сервитута частями, принадлежащими другимъ, хотя такому обсужденію дѣла нерѣдко можетъ противостать самое свойство сервитута, невозможнаго по отношенію къ какой-либо *quota pars*. Это бываетъ при *usus* и реальныхъ сервитутахъ (впрочемъ модификацію представляетъ тотъ случай, когда сервитутъ уже существовалъ до принадлежности вещи нѣсколькимъ лицамъ; при этихъ условіяхъ сервитутъ можетъ продолжаться, но онъ отнюдь не могъ бы возникнуть, см. ниже § 190). Въ одномъ мѣстѣ римскихъ источниковъ ¹⁾, повидимому предполагается возможность приобрѣтенія сервитута по отношенію къ *res communis*; именно оно признаетъ право пробивать окна въ *paries communis*, устанавливая, что то лицо, которое не имѣетъ такого права, не можетъ пробить оконъ въ стѣнѣ, составляющей общую собственность нѣсколькихъ лицъ. Нѣкоторые пытались измѣнить (исправить?) самый текстъ цитаты (напр. *pariete caeco*, или *inlumini*), но эти исправленія ничѣмъ не оправдываются. По нашему мнѣнію возможно двоякое объясненіе этого мѣста. Или *jus luminis immittendi* означаетъ не сервитутъ, а особую опредѣленную обоюднымъ соглашеніемъ собственниковъ конструкцію (*Gestalt*) вещи, или же *paries communis* означаетъ не стѣну, составляющую общую собственность двухъ лицъ, а промежуточную стѣну (*брантмауеръ?*), которая можетъ принадлежать обоимъ сосѣдямъ *pro indiviso* и по отношенію къ которой, конечно, возможенъ сервитутъ. (Послѣднему объясненію слѣдуетъ, какъ намъ кажется, отдать предпочтеніе).

2) *Servitus servitutis esse non potest*. Это правило основы-

что сервитутъ составляетъ не часть этого права, а часть самой вещи (такъ какъ отдѣленіе дѣйствительной части вещи, хотя бы и фиктивное, было бы ограниченіемъ права собственности), а слѣдуетъ лишь, что онъ составляетъ не часть (въ юридическомъ смыслѣ) права собственности, а особое *jus heterogenum*, которое хотя и является производнымъ отъ собственности, но съ него не перенесено на другое лицо, L. 13. §. 2. D. de acceptil. (46,4), L. 25. pr. §. 1. D. de V. S. (50,16), L. 63. D. de usufr. (7,1). Эта отграниченная единица имѣетъ своимъ источникомъ иную потребность—найти и охранять объектомъ сервитута особую „бездѣльную вещь“, тогда какъ на дѣлѣ самый сервитутъ есть *res incorporealis* (т. е. право безъ тѣлеснаго субстрата), объектомъ которой все таки служитъ вещь тѣлесная. *Прим. смд.*

¹⁾ L. 40. D. de S. P. U. (8,2): *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerant, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse, respondi.*

вается, кроме общих свойств всех *jura in re*, на особенном характере сервитутовъ. именно на ихъ неотчуждаемости.

3) *Servitus in faciendo consistere non potest (nequit)*—обязанность собственника служебной вещи совершить какое-либо положительное действие не можетъ служить содержаниемъ сервитута и поэтому не можетъ быть предметомъ *vindicatio servitutis*, хотя этимъ обстоятельствомъ вовсе не исключается возможность принятія на себя собственникомъ сервитута обязательства *faciendi*; такое обязательство будетъ имѣть неопредѣленнаго субъекта—именно каждаго собственника вещи, напр. въ вотчинныхъ повинностяхъ (*Reallasten*), но это будетъ уже не сервитутъ. Часто утверждали, что хотя въ германскомъ правѣ существуютъ *servitutes in faciendo*, но что это не больше, какъ особенность римскаго права. Такое мнѣніе возникло лишь вслѣдствіе недостатка опредѣленныхъ понятій у германистовъ: вмѣсто того, чтобы выработать особые принципы для вотчинныхъ повинностей и затѣмъ создать особую теорію ихъ, многие предпочли, перескочивъ чрезъ главнѣйшіе основные принципы, примѣнить къ этимъ повинностямъ существующія и уже разработанныя правила сервитутовъ. Но такой образъ действий весьма опасенъ, такъ какъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи, понятіе вотчинныхъ повинностей приведетъ насъ назадъ къ подчиненности чловѣка, къ рабству и эти повинности представятъ намъ, подобно многимъ туземно-германскимъ юридическимъ отношеніямъ, обветшалымъ остаткомъ прежнихъ аномалій, восторгаться которыми было долгое время въ модѣ. Указанное въ началѣ рубрики основное правило является необходимымъ выводомъ а) изъ свойствъ сервитута, какъ особаго *jus in re*, т. е. какъ ограниченія собственника,—отдѣленнаго составнаго элемента права собственности. Поэтому въ разсматриваемомъ отношеніи есть только два класса сервитутовъ: *servitutis in patiendo*,—управомоченія къ извѣстнымъ положительнымъ дѣйствіямъ, *положительные* сервитуты, и *servitutes in non faciendo*,—управомоченія къ запрещенію извѣстныхъ дѣйствій, *отрицательные* сервитуты. См. выше о *jura in re* вообще. Положительнымъ дѣйствіемъ, составляющимъ содержание сервитута, можетъ быть признано предоставление лицу самой вещи, напр. въ личныхъ сервитутахъ передача вещи для ея *detentio*. Поэтому, если бы напр. собственникъ обязался исправить объектъ сервитута и сохранять его въ удовлетворительномъ состояніи, то это было бы предметомъ обязательства, а не предметомъ такъ наз. *actio confessoria*. При *servitus oneris ferendi* большинство римскихъ юристовъ признала собственника обязаннымъ исправлять стѣну или колонны

и даю для понужденія его *actio confessoria*, см. § 184. Тѣмъ не менѣе вышеуказанное основное правило не только не нарушено, а скорѣе подкрѣплено, такъ какъ исправленіе стѣны, а, въ случаѣ ея негодности, и возведеніе новой стѣны, слѣдуетъ считать выдачею служебной вещи; кромѣ того собственникъ можетъ отказаться отъ этой обязанности посредствомъ *delegictio*, причемъ онъ не обязанъ поддерживать (*stuetzen*) самое строеніе.

Особенный характеръ сервитутовъ заключается, какъ мы видѣли выше, въ томъ, что ими опредѣляется пользованіе вещью, притомъ только для удовлетворенія потребностей одного опредѣленнаго субъекта—лица или земельного участка (въ этомъ заключается отличіе сервитутовъ отъ *emphyteusis* и *superficies*). Для обозначенія такого ограниченнаго опредѣленнымъ субъектомъ пользованія существуетъ въ римскомъ правѣ особый терминъ *usus*, которымъ вообще и обозначается содержаніе сервитутовъ¹⁾. По объѣму своему *usus* этотъ можетъ быть болѣе или менѣе полнымъ (полный *usus*, или отдѣльные виды его), но онъ всегда подлежитъ вышеупомянутому ограниченію, заключающемуся въ назначеніи его на удовлетвореніе потребности одного опредѣленнаго субъекта.

Изъ такого понятія сервитута вытекають слѣдующіе три характеристическіе принципа этого вида правъ на чужую вещь.

1) Право по сервитуту не можетъ быть переносимо на другого субъекта, т. е. на другое лицо—въ личныхъ сервитутахъ, на другой земельный участокъ—въ сервитутахъ реальныхъ.

Такая переѣтна въ субъектѣ сервитута сдѣлала бы его совершенно другимъ правомъ, съ инымъ содержаніемъ; самый ицѣ былъ бы другимъ. Поэтому напр. большая разница: удовлетворяютъ ли своимъ потребностямъ посредствомъ моей вещи—Титъ или Семпроній, или же пользуется правомъ проѣзда по моей землѣ или правомъ выгона—одинъ земельный участокъ или другой. (Смѣна собственниковъ участка не можетъ считаться смѣною субъектовъ сервитута).

¹⁾ Мы затрудняемся признать вѣрность этого принципа, приведеннаго авторомъ во многихъ сомнительныхъ выводахъ (см. ниже), такъ какъ 1) содержаніе *servitutes praediorum urbanorum* почти не составляетъ *usus*, вслѣдствіе чего этотъ *usus* и не имѣетъ вѣдѣльческаго охраненія, а самый сервитутъ не превращается нутемъ *non usus*; 2) съ другой стороны во всѣхъ сервитутахъ встрѣчается понятіе *fructus*, L. 4. §. 2. D. *si serv.* (8, 5); 3) наконецъ *usus* этотъ имѣетъ въ разныхъ классахъ сервитутовъ различный объѣмъ (граніцы), такъ что невозможно, подобно Пухтѣ, считать за норму *minimum* этого объѣма при *servitutes praediorum*. Мнѣніе Пухты оспариваютъ Scherff, Ewers и Boecking. *Прим. изд.*

2) Не можетъ быть также переносимо простое осуществленіе права по сервитуту; эта невозможность основывается на самомъ содержаніи сервитута, который вслѣдствіе такого перенесенія потерпѣлъ бы измѣненіе; на основаніи этого разрѣшается (отрицательно) вопросъ о возможности осуществленія сервитута не субъектомъ его, а другимъ лицомъ. Впрочемъ это общее правило потерпѣло одно измѣненіе по отношенію къ тѣмъ личнымъ сервитутамъ, содержаніе которыхъ вышло за предѣлы одного usus,—заключая въ себѣ право пользованія плодами, право, не имѣющее ничего индивидуальнаго. Отступленіе это обусловило передаваемость осуществленія fructus'a. Но по отношенію къ самому праву на сервитутъ вышеуказанный основной принципъ непередаваемости сохранилъ свою силу. Ususfructus также не можетъ быть переносимъ на другое лицо, за исключеніемъ развѣ собственника земли, — причемъ впрочемъ самый сервитутъ уничтожается. Въ римскихъ источникахъ встрѣчается два постановленія ¹⁾, относящіяся къ передаваемости узуфрукта и находящіяся, по мнѣнію нѣкоторыхъ, во взаимномъ противорѣчьи; такъ первое безъ сомнѣнія опредѣляетъ, что цессія узуфрукта другому лицу (а не собственнику) не можетъ считаться уничтоженіемъ сервитута; это—просто недѣйствительная сдѣлка; вторая же цитата, по мнѣнію нѣкоторыхъ, устанавливаетъ совершенно иной принципъ. Но ошибочность этого мнѣнія очевидна при ближайшемъ разсмотрѣніи цитаты, въ которой слова: *sed ad dominum* должны быть связаны съ словами: *difficultas erit—mulieri* (предложенія *quoniam—transire—*вводныя). Такимъ образомъ вторая цитата означаетъ: вслѣдствіе непередаваемости узуфрукта на *extraneus*, т. е. на лицо не имѣющее права собственности, возникаетъ затрудненіе въ томъ отношеніи, что *dos* не можетъ быть возвращена женѣ, такъ что повидимому не остается никакого другаго исхода, какъ, въ виду невозможности для мужа сохранить узуфруктъ, передать его собственнику ²⁾.

1) §. 3. I. de usufr. (2, 4): — *item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur — L. 66. D. de jure dot. (23, 3): Si usufructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo rem'dii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

²⁾ Толкованіе автора не только опровергается самой конструкціей цитаты,

3) Сервитутъ не можетъ быть дѣлимъ, потому что самый usus нераздѣленъ. Поэтому невозможна принадлежность сервитута нѣсколькимъ лицамъ ни pro diviso, ни pro indiviso, а лишь in solidum; невозможно частичное приобрѣтеніе, ни частичная утрата сервитута (см. ниже). Исключеніе представляютъ тѣ личные сервитуты, въ которыхъ принимается въ расчетъ осуществленіе fructus и въ которыхъ самый fructus подлежитъ дѣленію.

II. Личные сервитуты.

A. Общій обзоръ.

§ 179.

Въ римскомъ правѣ встрѣчается четыре личныхъ сервитута: usus, ususfructus, habitatio и operae. Обыкновенное ученіе о сервитутахъ исходить отъ неправильнаго представленія взаимныхъ отношеній между этими четырьмя видами. Два послѣдніе вида—habitatio и operae—нерѣдко признавались простыми аномаліями; что же касается до первыхъ двухъ, то обыкновенно ususfructus считается нормальнымъ правомъ, а usus—отступленіемъ отъ него. На самомъ же дѣлѣ отношеніе между ними совершенно обратное.

Личный сервитутъ есть пользованіе вещью, предоставленное опредѣленному индивидууму—лицу,—usus; servitus usus есть истинный личный сервитутъ, и самъ по себѣ (an sich)—единственный; usus различается лишь по болѣе или менѣе ограниченному своему объему. Характеристичная черта этого servitus usus заключается въ ограниченіи его потребностями одного лица—субъекта—и въ непосредственномъ пользованіи безъ права обмѣна этого пользованія на какой бы ни то ни было эквивалентъ (это былъ бы уже fructus). Таково истинное понятіе личнаго сервитута, за предѣлами котораго собственно немислимъ никакой другой такой сервитутъ.

но и не устраняетъ затрудненія въ ея объясненіи, такъ какъ здѣсь необходимо при словѣ reversum прибавлять мысленно quandoque, что противорѣчитъ самой мысли юриста о немедленной consolidatio,—очевидной изъ заключительныхъ словъ: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum. По этому остается только признать действительное противорѣчіе между обими цитатами, объяснивъ мнѣніе Помпонія формальнымъ характеромъ, свойственнымъ самой in jure cessio. (Keller, roem. Civilprocessz, 1852 г., стр. 101, прим. 303). *Прим. изд.*

Нарушеніемъ этого предѣла, распространеніемъ понятія личнаго сервитута—является признаніе таковымъ *ususfructus*'а. Распространеніе это произошло вслѣдствіе соединенія съ понятіемъ личнаго сервитута такого содержанія, которое по своей природѣ весьма далеко отъ свойства этого сервитута, а именно—допущенія пользованія тѣми выгодами отъ вещи, которыя она доставляетъ въ силу своего естественнаго назначенія т. е. пользованія плодами. По отношенію къ плодамъ утратили свое значеніе ограниченія, заключавшіяся въ удовлетвореніи потребностей опредѣленнаго субъекта, въ самоличномъ сборѣ послѣднихъ субъектомъ и въ необходимости сбора ихъ *in natura*. Такое распространеніе вскорѣ было признано весьма удобнымъ въ интересахъ собственника служебной вещи; благодаря ему, открылась (напр. для завѣщателя) возможность предоставить какому-либо лицу въ пожизненное пользованіе всѣ дѣйствительныя имущественныя выгоды права собственности, со всѣми гарантіями, присвоенными сервитутамъ, не передавая ему самаго права собственности и не отнимая такового у своего наслѣдника.

Весьма понятно поэтому, что примѣненіе *ususfructus*'а сдѣлалось чаще простаго *usus*'а, какъ наиболѣе соответствующее потребностямъ гражданскаго оборота. Вслѣдствіе этого *ususfructus* болѣе разработанъ и выясненъ чѣмъ *usus*. Отсюда вывели, что *usufructus* былъ первымъ сервитутомъ, а *usus*—отступленіемъ, видоизмѣненіемъ его, тогда какъ на дѣлѣ отношеніе между ними совершенно обратное. Такимъ образомъ неправильность мнѣнія, будто *ususfructus*—нормальный сервитутъ, а *usus* изъятіе изъ него, вытекаетъ изъ самой внутренней природы сервитута ¹⁾.

Вопросъ о степени примѣнимости означенныхъ четырехъ личныхъ сервитутовъ къ настоящему юридическому быту также вызвалъ нѣсколько ошибочныхъ мнѣній и взглядовъ.

Нѣкоторые изъ германскихъ ученыхъ считали *nudus usus* вовсе непримѣнимымъ—на томъ лишь основаніи, что въ нѣмецкомъ языкѣ нѣтъ термина, точно соответствующаго этому понятію. Но это обстоятельство не можетъ, по моему мнѣнію,

¹⁾ По нашему мнѣнію, такое отношеніе между ними должно быть признано истиннымъ, какъ въ виду востановки *ususfructus*'а въ источникахъ римскаго права предъ *usus*'омъ, такъ и въ виду тѣхъ сомнѣній, которыя возбуждаетъ содержаніе тѣхъ называемаго *nudus usus*. Мнѣніе, высказанное авторомъ, является выводомъ изъ той неправильной, хотя и общепринятой, теоріи, которую мы уже пытались опровергнуть выше въ прим. 1. стр. 464.

Прим. изд.

служить препятствием, такъ какъ существуетъ возможность выразиться описательно, напр. я передаю кому-либо въ личное пользование свой домъ, безъ права отдачи его внаймы.

Возможность примѣненія usus'a подтверждаетъ примѣръ римскихъ юристовъ, которые не пренебрегали даже греческими словами для его обозначенія, напр. въ L. 10. §. 1. D. de usu (7,8): *Sed si heredes sit relicta, an usus sit videndum? Et Papinianus lib. VII responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum.*

Затѣмъ спрашивается, примѣняются ли habitatio и operae, какъ особые сервитуты? Подъ именемъ habitatio разумѣется право пользованія жилищемъ (Wohnung) т. е. usus или ususfructus; но habitatio должна считаться особымъ, третьимъ личнымъ сервитутомъ, если лицо, установившее это jus in re, употребило именно эти слова, а не названія первыхъ двухъ сервитутовъ. Habitatio представляетъ слѣдующія особенности: 1) она не утрачивается вслѣдствіе capitis deminutio субъекта, 2) habitator имѣетъ право отдачи жилища въ наемъ, но лишень права безвозмездно передавать пользование имъ другому лицу.

Operae servorum et animalium—какъ четвертый сервитутъ, имѣютъ своимъ предметомъ услуги чужихъ рабовъ, (личное) пользованіе чужимъ животнымъ. Онъ представляется близкимъ къ сервитуту usus и потому, по мнѣнію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, долженъ былъ относиться именно къ этому сервитуту. Operae представляютъ слѣдующія особенности: 1) разрѣшается отдача чужихъ рабовъ и животныхъ внаймы другимъ лицамъ; 2) сервитутъ этотъ не прекращается вслѣдствіе поп usus и capitis deminutio; 3) льгота переходитъ къ наследнику—въ случаѣ смерти легатарія до начала пользованія предоставленнымъ ему по завѣщанію правомъ. Существовало одно ошибочное мнѣніе относительно разсматриваемаго сервитута; такъ думали, что онъ не всегда уничтожается вслѣдствіе смерти субъекта. Вышеозначенное третье отступленіе показываетъ лишь, что возможенъ переходъ права на легатъ къ наследникамъ субъекта сервитута.

Поводомъ въ возникновенію двухъ послѣднихъ видовъ личныхъ сервитутовъ послужило употребленіе завѣщателемъ вмѣсто строго-юридическихъ словъ usus и ususfructus болѣе обыкновенныхъ выраженій habitatio и operae, и нежеланіе юристовъ примѣнить къ этимъ завѣщательнымъ распоряженіямъ принципы первыхъ двухъ сервитутовъ. Отсюда очевидно слѣдуетъ, что оба сервитута, возникшіе случайно отъ извѣстнаго своеобразнаго способа выраженій, должны само-собою считаться уста-

рѣвными для дѣйствующаго права и потому непримѣнными ¹⁾, кромѣ того было бы чрезвычайно трудно опредѣлить условія примѣненія habitatio и опегае, какъ особыхъ сервитутовъ. Тибо впрочемъ пытался дать такое объясненіе понятію habitatio по отношенію къ дѣйствующему праву, при которомъ примѣненіе ея было бы возможнымъ: онъ признаетъ характеристическою чертою этого понятія—намѣреніе оказать благодѣяніе, подаеніе (Almoſen). Но это объясненіе, соотвѣтствующее различію между отдачею внаймы и отдачею въ безмездное пользованіе, не можетъ быть примѣнено ко второму отступленію habitatio отъ сервитута usus и потому оказывается недостаточнымъ.

В. У с у с.

§ 180.

Usus есть истинный личный сервитутъ. Содержаніе его точно опредѣляется самымъ понятіемъ сервитута: пользованіе, предоставленное лично одному индивидууму; поэтому нѣтъ необходимости въ установленіи для него особенныхъ внѣшнихъ границъ съ цѣлью гарантіи интересовъ собственника вещи ²⁾. Сервитутъ этотъ представляетъ:

1) Пользованіе—въ томъ объемѣ, въ какомъ оно необходимо для удовлетворенія потребностей субъекта сервитута и того семейства, главою котораго онъ является и которое получаетъ отъ него средства къ жизни. Изъ этого пользованія не изымаются сборы плодовъ отъ животныхъ и растений, но право на плоды ограничивается лишь личными потребностями субъекта.

2) Пользованіе—натурой; право получать вмѣсто самаго пользованія извѣстный эквивалентъ составляетъ характеристическое свойство сервитута fructus, а не usus. Поэтому узарій не имѣетъ права продавать плоды, отдавать внаймы и вообще осуществлять свой usus посредствомъ какихъ-либо другихъ лицъ. Въ этомъ заключается напр. различіе между usua и ususfructus aedium.

¹⁾ Воеcking, Pand II. §. 168, прим. 2, говоритъ, что ни терминъ „Dienstbarkeit einer Wohnung“—австрійскаго права, ни le droit d'habitation—Наполеонова Кодекса не соотвѣтствуютъ римскому—habitatio, напр. въ отношеніи запрещенія отдачи жилища внаймы. Особого jus operagium не признаетъ ни одно изъ новыхъ законодательствъ. Общая причина неупоминанія этихъ двухъ сервитутовъ заключается въ исчезновеніи потребности имѣть такіе способы обезпеченія нуждающихся лицъ, которыя были бы независимы отъ status и capitis deminutio. *Прим. изд.*

²⁾ Ср. противъ этого стр. 464 прим. 1. *Прим. изд.*

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римскіе юристы распространяють права узуарія; но это бываетъ лишь при установленіи сервитута *usus* посредствомъ завѣщанія, когда существуетъ основаніе предполагать, что слишкомъ строгое ограниченіе права узуарія не будетъ соответствовать волѣ завѣщателя. Случаи эти ¹⁾— слѣдующіе: 1) при *usus aedium* узуарій вправѣ пользоваться домомъ самъ съ своимъ семействомъ, но можетъ отдавать внаймы тѣ комнаты, которыя ему не будутъ нужны [этого права онъ имѣть не будетъ, если *usus* приобретенъ имъ не по завѣщанію, а посредствомъ купли-продажи]; 2) при *usus silvae*, уполномочивающемъ субъекта пользоваться лѣсомъ—насколько это необходимо для его потребностей; узуарій, въ случаѣ такой отдаленности лѣса отъ его мѣстожительства, что пользованіе натурой представляется весьма неудобнымъ, даже невозможнымъ, имѣетъ право пускать этотъ лѣсъ въ продажу; 3) въ случаѣ отказа по завѣщанію пользованія лошадьми такому лицу, промысломъ котораго служитъ отдача лошадей внаймы, за нимъ должно быть признано право осуществлять свой промыселъ и по отношенію къ завѣщаннымъ животнымъ, если завѣщателю онъ былъ извѣстенъ. Но съ другой стороны *usus* можетъ подлежать извѣстнымъ ограниченіямъ вслѣдствіе изыятія изъ него нѣкоторыхъ отдѣльныхъ видовъ права пользованія, или вслѣдствіе примѣненія его къ одному какому-либо виду этого права. Такимъ образомъ посредствомъ *usus* можетъ быть предоставлено или пользованіе земли лишь извѣстнымъ, опредѣленнымъ способомъ, для одного какого-либо вида земледѣлія, или же такія права, которыя обыкновенно составляютъ содержаніе реальныхъ сервитутовъ, но въ данномъ случаѣ представляются со свойствами сервитутовъ личныхъ, напр. право выгона, право прохода, право пользоваться водою и пр. ²⁾). Скажемъ еще нѣсколько словъ объ отношеніяхъ узуарія къ собствен-

¹⁾ Ср. L. 2. §. 1., L. 8. 12. §. 4., L. 22. pr. D. de usu (7, 8).

²⁾ L. 14. §. 3. D. de alim. leg. (34, 1): *Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommissio, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommissio, quantum quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, pers. nae tamen ei (l. ejus), qui vicinus non est, (non inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvae premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Haec enim aqua personae relinquitur. Вътъ сомнѣнія, что здѣсь необходимо прибавить отрицательную частію, такъ какъ она требуется по самому содержанію цитаты.*

нику вещи, предоставленной ему въ пользование (Proprietar). Этотъ послѣдній лишенъ права пользования своею вещью въ той мѣрѣ, въ какой это право предоставлено узуарію (по отношенію къ плодамъ права обоихъ одинаковы и потому конкурируютъ), вслѣдствіе чего онъ не можетъ устанавливать на этой вещи какихъ-либо сервитутовъ. Исключеніе представляеть, конечно, установленіе такого сервитута, который не касается существующаго usus, относясь напр. только до fructus, такъ какъ этотъ послѣдній не предоставленъ узуарію; точно также можетъ собственникъ установить servitus altius non tollendi, такъ какъ узуарій не имѣетъ права ни надстраивать, ни перестраивать домъ, находящійся въ его пользованіи. Подтвержденіемъ этого положенія служить L. 15. §. 7. D. de usufr. (7,1) ¹⁾, гдѣ все, что сказано объ usufructus, вполне примѣняется и къ servitus usus; но какъ объяснить въ этой цитатѣ слова: ne quidem consentiente usufructuario? Собственникъ вещи не можетъ установить на ней новаго сервитута, узуарій же не можетъ сдѣлать этого потому, что право его неотчуждаемо ни вполне, ни по частямъ. Оба они вмѣстѣ также не могутъ сдѣлать того, что они не въправѣ совершить каждый въ отдѣльности,—до тѣхъ поръ, пока существуютъ препятствующія имъ юридическія отношенія. Можно было бы думать, что исходомъ изъ этого затрудненія является цессія права пользования, изъ котораго имѣетъ образоваться сервитутъ, собственнику служебной вещи; но это невозможно, потому что usus недѣлимъ. Такимъ образомъ установленіе сервитута при наличности usus'a возможно только посредствомъ цессіи всего этого usus собственнику вещи и послѣдующаго затѣмъ новаго установленія сервитута.

Usus ²⁾ уполномочиваетъ субъекта къ detentio вещи, но отнюдь не къ такому воздѣйствію на нее, которое бы измѣняло ея сущность, или нарушало интересы собственника. Кроме того собственникъ въправѣ требовать, чтобы узуарій при пользованіи вещью дѣйствовалъ какъ diligens paterfamilias и отнюдь не предпринималъ такихъ дѣйствій, которыя бы хоть сколько

¹⁾ L. 15. §. 7. D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitatem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitatem. Acquirere plane servitatem eum posse, etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem acquirere fundo servitatem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissæ, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitatem imponere potest.

²⁾ Изъ Пандектъ.

нибудь могли повредить вещи. Наконецъ узуарій обязанъ ко времени прекращенія своего права возвратить вещь неиспорченною и вознаградить собственника за тѣ поврежденія, которыя произошли по его винѣ. Въ силу этой обязанности, собственникъ вправе требовать обезпеченія посредствомъ поручителей—такъ-называемую *cautio usugagia*, о которой мы подробнѣе будемъ говорить въ слѣдующемъ параграфѣ.

C. Ususfructus.

§ 181.

Къ понятію *usus* ¹⁾, при пользованіи вещью, присоединяется иногда понятіе *fructus*. Этотъ сервитутъ даетъ узуфруктуарію исключительное право на всѣ произведенія и выгоды, доставляемая вещью и подходящія подъ понятіе плода (§ 37), безъ ограниченія одними личными потребностями субъекта и съ правомъ обихна на извѣстный эквивалентъ, передачи осуществленія другимъ лицамъ и съ правомъ залога. Таково понятіе *ususfructus*. Хотя слово *fructus* обозначаетъ то же самое, но особаго сервитута, носящаго это имя, нѣтъ. Возможно ли *fructus sine usu*? Установленіе такого *jus in re* посредствомъ *retentio usus*²⁾ невозможно, потому что иначе утратилось бы въ немъ характеристическое свойство сервитута и осталась бы одна аномалія ³⁾. Если въ завѣщаніи будетъ сказано, что *fructus* предоставляется лицу А, а *usus* лицу В, то это слѣдуетъ разумѣть въ томъ смыслѣ, что А получаетъ *ususfructus*, а—*usus* принадлежитъ ему одновременно съ В. Существованіе *fructus sine usu* возможно однако

1) Когда *usus* принадлежалъ уже прежде другому лицу; тогда фруктуарію принадлежитъ одинъ *fructus* до тѣхъ поръ, пока наконецъ къ нему не привзойдетъ и *usus*.

2) Когда узуфруктуарій цедируетъ *usus* собственнику. Вслѣдствіе этого *fructus* не теряетъ тотъ характеръ сервитута, который онъ имѣлъ прежде ³⁾.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Ср. стр. 464 прим. 1. Истинная причина заключается въ томъ, что приобращеніе плодовъ является невозможнымъ помимо *usus*²⁾, L. 14. §. 1—3. de usu (7, 8); по этой же причинѣ фруктуарію въ видѣ *accessio* предоставляется право прохода и другія *adminicula*, L. 2. §. 2. 3. D. si serv. (8, 5). Недостатокъ какого либо существеннаго элемента сервитутовъ въ легатѣ могъ бы имѣть своимъ послѣдствіемъ не *accessio usus*²⁾, а лишь уничтоженіе самаго завѣщательнаго отказа. *Прим. изд.*

³⁾ Авторъ (*Cursus der Inst.* II. §. 255) старается пособить дѣлу, допустивъ

Право узуфруктуарія ¹⁾ распространяется на тѣ плоды, которые еще не были приобрѣтены собственникомъ вещи (т. е. не были еще отдѣлены) ко времени возникновенія узуфрукта; напротивъ — плоды, оставшіеся несобранными (неприобрѣтенными) узуфруктуаріемъ ко времени окончанія узуфрукта, принадлежатъ собственнику вещи ²⁾. Такимъ образомъ все зависить отъ того, совершилось ли или не совершилось приобрѣтеніе плодовъ ко времени возникновенія или прекращенія узуфрукта. Но по отношенію къ юридическимъ плодамъ примѣняется другой принципъ: они распределяются по количеству дней, въ теченіи которыхъ лицу принадлежало право пользованія; со дня установленія и по день прекращенія узуфрукта они принадлежатъ узуфруктуарію, выгоды же, полученныя въ предшествующіе и позднѣйшіе дни—собственнику; но существуютъ такого рода юридическіе плоды, которые составляютъ собою эквивалентъ приобрѣтенія плодовъ естественныхъ; къ нимъ примѣняются основныя принципы принадлежности этихъ послѣднихъ, напр. арендная плата (Pachtzins). Если узуфруктъ оканчивается послѣ жатвы, то вся арендная плата достается узуфруктуарію или его наслѣдникамъ, если же до жатвы, то—собственнику земли (см. прим. 2).

Узуфруктуарій несетъ всѣ обязанности, связанныя съ вещью, такъ онъ платитъ подати обыкновенныя и экстраординарныя, обязанъ хранить вещь въ исправномъ видѣ, но можетъ освободиться отъ исполненія этой обязанности вслѣдствіе *derelictio* пользованія (кромя, впрочемъ, случая отвѣтственности за причиненный уже имъ вредъ).

Обширность правъ узуфруктуарія обуславливаетъ необходимость обезпечить право собственности того лица, къ которому

въ L. 13. §. 3. D. de acceptil. (46,4): Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito: liberatio non contingit. Si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere—перестановку словъ: cum possit usus sine fructu constitui передъ словами: usu debito; но такая перестановка не достигаетъ своей цѣли и противорѣчитъ положительному закону.

Прим. изд.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Ср. L. 58. pr. D. de usufr. (1, 1): Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quæsitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

имѣть въслѣдствіи возвратиться отдѣленный отъ него *usus fructus* и предотвратить незаконное, несправедливое осуществленіе этого послѣдняго. Необходимость эта тѣмъ больше, что *fructus* не имѣеть, подобно *usus* у, строго опредѣленнаго содержанія. Узуфруктуарій имѣеть право полнаго пользованія плодами, но онъ не долженъ *conditionem proprietatis deteriorem facere*. Отсюда слѣдуетъ:

1) Что вслѣдствіе осуществленія права пользованія вещью, бытію ея не должно угрожать никакой опасности ¹⁾.

2) Что самый способъ пользованія вещью не долженъ нарушать интересовъ собственника ея, т. е. не долженъ быть такимъ, чтобы вещь теряла свои отличительныя свойства, напр. *praedium urbanum* не должно быть обращено въ *rusticum* и наоборотъ. Вообще узуфруктуарій не можетъ предпринимать никакихъ существенныхъ измѣненій въ вещь, напр. не можетъ даже перестроить дома, хотя бы онъ въ данную минуту былъ вовсе необитаемъ. Другое дѣло, когда извѣстный земельный участокъ назначенъ для извлеченія возможно большей выгоды, такъ что самый способъ извлеченія вполне безразличенъ для собственника. Такимъ образомъ подъ извѣстнымъ условіемъ разрѣшаются значительныя перемѣны, напр. употребленіе извѣстнаго земельного участка для горнозаводской промышленности вмѣсто земледѣлія, лишь бы при этомъ не были нарушены интересы собственника ²⁾.

3) Что способъ пользованія вещью, только бы онъ не измѣнялъ самой вещи, вполне независимъ отъ произвола собственника. Напротивъ, объемъ пользованія вещью по отношенію къ плодамъ долженъ опредѣляться сообразно съ объемомъ правъ собственника. Граница эта необходима потому, что чрезмѣрное пользованіе вещью есть злоупотребленіе, обуславливающее уменьшеніе ея субстанціи.

¹⁾ L. 1. D. eod.: *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

²⁾ L. 13. §. 5. D. de usufr. (7, 1): *Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aëris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Слова si quidem ei permittitur не означаютъ: „подъ условіемъ, чтобы ему было позволено“, но „что это ему позволено“.*

Узуфруктуарій, въ виду лежащихъ на немъ обязанностей, долженъ представить *cautio usufructuariā*. Отъ этой *cautio* ¹⁾ освобождаются: а) *fiscus* и *respublicae*; б) мужъ—по отношенію къ узуфрукту, предоставленному въ приданое за женой; в) отецъ по отношенію къ пользованію адвентиціями сына; д) супругъ, вступающій во вторичный бракъ и потому теряющій право собственности на извѣстные имущества, — впрочемъ только по отношенію къ пользованію недвижимостями; е) узуфруктуарій, имѣющій *ex die* приобрести право собственности, и ф) даритель, который сохранилъ за собой пользованіе подаренною вещью.

Означенная *cautio usufructuaria* состоитъ изъ двухъ частей: первая обезпечиваетъ исполненіе обязанностей *durante usufructu*, а именно: надлежащее пользованіе, заботу объ охраненіи вещи какъ посредствомъ собственной дѣятельности, напр. насажденіе деревь, пополненіе стадъ и проч., такъ и противъ постороннихъ поврежденій. На основаніи этой части *cautio* собственникъ можетъ предъявить искъ еще во время пользованія. Вторая часть обезпечиваетъ исполненіе обязанностей *finito usufructu*, т. е. возвращеніе вещи въ томъ видѣ, въ какомъ она должна быть послѣ правильнаго пользованія ею и вознагражденіе за тѣ поврежденія, которыя произошли вслѣдствіе небрежнаго исполненія узуфруктуаріемъ лежавшихъ на немъ обязанностей. Сюда же можетъ быть отнесена уплата стоимости вещи въ томъ случаѣ, когда узуфруктуарій допустилъ давностное приобретеніе ея какимъ-либо лицомъ.

D. Quasiusufructus.

§ 182.

Usus и *usufructus* мыслимы только по отношенію къ вещамъ, такъ какъ это—вещныя права, и притомъ такія, пользование которыми не уничтожаетъ ихъ бытія. Когда эти *jura in re aliena* устанавливаются надъ вещами потребляемыми, то такое установленіе собственно ничтожно. Въ случаѣ установленія пользованія всѣми составными частями извѣстнаго имущества, вещи потребляемыя подлежатъ исключенію. Правило это измѣнено посредствомъ *senatusconsultum*^а, допустившаго аналогическое примѣненіе принциповъ узуфрукта къ пользованію всѣми вещами, входящими въ составъ имущества; такимъ образомъ возникъ *usufructus omnium bonorum*. Означенное аналогич-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ческое примѣненіе стали обозначать терминомъ *quasiususfructus*, причемъ различіе между *usus* и *ususfructus* не имѣло никакого значенія. Юридическое отношеніе это, по вопросамъ о возникновеніи, прекращеніи и *cautio*, обсуждалось какъ настоящій *узуфруктъ*; но къ нему не примѣнялись тѣ принципы, которыми опредѣляются отношенія сторонъ *durante usufructu*, такъ какъ здѣсь не могло быть и рѣчи о существованіи права собственности одновременно съ *узуфруктомъ*.

1) *Quasiusufructus* потребляемыхъ вещей. Вещи эти переходятъ въ собственность *quasi-узуфруктуарія*; вмѣсто обыкновенныхъ отношеній собственника къ *узуфруктуарію* здѣсь является обязанность (*obligatio*) возратить *tantundem* т. е. или полученное количество тѣхъ же вещей, или ихъ *aestimatio*. *Quasi-узуфруктуарій* долженъ обѣщать исполнить это обязательство, но самая *obligatio* существуетъ и помимо такого обѣщанія.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ возникнуть сомнѣніе въ томъ, установленъ-ли *verus* или *quasi-usufructus*? Весь интересъ вопроса заключается въ томъ, что случайное уничтоженіе вещи и ущербъ отъ чрезмѣрнаго пользованія ею поражаетъ при истинномъ *узуфруктѣ* собственника вещи, при аналогическомъ же отношеніи — *quasi-узуфруктуарія*. Издавна спорнымъ вопросомъ представляется пользованіе платьями, напр. когда директоръ театра предоставляетъ, по завѣщанію, женѣ своей *узуфруктъ* на театральнй гардеробъ. Не совсѣмъ правильно признавать, или абсолютно не признавать здѣсь истинный *узуфруктъ* или *quasi-usufructus*; неправильно поэтому считать нѣсколько варьирующія опредѣленія положительнаго права противорѣчащими другъ другу. Все дѣло, по моему мнѣнію, будетъ зависеть отъ воли сторонъ; въ случаѣ невозможности выяснить себѣ эту волю изъ какихъ бы то ни было обстоятельствъ, приходится разрѣшать вопросъ по видамъ и свойствамъ означенныхъ *vestimenta* (причемъ нѣтъ необходимости различать, подобно глоссаторамъ, будничную и праздничную одежду).

2) *Узуфруктное* пользованіе правами. Сюда относится главнымъ образомъ пользованіе капиталами — *ususfructus nominum*. Многие юристы утверждали, что такое пользованіе есть *verus usufructus*, *quasi-узуфруктомъ* признавали они его только тогда, когда оно прямо установлялось какъ аналогическое отношеніе ¹⁾. Другіе же смѣшивали его съ *ususfructus pecuniae*. Признаніе пользованія капиталами *quasi-узуфруктомъ* имѣетъ совершенно инныя

1) Такъ напр. *Muehlenbruch, Cession der Forderungsrechte*, (3 изд. 1836 г.), стр. 497, прим. 15.

основанія. Императоръ Нерва вовсе не хотѣлъ допустить *ususfructus nominum* (за исключеніемъ случая совпаденія его съ *ususfructus pecuniae*); онъ думалъ, что вышеупомянутое *sepatusconsultum* относится только къ вещамъ; Нерва, безъ сомнѣнія, не признавалъ здѣсь и настоящаго узуфрукта; онъ отрицаетъ вообще дѣйствительность сдѣлки, устанавливающей такое пользованіе капиталами.

Разрѣшенію подлежатъ здѣсь слѣдующіе два вопроса: 1) *ususfructus nominum* есть-ли *quasiususfructus* и 2) примѣняются-ли къ нему основныя принципы, опредѣляющіе послѣдствія *periculum*? Въ утвердительномъ разрѣшеніи перваго вопроса не можетъ быть сомнѣнія, такъ какъ сервитуты возможны только по отношенію къ правамъ, а не къ вещамъ. Узуфруктуарій, посредствомъ *cessio* или *delegatio*, получаетъ извѣстныя обязательства съ необходимымъ условіемъ *finito usufructu* возвратить *tantundem*. Въ этомъ положеніи заключается въ дѣйствительности утвердительный отвѣтъ и на второй вопросъ: *periculum* всегда переходитъ на узуфруктуарія. Мы нигдѣ не встрѣчаемъ постановленія объ исключительности разсматриваемаго случая; а потому мы и должны разрѣшать вопросъ по основнымъ принципамъ *quasi-узуфрукта*.—Съ разсмотрѣннымъ случаемъ отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать того, когда лицо управомоченное не имѣетъ никакого вліянія на самое обязательство, а уполномочено только къ пользованію процентами. Здѣсь не можетъ быть даже и рѣчи о какомъ бы-то-ни было отношеніи, аналогичномъ съ узуфруктомъ, что подтверждается нѣкоторыми постановленіями положительнаго права ¹⁾.

III. Вещные сервитуты.

А. Основныя правила.

§ 183.

Вещными сервитутами называются такіе, которые устанавливаются на земельныхъ участкахъ ради земельныхъ участковъ; содержаніе вещнаго сервитута заключается въ той выгодѣ, которую доставляетъ одинъ земельный участокъ (*praedium serviens, praedium quod servitutem debet*) другому (*praedium dominans, cui debetur servitus*).

¹⁾ Ср. L. 24. pr. D. de usu et usufr. (33, 2), L. 1. C. de usufr. (3,33).

1) *Praedium dominans* должно получить действительную выгоду, благодаря сервитуту, который не должен ограничиваться удовлетворением личной потребности собственника, так что лицо, являющееся в данную минуту собственником этого *praedium a*, может не иметь никаких выгод от сервитута ¹⁾.

Что слѣдуетъ разумѣть подъ выгодой, доставляемой земельному участку? Содержаніемъ сервитута должна быть выгода, предоставленная вещи и чрезъ нее уже достоящаяся личности собственника (въ этомъ заключается отличие вещныхъ сервитутовъ отъ личныхъ); вещь эта притомъ должна быть недвижимою. Такъ напр. не будетъ вещнаго сервитута въ томъ случаѣ, когда лицо приобрѣтаетъ право пасты свою верховую лошадь на чужой землѣ.

Принадлежность известной выгоды земельному участку можетъ быть признана только въ томъ случаѣ, когда она относится или къ цѣлому земельному участку, напр. въ дорожныхъ сервитутахъ, или къ находящемуся съ нимъ въ связи предмету, который составляетъ или можетъ считаться составляющимъ часть земельного участка, напр. домъ, растущіе на землѣ плоды (напр. *servitus aquae*), рабочей скотъ (напр. *servitus rascendi*).

Поэтому не будетъ вещнымъ сервитутомъ предоставленіе собственнику фабрики или другаго какого-либо промышленнаго заведенія, устроеннаго на известномъ земельномъ участкѣ, такого права, которое необходимо для его производства (напр. права добывать глину, брать воду и проч.), такъ какъ самый промыселъ не можетъ считаться частью земельного участка. Такимъ образомъ здѣсь будетъ либо личный сервитутъ, либо простая *obligatio*.

Въ этой тѣсной связи вещнаго сервитута съ известнымъ земельнымъ участкомъ заключается масштабъ его осуществленія. Вещный сервитутъ можетъ быть осуществляемъ только ради потребностей даннаго *praedium dominans* и отнюдь не больше этихъ потребностей ²⁾.

¹⁾ L. 8. pr. D. de serv. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat. et ut spatium, et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.—L. 19. eod.: Ei fundo, quem quis vendat, servitutum imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Второе изъ этихъ положеній считали противорѣчащимъ общему понятію сервитута, какъ о доставляемой выгодѣ; противорѣчіе это объясняется само собою, на основаніи вышеуказаннаго соображенія о возможности отсутствія такой выгоды для котораго-либо изъ собственниковъ господствующаго участка (*praedium dominans*).

²⁾ L. 5. §. 1. D. de S. P. R. (8, 3).

Поэтому свойства и назначение земельного участка имѣютъ громадное вліяніе на содержаніе вещныхъ сервитутовъ. Эти соображенія приводятъ насъ къ правильному дѣленію сервитутовъ на *servitutes praediorum rusticorum* и *urbanorum* ¹⁾.

По общепринятому мнѣнію, дѣленіе это основывается на свойствахъ *praedium dominans*, на томъ, будетъ-ли оно строеніемъ или сельскимъ земельнымъ участкомъ; мнѣніе это несомнѣнно невѣрно. Мнѣніе же другихъ о томъ, что основаніемъ дѣленія служитъ свойство *praedium serviens*, вполнѣ невѣрно; оно вытекло изъ совершенно ошибочнаго пониманія сервитута и не имѣетъ за себя ни одного постановленія положительнаго права. Недостаточность указаннаго перваго мнѣнія состоитъ въ томъ, что оно ограничивается однимъ внѣшнимъ признакомъ и вовсе не имѣетъ въ виду вліянія господствующаго земельного участка на содержаніе сервитута. Послѣдствіемъ этого было то, безъ сомнѣнія, нелѣпное положеніе, что сельскіе сервитуты могутъ быть сервитутами городскими.

Нѣкоторые юристы ²⁾ правильно основывали это дѣленіе на содержаніи сервитутовъ, но при этомъ упускали изъ виду внѣшніе признаки различія, вслѣдствіе чего самое названіе ихъ кажется произвольнымъ и нелѣпымъ; такъ, по мнѣнію ихъ, существуетъ два рода вещныхъ сервитутовъ: 1) сервитуты, уполномочивающіе къ положительнымъ дѣйствіямъ, *servitutes praediorum rusticorum*, и 2) сервитуты, которые уполномочиваютъ на извѣстное сооруженіе или на запрещеніе чего-либо (отрицательные сер.), *servitutes praediorum urbanorum*. Если бы дѣйствительно сервитуты различались по указываемому основанію, то пришлось бы удивляться, почему римляне употребили такую странную и нелѣпую терминологию, и заключить, что они указанными терминами выразили вовсе не то, что хотѣли. Или пришлось бы сдѣлать еще шагъ впередъ и объяснить означенное дѣленіе различнымъ характеромъ самихъ *praedia urbana* и *rustica*. Но дать такое объясненіе едва-ли возможно, какія натяжки допускаемы бы ни были.

Правильнымъ представляется искать основанія этого различія какъ въ свойствахъ земельного участка, такъ одновременно и въ содержаніи зависящаго отъ него сервитута. Этимъ путемъ пробовалъ идти одинъ изъ нѣмецкихъ ученыхъ ³⁾, но не достигъ истиннаго результата. По его мнѣнію *servitutes praedio-*

¹⁾ L. 1. pr. §. 1. D. comm. praed. (8, 4), §. 1. I. de serv. (2, 3), L. 2. pr. D. de S. P. R. (8, 3).

²⁾ Steyer, de serv. praed. (1817), Vangerow, Leitfaden, т. I, § 339.

³⁾ v. d. Pfordten, Archiv fuer civ. Praxis, т. XXII. N° 2, 1839 г.

гум rusticorum будутъ тѣ сервитуты, которые существуютъ между двумя сельскими земельными участками. Servitutes praediorum urbanorum—тѣ, которые существуютъ между двумя строениями, или между простымъ земельнымъ участкомъ и строениемъ. Впрочемъ здѣсь вмѣсто объясненія вышеупомянутого подраздѣленія сервитутовъ поставлено другое дѣленіе ихъ, встрѣчающееся еще и у римскихъ юристовъ ¹⁾).

По нашему мнѣнію правильнымъ представляется считать сервитутами praediorum urbanorum—тѣ, которые принадлежать строенію, а сервитутами praediorum rusticorum—тѣ, которые принадлежать известному земельному участку. Но, какъ мы видѣли выше, различіе въ praedium dominans имѣетъ рѣшительное вліяніе на содержаніе самаго сервитута. Потребности земельныхъ участковъ обоихъ видовъ совершенно различны; хотя въ содержаніи обоихъ сервитутовъ возможны нѣкоторыя одинаковыя управомоченія, напр. относительно права прохода, но эти одинаковыя управомоченія въ обоихъ случаяхъ имѣютъ различный характеръ ²⁾). Практическимъ послѣдствіемъ этого будетъ невозможность примѣнять основные принципы управомоченій одного вида сервитутовъ къ управомоченіямъ другаго вида.

Главнѣйшій интересъ этого дѣленія сервитутовъ заключается именно въ указанномъ вліяніи на ихъ содержаніе; но есть нѣкоторыя другія, лишь посредственно связанныя съ этимъ дѣленіемъ, различія юридическаго обсужденія ихъ, вслѣдствіе которыхъ бываетъ весьма важно опредѣлить, идетъ ли въ данномъ случаѣ рѣчь о servitus praedii urbani или rustici ³⁾. Такъ напр. въ древнѣйшемъ правѣ serv. praediorum rusti-

¹⁾ L. 3. D. de serv. (8, 1): Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Слово consistunt можетъ относиться къ обоимъ земельнымъ участкамъ. Ср. также L. 20. pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2).

²⁾ L. 2. pr. D. de serv. praed. rust. (8, 3): Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Здѣсь въ числѣ сельскихъ сервитутовъ упоминаются такіе, которые обыкновенно встрѣчаются со свойствами городскихъ сервитутовъ и отчасти даже мыслями только съ характеромъ этихъ послѣднихъ, напр. servitus altius tollendi etc; всего естественнѣе объясняется эта цитата слѣдующимъ образомъ: права licere altius tollere et officere praetorio vicini, protectum habere licere etc—называются сервитутами praediorum rusticorum потому, что могутъ быть приобретены для земельного участка, на которомъ еще имѣетъ быть возведено строеніе.

³⁾ Въ римскомъ правѣ есть нѣсколько законоположеній, опредѣляющихъ какіе именно сервитуты должны быть отнесены къ serv. praed. rusticorum; такъ напр. L. 1. §. 2. D. de serv. pr. rust. (8, 3), §. 2. I. de serv. (2, 3).

corum были res mancipi; въ новѣйшемъ же правѣ это различіе важно при вопросѣ о прекращеніи сервитута владѣніемъ non usus. Захаріе вполнѣ ошибочно ¹⁾ утверждаетъ, что такіа различія существуютъ лишь между отдѣльными видами сервитутовъ того и другаго рода.

2) Praedium serviens должно доставлять извѣстную выгоду въ силу присущихъ ему свойствъ, или посредствомъ самой почвы (напр. дороги), или посредствомъ какой-либо res soli (напр. воды, минералловъ, строеній). Это условіе называютъ технически *perpetua causa servitutis*. Такимъ образомъ не подходятъ подъ это условіе тѣ случаи, а) когда полезные предметы доставляются на земельный участокъ трудомъ самого собственника, напр. когда проводится чужая вода; б) когда они какимъ либо инымъ способомъ извнѣ доставляются къ земельному участку, особенно же когда это бываетъ временно, напр. песокъ наносится водой. Сюда также относятся случаи проведенія воды на praedium serviens посредствомъ искусственныхъ сооружений, напр. водоподъемныхъ и т. п., наконецъ получение воды изъ цистернъ. Другое дѣло, когда водопроводъ для praedium dominans устроенъ лишь по praedium serviens; здѣсь это послѣднее доставляетъ только почву, представляющую собой *causa perpetua*. Римское право пошло впрочемъ дальше указанного взгляда; оно, примѣняясь къ потребностямъ, признало въ случаѣ такого проведенія воды существованіе сервитута ²⁾.

3) Извѣстное отношеніе земельныхъ участковъ въ пространствѣ, обуславливающее возможность доставленія и полученія упомянутой выгоды. Необходимость соприкосновенія участковъ зависить отъ содержанія самаго сервитута. *Vicinitas*, сосѣдство участковъ не всегда абсолютно необходимо. Связь между ними можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, обуславливаться тѣмъ, что промежуточный земельный участокъ подчиненъ такому же праву, какъ и praedium serviens, напр. дорожному сервитуту, или же не можетъ служить препятствіемъ къ осуществленію права по сервитуту, напр. когда между двумя участками пролегаетъ дорога.

¹⁾ Ueber die Unterscheidung zwischen serv. rusticæ und urbanæ, Heidelberg, 1844 г. Взглядъ этотъ раздѣляетъ Elvers, Röm. Servitutenlehre, признающій за рассматриваемымъ дѣленіемъ сервитутовъ лишь историческое значеніе.

²⁾ Такимъ образомъ проведеніе воды чрезъ служебный земельный участокъ всегда возможно; проведеніе же изъ него — только тогда, когда въ числѣ естественныхъ составныхъ частей участка вытекаетъ вода; при искусственномъ доставленіи воды — сервитута уже не будетъ.

B. Servitutes praediorum urbanorum.

§ 184¹⁾.

Сервитуты, принадлежащие строениям, представляются частью положительными, частью отрицательными. Первые связаны всегда с какими-либо приспособлениями господствующей недвижимости, в которых они фактически и выражаются и которые или непосредственно простираются на *praedium dominans*, или же влияют лишь по отношению к его последствиям (*Wirkungen*).

Некоторые сервитуты имеют целью доставить господствующему строению точку опоры на чужом строении — посредством укрѣпленія балки или камня в чужой стѣнѣ (*serv. tigni immittendi*), или посредством простаго наложенія на нее (*serv. oneris ferendi*). Къ содержанію этого сервитута относится признанное всѣми право субъекта его требовать, чтобы собственникъ подчиненнаго строенія производилъ всѣ необходимыя исправленія упомянутой стѣны; право это не представляется исключеніемъ изъ правила: *servitus in faciendo consistere non potest* (§. 178), такъ какъ собственникъ подчиненнаго строенія обязанъ предоставить субъекту сервитута пользование прочной стѣнной, если же она сдѣлалась непрочною, — то исправленною. Содержаніе нѣкоторыхъ сервитутовъ заключается въ предоставленіи главному строенію преимущественнаго пользованія всѣмъ окружающимъ его воздушнымъ пространствомъ; общее названіе этого сервитута — *serv. projiciendi*, при ограниченіи же его одной крышей — *serv. protegendi*.

Другіе сервитуты предоставляютъ субъектамъ ихъ право направлять извѣстные предметы на самое подчиненное строеніе, или черезъ него — въ другое мѣсто, напр. дождевую воду, какъ при паденіи ея каплями (*serv. stillicidii avertendi s. immittendi*), такъ и собранную въ цѣлый потокъ (*serv. fluminis recipiendi*); за тѣмъ дымъ или парь (*serv. fumi etc. immittendi*); наконецъ нечистоты (*serv. cloacae mittendae*); впрочемъ эти послѣднія могутъ быть въ силу сервитута собираемы непосредственно у стѣны обязаннаго сосѣда.

Некоторые другіе сервитуты обезпечиваютъ господствующему строенію такія преимущества, которыхъ оно могло бы лишиться вслѣдствіе какихъ-либо измѣненій, предпринятыхъ на *praedium serviens*; преимущества эти главнымъ образомъ зак-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

лючаются въ свѣтъ и видъ (Aussicht). Доставленіе такихъ преимуществъ служить цѣлью сервитута *altius non tollendi*; здѣсь впрочемъ выражается не самая цѣль сервитута, а просто то препятствующее обстоятельство (возвышеніе постройки), которое не должно имѣть мѣста, благодаря сервитуту. Непосредственно означенную цѣль имѣютъ въ виду сервитуты *ne luminibus* и *ne prospectui officiatur*, исключающіе возможность всѣхъ тѣхъ измѣненій подчиненнаго строенія, послѣдствіемъ которыхъ является уменьшеніе свѣта и вида. Съ характеромъ сервитута встрѣчается въ римскихъ законахъ такое право получать свѣтъ посредствомъ пробитія оконъ въ чужой стѣнѣ.

Наконецъ въ римскихъ источникахъ упоминаются такіе сервитуты, которые состоятъ въ освобожденіи субъекта ихъ отъ извѣстныхъ ограниченій, напр. *serv. stillicidii s. fluminis non recipiendi*, *serv. altius tollendi*, *serv. officendi luminibus*¹⁾; значеніе этихъ сервитутовъ возбуждало долгіе споры между германскими юристами. Сервитуты эти могутъ быть понимаемы двояко: или какъ противоположныя уже существующимъ сервитутамъ *still. recip.*, *altius non toll.*, *lum. non officendi* (Theophil. ad §. 1. I, de servit.), или помимо такого противоположенія. Въ первомъ случаѣ ихъ не должно считать отмѣняющими сервитуты, уже существующіе, такъ какъ прекращеніе сервитутовъ опредѣляется особыми принципами.

C. Servitutes praediorum rusticorum.

§ 185²⁾.

Здѣсь идетъ рѣчь о сервитутахъ для земельныхъ участковъ, или вовсе не имѣющихъ строеній, или на которыхъ строенія являются лишь акцессіей. Сельскій сервитутъ не только облегчаетъ пользованіе земельнымъ участкомъ, но даже иногда обусловливаетъ самую возможность пользованія (напр. при дорожныхъ сервитутахъ); впрочемъ это пользованіе должно опредѣляться существенными свойствами вещныхъ сервитутовъ (§ 183) и быть вполне независимымъ отъ личности собственника, а лишь основаннымъ на естественныхъ свойствахъ и производительности участка. Выгода, доставляемая господствующему участку подчиненнымъ, составляющая содержаніе сервитута,

¹⁾ L. 2. D. de S. P. U. (8,2), L. 2. pr. D. de S. P. R. (8,3), L. 7. §. 1. D. comm. praed. (8,4), L. 26. pr. D. de exc. rei jud. (44,2), §. 1. I. de servit. (2,3), §. 2. I. de action. (4,6).

²⁾ Изъ Пандектъ.

должна заключаться или въ самой почвѣ, или въ добываемыхъ изъ нея продуктахъ.

Къ первому классу сервитутовъ относится три упоминаемые въ римскомъ правѣ вида дорожныхъ сервитутовъ—*Wegeservituten*. *Serv. viae* содержитъ въ себѣ право пользованія существующею дорогою, улицею (отъ чего этотъ сервитутъ и получилъ свое названіе)—для прохода, проѣзда верхомъ и въ экипажѣ, для перевозки тяжестей и пр; ширина дороги, въ случаѣ отсутствія особаго опредѣленія, должна быть не менѣе 8 футовъ, при раздѣленіи же ея—не менѣе 16 футовъ. *Serv. itineris*—право ходить, переносить тяжести и ѣздить верхомъ по чужой землѣ (если только сервитутъ не ограничивается однимъ камнемъ-дибо или двумя изъ этихъ управомоченій)—и *serv. actus*—содержащій въ себѣ тѣ же управомоченія съ присоединеніемъ права проѣзда и прогона скота, —отличается отъ *serv. viae* отсутствіемъ особой, опредѣленной дороги или улицы; различіе это не уничтожается вслѣдствіе назначенія извѣстнаго неизмѣнимаго направленія для осуществленія этихъ правъ на *praedium serviens*. Примѣненіе этихъ сервитутовъ въ настоящее время опредѣляется слѣдующимъ образомъ: если имѣется въ виду ограниченіе пользованія опредѣленнымъ мѣстомъ и устроена проѣзжая дорога,—слѣдуетъ признавать *serv. viae*; дорога для прогона скота есть всегда *actus* (безъ права проѣзда, входившаго въ составъ самаго понятія *actus*); тропинка для пешеходовъ—всегда *iter*. Если же сервитутъ не ограниченъ опредѣленнымъ мѣстомъ участка, то его слѣдуетъ всегда считать за *actus* или *iter*, смотря по представленнымъ управомоченіямъ. Такое же отношеніе къ одной почвѣ имѣютъ тѣ сервитуты, содержаніе которыхъ заключается въ правѣ складывать различные предметы на *praedium serviens*, напр. плоды, полученные съ *praedium dominans*.

Къ сервитутамъ, имѣющимъ въ виду продукты, получаемые съ *praedium serviens*, относится прежде всего водные сервитуты—въ той мѣрѣ, въ какой предметомъ ихъ служитъ вода, доставляемая подчиненнымъ участкомъ главному. Исключительно къ этому виду сельскихъ сервитутовъ относится: *serv. aquae haustus*, предоставляющій право пользоваться водою съ *praedium serviens* для *praedium dominans*, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право прохода или проѣзда до воды; *serv. piscinis ad aquam impulsus*—право устроить водопой для скота на чужомъ земельномъ участкѣ. Къ этому же классу сервитутовъ относится *serv. pascendi*—право выгона рабочаго скота главнаго земельного участка для пастбы на *praedium serviens*;—*serv. calcis coquendae, cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis exi-*

menſi, которыми предоставляется право извлекать изъ *praedium serviens* для удовлетворенія потребностей главнаго земельного участка лѣсъ, известъ, мѣлъ, песокъ и камень.

Къ обонимъ разсмотрѣннымъ классамъ сервитутовъ можетъ быть относимъ *serv. aquaeductus* (съ ограниченіемъ его однимъ лѣтомъ—*aqua aestiva*, или безъ такого ограниченія—*aqua quotidiana*, либо днемъ—*aqua diurna*, либо ночью—*aqua nocturna*), представляющійся правомъ проведенія воды на *praedium dominans* съ самаго *pr. serviens*, или только чрезъ него—изъ другаго мѣста, такъ что служебный земельный участокъ даетъ лишь почву для водопровода. Сервитутъ этотъ заключаетъ въ себѣ управомоченіе—прокладывать необходимыя трубы по всему участку, за исключеніемъ мѣстъ участка, занятыхъ строениями, лѣсными насажденіями и виноградниками. Вода можетъ быть проводима лишь для удовлетворенія потребностей главнаго земельного участка, но отнюдь не для какихъ бы то ни было другихъ участковъ, хотя бы и принадлежащихъ одному собственнику; это слѣдуетъ изъ основнаго характера вещныхъ сервитутовъ. Нельзя считать сервитутомъ право пользоваться водою изъ публичнаго, общественнаго водоема, или изъ общественной рѣки, такъ какъ право это не стоитъ ни въ какой связи ни съ опредѣленнымъ лицомъ, ни съ опредѣленнымъ земельнымъ участкомъ, а приобрѣтается или посредствомъ разрѣшенія правительства (*Assignation der Obrigkeit*), или путемъ незапамятнаго времени.

IV. Возникновеніе сервитутовъ.

§ 186 ¹⁾.

Сервитуты возникаютъ вслѣдствіе установленія ихъ управомоченнымъ лицомъ (§ 187) и вслѣдствіе давности (§ 188). Только *ususfructus* иногда возникаетъ *ipso jure* (такъ наз. *ususfructus legalis*), а именно для отца—по отношенію къ *adventitia* дѣтей, для невинной стороны въ расторженіи брака,—когда право собственности на имущество, утраченное (*verwikt*) виновною стороною, достается дѣтямъ, и наконецъ—при потерѣ права собственности супругомъ, вступающимъ во второй бракъ. Приобрѣтать вещные сервитуты можетъ только то лицо, которое въ качествѣ собственника или добросовѣстнаго владѣльца (или эмансипатора и *суперфнциарія*) является представителемъ

¹⁾ Изъ Пандектъ.

того земельного участка, для котораго имѣть быть приобретень сервитутъ. Но никакое другое лицо—ни узурарій, ни узурфруктуарій—не можетъ приобрести сервитута для находящагося въ его пользованіи земельного участка.

Для приобретения сервитута въ пользу одного земельного участка, принадлежащаго нѣсколькимъ собственникамъ, необходимо, чтобы приобретение совершалось каждымъ изъ нихъ или одновременно, или постепенно; но пока хотя бы одинъ изъ нихъ не совершилъ такого приобретения, до тѣхъ поръ сервитутъ не существуетъ, такъ какъ сервитуты недѣлимы.

§ 187.

Для установленія сервитута необходимо: 1) извѣстное право со стороны установителя и 2) самый актъ установленія.

Лицомъ, имѣющимъ вообще право установить сервитутъ на извѣстной вещи, является обыкновенно собственникъ ея. *Dominus* можетъ установить на принадлежащей ему части вещи лишь *ususfructus*, но никакого другаго сервитута, по причинѣ ихъ недѣлимости; для установленія всякаго сервитута, кромѣ узурфрукта, всѣ собственники одной вещи должны дѣйствовать согласно: сервитутъ возникаетъ тогда, когда установленіе его совершено всѣми собственниками вещи, хотя бы и послѣдовательно одинъ за другимъ.

При установленіи сервитута добросовѣстнымъ владѣльцемъ, право приобретателя охраняется противъ каждаго лица, къ которому установитель предъявляетъ *actio Publiciana in rem*. Сервитутъ, установленный суперфициаріемъ или эмифитевторомъ, охраняется до тѣхъ поръ, пока существуетъ *superficies* и *emphyteusis* на вещи (но не до тѣхъ поръ пока установитель продолжаетъ быть субъектомъ правъ на *superficies* и *emphyteusis*: сервитутъ переходитъ при переходѣ этихъ правъ къ другимъ лицамъ и прекращается одновременно съ ихъ прекращеніемъ). По отношенію къ будущимъ вещамъ (для нихъ и на нихъ) могутъ быть устанавливаемы сервитуты; такъ напр. *serv. pr. utranque* могутъ быть установлены для тѣхъ земельныхъ участковъ, которые въ данное время представляются еще сельскими.

Актомъ установленія сервитута можетъ быть завѣщательное распоряженіе—отказъ. Право возникаетъ съ наступленіемъ времени реализаціи legata, при чемъ не требуется никакого особаго акта со стороны приобретателя.

Другимъ способомъ установленія сервитутовъ, вызвавшимъ много споровъ, былъ договоръ.

При совершении договора воля сторон может направляться на заключение известного обязательства, так что в договор вовсе не коренится самое установление сервитута; причина этого заключается конечно не в договорной форме, а в воле сторон. Поэтому необходимо разрешить следующую вопрос: когда стороны выражают в договор волю тотчас же установить сервитут, то достаточно ли этого договора для установления сервитута, или же требуется еще какой-либо акт сторон? Господствующими мнѣниями требовалась *traditio*,—по крайней мѣрѣ для положительных сервитутовъ; что же касается сервитутовъ отрицательныхъ, то думали, что традиция заключается уже в самомъ договорѣ. Мнѣніе это лишено всякаго основанія въ положительномъ правѣ, такъ какъ въ немъ ни слова не говорится о необходимости традиціи; въ основѣ этого мнѣнія лежитъ ошибочное положеніе, что традиция есть общій способъ возникновенія всѣхъ вещныхъ правъ (положеніе это опровергнуто нами выше), такъ напр. ипотека возникает посредствомъ простаго договора (нѣкоторые новые юристы до того прониклись указаннымъ ошибочнымъ мнѣніемъ, что наши необходимымъ отрицать за ипотекой свойства вещнаго права). Кромѣ того, вышеозначенная ошибка вызвана древнею теоріею о *titulus* и *modus acquirendi*. Правильный взглядъ на дѣло, отрицающій необходимость традиціи, первоначально былъ высказанъ Савиньи и затѣмъ развитъ другими юристами ¹⁾. Весьма печально видѣть, какъ упорно нѣкоторые почтенные юристы защищаютъ прежнее заблужденіе. Не находя никакихъ положительныхъ доказательствъ необходимости традиціи, они стараются устранить доказательства ея ненужности, забывая, что обязанность представлеія доказательствъ лежитъ на тѣхъ лицахъ, которые заявляютъ о необходимости традиціи.

На самомъ же дѣлѣ существуютъ достаточныя доказательства мнѣнія, противоположнаго тому, которое ими поддерживается, и вполне ясныя для всякаго, кто хотя нѣсколько сознательно относится къ исторіи права.

Сервитуты въ древнѣйшемъ правѣ устанавливались исключительно посредствомъ договоровъ, совершаемыхъ въ торжественной, гражданской формѣ: посредствомъ *in jure cessio*, а сервитуты *praed. rusticorum*—посредствомъ *mancipatio*; затѣмъ—посредствомъ соглашенія сторонъ при совершении *in jure ces-*

¹⁾ Schmidlein, de servitut. per pactum constit. 1823 г., Michelsen, Archiv f. civ. Pr. VIII. 14. 1825 г., Hasse, Rhein. Mus. I. стр. 64—126. 1827 г., Haertel, de serv. per pacta et stip. const. 1828 г.

sio или *mancipatio* вещи, установленный такимъ образомъ сервитутъ считался *serv. jure civili constituta*; онъ предполагаетъ сверхъ того наличность вещи, имѣющей *commercium juris civilis*. Первоначально не существовало никакого другаго сервитута. Вангеровъ думаетъ, что возникновение вещнаго права помимо традиціи противно понятію *jus civile (uncivilistic)*, въ такомъ случаѣ само *jus civile* слѣдовало бы признать за *jus uncivilissimum*.

Къ провинціальнымъ земельнымъ участкамъ (а также къ *agri vectigales* и къ *superficies*) такое цивильное установленіе сервитута не примѣнялось. Въ этихъ случаяхъ слѣдовало закрѣплять договоръ посредствомъ особой *stipulatio*, для того чтобы въ случаѣ нарушенія имѣть право личнаго иска (о наказаніи или объ интересѣ); здѣсь уже не было сервитута, а существовала *obligatio*. Преторское право расширило дѣйствіе такого договора въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) Когда приходила *quasi traditio*, то лицу управомоченному предоставлялась *actio Publiciana*, при которой не требовалось доказательствъ права установителя и которою можно было защищаться противъ лица, менѣе управомоченнаго. 2) Приобрѣтателю, въ случаѣ подкрѣпленія доказательствами правъ установителя, предоставляется *actio confessoria*, даже помимо традиціи, и слѣдовательно также признается существованіе сервитута; сервитуты въ обоихъ этихъ случаяхъ носили у римскихъ юристовъ названіе *servitutes tutione praetoris constitutae*. Такимъ образомъ сервитуты могъ быть установленъ посредствомъ простаго договора и имѣлъ своимъ послѣдствіемъ преторскую *actio confessoria*. Право защиты этихъ сервитутовъ можетъ быть распространено 1) вслѣдствіе стипуляціи, предоставляющей субъекту *actio ex stipulatu* и 2) вслѣдствіе традиціи, предоставляющей *actio Publiciana*.

Такимъ образомъ во времена римскихъ юристовъ право на сервитутъ возникало всегда вслѣдствіе договора, помимо традиціи: въ эпоху *jus civile* посредствомъ выше упомянутыхъ торжественныхъ контрактовъ, во времена преторскаго права посредствомъ простыхъ *раста*. Традиція лишь присоединяетъ особенно-выгодное преимущество къ правамъ по сервитуту, но отнюдь не обуславливаетъ его установленія. Итакъ необходимость традиціи должна бы быть постановлена условіемъ приобретенія сервитутовъ лишь по юстиніановскому праву. Но въ этомъ послѣднемъ нѣтъ ни одного подобнаго узаконенія, а напротивъ выражено прямо-противоположное правило; установленіе сервитута посредствомъ одного договора такъ ясно указано во многихъ мѣстахъ, что нѣтъ никакой возможности подразу-

мѣвать необходимость традиціи ¹⁾. Юстиніанъ сдѣлалъ только то, что само собой вытекало 1) изъ устаренія древнихъ *in jure cessio* и *mancipatio* и 2) изъ уничтоженія различія между италійскою и провинціальною недвижимою собственностью, а именно сервитуты по отношенію къ послѣдней стали устанавливаться общимъ порядкомъ—традиція не сдѣлалась необходимымъ условіемъ возникновенія сервитута, а доставляла лишь субъекту его преимущество, состоявшее въ правѣ защищаться посредствомъ *actio Publiciana*.

. Наконецъ третьимъ способомъ ²⁾ установленія сервитутовъ слѣдуетъ признать судебное рѣшеніе,—или *adjudatio* по искамъ о раздѣлѣ, при которой выдѣля, либо раздѣливъ земельный участокъ на части, самъ устанавливаетъ тѣ сервитуты, которые необходимы для удобнаго пользованія каждою частью, либо совершаетъ раздѣлъ посредствомъ установленія сервитута; такъ напр. одному лицу предоставляетъ *proprietas* вещи, а другому—*ususfructus*,—или же декретъ, которымъ, за отсутствіемъ лица обязаннаго или присужденнаго установить сервитутъ, послѣдній объявляется установленнымъ, или которымъ, вслѣдствіе *in integrum restitutio*, возстановляется уже утраченный сервитутъ.

Приобрѣтеніе сервитутовъ посредствомъ давности.

§ 188.

Институтъ земской давности былъ примѣненъ къ сервитутамъ по той же причинѣ, по какой онъ былъ необходимъ для права собственности, т. е. съ цѣлью обезпечить право отъ исчезающей съ теченіемъ времени возможности доказать самое

¹⁾ §. 4. I de serv. (2,3): *si quis velit vicino aliquod jns constituere, pacificationibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25. §. 7 D. de usufr. (7,1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1. pr. D. quid mod usufr. (7,4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitioe praetoris. Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur.*

²⁾ Изъ Пандектъ.

право: продолжительное осуществление права замѣняетъ доказательство правомѣрнаго его возникновенія.

Первоначально съ означенною цѣлью, повидимому, примѣнялась *usucapio*, — по крайней мѣрѣ къ тѣмъ сервитутамъ, въ которыхъ можно признать постоянное осуществление, *contiuma possessio* т. е. къ *servitutes praed. urbanorum* и къ личнымъ сервитутамъ. Но потомъ, вслѣдствіе изданія *lex Scribonia*, отказались отъ такого примѣненія *usucapio* къ сервитутамъ и потому приобрѣтеніе ихъ путемъ обыкновенной земской давности сдѣлалось невозможнымъ.

Преторское право признало за *longum tempus* послѣдствія земской давности, такъ что давностью сервитутовъ будетъ— *longi temporis quasi possessio*. Эта давность, по своимъ условіямъ, весьма рѣзко отличается отъ земской давности, такъ что принципы этой послѣдней могли быть примѣнены къ первой— только при множествѣ существенныхъ измѣненій. Положеніе это упускается обыкновенно изъ виду учеными, вслѣдствіе чего возникло множество ошибокъ ¹⁾. Условія давности по сервитутамъ— слѣдующія:

1) Приобрѣтеніе владѣнія (см. выше въ ученіи о владѣніи). *Justus titulus* и *bona fides* здѣсь не требуются; ихъ замѣняетъ другое условіе.

2) Продолженіе осуществленія сервитута въ теченіи извѣстнаго времени. Для доказательства такого осуществленія недостаточно удостовѣрить начало и конецъ его (какъ въ правѣ собственности), но должны быть доказаны тѣ дѣйствія, которыми выражалось осуществленіе сервитута въ теченіи всего срочнаго періода; сколько такихъ дѣйствій необходимо для признанія сервитута приобрѣтеннымъ—опредѣляетъ судья по своему усмотрѣнію. Означенныя доказательства безусловно необходимы при *servitutes discontinuae*, осуществляемыхъ лишь посредствомъ отдѣльныхъ, ничѣмъ между собою не связанныхъ дѣйствій, какъ напр. дорожные и вообще всѣ сервитуты *praediorum rusticorum*. Но доказательство осуществленія сервитута

1) Слѣдующія мнѣнія ученыхъ представляются эпопій ошибочными: 1) *servitutes discontinuae* не могутъ быть приобрѣтаемы посредствомъ давности; 2) не могутъ быть приобрѣтаемы такимъ образомъ личные сервитуты; 3) давностное приобрѣтеніе сервитутовъ исключается неспособностью вещи быть предметомъ *usucapio*; 4) по указанной въ 3 п. причинѣ должна быть допущена 30 лѣтняя и даже болѣе продолжительная — чрезвычайная давность; 5) для приобрѣтенія сервитута посредствомъ давности необходимъ *titulus*; 6) для той же цѣли необходима *bona fides*, и 7) срокъ, по истеченіи котораго давностное приобрѣтеніе сервитута должно считать свершившимся, тѣсно не опредѣленъ, а зависитъ отъ усмотрѣнія судьи. Изъ Пандектъ.

въ теченіи срока, назначеннаго для его приобрѣтенія, не требуется въ тѣхъ случаяхъ, когда приобрѣтается личный сервитутъ, сопровождаемый держаніемъ вещи, или какой-либо другой сервитутъ, уполномочивающій на извѣстное сооруженіе, напр. *serv. tigni* и *operis*; въ этихъ случаяхъ достаточно доказательства начала и конца осуществленія сервитута; представленіе доказательствъ перерыва въ осуществленіи его падаетъ на лицо, оспаривающее приобрѣтеніе сервитута. Перерывъ давности, посредствомъ которой приобрѣтаются сервитуты, происходитъ здѣсь, также какъ и въ правѣ собственности, вслѣдствіе потери владѣнія.

3) Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ, что при приобрѣтеніи сервитутовъ посредствомъ давности приобрѣтеніе владѣнія не является такимъ важнымъ моментомъ, какъ при *usucapio* вещи. Поэтому требованіе правомѣрности владѣнія не ограничивается здѣсь однимъ началомъ его (т. е. не требуется ни *justus titulus*, ни *bona fides*), но всей продолжительностью его осуществленія. Владѣніе должно быть *justa possessio*, т. е. оно въ теченіи всего срока не должно было осуществляться *vi*, *clam* или *precario*—по отношенію къ собственнику служебной вещи. Насиліе, *vis*, должно быть признано при осуществленіи владѣнія вопреки запрещенію; поэтому такое запрещеніе прерываетъ теченіе давности, установленной для сервитутовъ. Наличие разсмотрѣннаго третьяго условія давности должна также быть доказываема истцомъ; причемъ однако достаточно представленія доказательствъ того, что осуществленіе владѣнія сервитутомъ съ самаго начала не совершалось *pec vi*, *pec clam*, *pec precario*, а послѣдующая за тѣмъ правомѣрность осуществленія уже предполагается.

Признавъ означенное третье условіе, нельзя требовать еще наличности *justus titulus* и *bona fides*, такъ какъ очевидно, что суррогатомъ ихъ должна служить *justa possessio*. Требованіе титула не имѣетъ никакого основанія въ положительномъ правѣ, для *bona fides* же ссылаются обыкновенно на одно постановленіе ¹⁾, которое безъ сомнѣнія говоритъ не объ условіяхъ давностнаго приобрѣтенія сервитутовъ, но о владѣніи имп (*„servitute usus“*), и которое могло бы лишь служить доказательствомъ необходимости условія *bona fides* для владѣнія. Но такого условія никто не требуетъ, а потому слѣдуетъ при-

1) L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.*

знать, что слово *credidit* значить то же, что *tanquam id suo jure faceret*; оно не означает „истинную увѣренность“. а лишь „намѣреніе осуществлять сервитутъ, какъ собственное право“. Это слѣдуетъ изъ противоположенія *pro via publica—pro alterius servitute*.

4) Срокъ, назначенный для давностнаго приобрѣтенія сервитутовъ—*longum tempus*, т.-е. 19 лѣтъ—*inter praesentes* и 20—*inter absentes*. Мнѣніе, что терминъ *longum tempus* имѣеть здѣсь другое значеніе,—неосновательно. Для приобрѣтенія сервитутовъ не требуется болѣе продолжительнаго срока; поэтому слѣдуетъ признать ошибочнымъ допущеніе экстраординарной давности для вещей, неспособныхъ быть предметомъ *usucapio*, такъ какъ самое понятіе о неспособности вещи быть узупируемою относится лишь къ давностному приобрѣтенію права собственности.

V. Прекращеніе сервитутовъ.

§§ 189 и 190.

Право собственности можетъ прекращаться двояко: или такимъ образомъ, что оно переходитъ къ другому лицу, или же оно уничтожается совсѣмъ—вслѣдствіе того, что вещь вообще перестаетъ быть объектомъ чьего-либо права собственности. Тоже самое видимъ мы при *emphyteusis* и *superficies*; но совсѣмъ другое представляютъ намъ сервитуты, не допускающіе отчужденія или смѣны субъектовъ. Такимъ образомъ всякая утрата сервитута субъектомъ его является уничтоженіемъ самаго сервитута, присоединеніемъ отдѣленной составной части къ праву собственности.

Это основное правило представляетъ нѣсколько (частью дѣйствительныхъ, частью лишь мнимыхъ, кажущихся) отступленій.

1) Когда сервитутъ, именно узупруктъ, предоставленъ лицу такимъ образомъ, что онъ, въ случаѣ утраты, возобновляется, а не прекращается; здѣсь при утратѣ сервитута прежнимъ субъектомъ его, выступаетъ новый субъектъ, которымъ можетъ быть какъ то же самое, такъ и всякое другое лицо. Отступленіе здѣсь будетъ только кажущимся, такъ какъ въ сущности прежній сервитутъ уничтожился, а возникъ совершенно новый и отъ него независимый сервитутъ.

2) Когда нѣсколькимъ лицамъ принадлежитъ одинъ и тотъ же сервитутъ на одной вещи, напр. *usus* или *serv. realis*, то ихъ управомоченія солидарны, но всѣ субъекты ограничиваютъ другъ друга въ осуществленіи сервитута. Такое ограни-

ченіе уничтожается вслѣдствіе утраты права на сервитутъ однимъ изъ субъектовъ, но собственнику вещи это можетъ не принести никакой выгоды. Отступленіе здѣсь также кажущееся: утраченный сервитутъ дѣйствительно прекратился, возвратившись къ собственнику вещи, но оставшіяся сервитутъ нельзя считать новымъ, это—прежній сервитутъ, освобожденный лишь отъ одного *фактическаго* ограниченія.

3) Когда нѣсколькимъ лицамъ предоставленъ узуфруктъ одною вещью, то они, вслѣдствіе дѣлимости *fructus*, управомочены *pro parte*. Такимъ образомъ здѣсь существуетъ не только фактическое ограниченіе осуществленія права, но и дѣленіе самаго права. Если каждому лицу предоставлена известная, опредѣленная доля, напр. посредствомъ отказа по завѣщанію, то доля, принадлежавшая лицу, утратившему сервитутъ, достается собственнику вещи, т. е. опять таки имѣтъ отступленія отъ вышеуказаннаго общаго правила. Если же *ususfructus* предоставленъ каждому лицу по отношенію къ цѣлой вещи, то хотя также происходитъ дѣленіе права, однако, въ виду управомоченія каждого лица ко всей вещи, часть утратившаго сервитутъ присоединяется къ частямъ остальныхъ субъектовъ, а не возвращается къ собственнику вещи. Здѣсь такимъ образомъ является дѣйствительное отступленіе отъ означеннаго принципа.

Утратить сервитутъ можетъ только субъектъ его, т. е. въ вещныхъ сервитутахъ—собственникъ господствующаго участка; нѣсколько собственниковъ (*condomini*) утрачиваютъ сервитутъ лишь вслѣдствіе наступленія причины, уничтожающей сервитутъ, напр. отказа или *non usus*, для каждого изъ нихъ; это слѣдуетъ изъ принципа нераздѣльности сервитутовъ.

Въ числѣ способовъ уничтоженія сервитутовъ слѣдуетъ обратить особенное вниманіе на слѣдующіе.

а) Уничтоженіе служебной вещи—какъ физическое, такъ и юридическое т. е. изъятіе ея изъ гражданскаго оборота. Однако частичнаго уничтоженія вещи недостаточно, напр. недостаточно разрушенія одного строенія, такъ какъ сервитутъ не связанъ съ простымъ *superficiis*. Для личныхъ сервитутовъ достаточно полнаго, всесторонняго измѣненія вещи, напр. превращенія *praedium urbanum* въ *agrum* и наоборотъ. Если собственникъ известнаго земельного участка сооружаетъ на немъ постройку безъ согласія субъекта сервитута, то послѣдній можетъ требовать возвращенія ему узуфрукта—въ случаѣ разрушенія строенія до уничтоженія сервитута вслѣдствіе непользованія имъ; въ противномъ случаѣ онъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ.

b) *Confusio*, соединеніе права собственности и сервитута въ одномъ лицѣ. Возвращеніе личнаго сервитута собственнику вещи технически называется *consolidatio*. Когда субъектъ сервитута дѣлается лишь собственникомъ служебной вещи, то онъ, вслѣдствіе недѣлимости сервитута, не лишается своего права на сервитутъ. Какъ возникновеніе сервитута невозможно, когда собственникъ одного земельного участка является въ то же время, вмѣстѣ съ нѣсколькими лицами, собственникомъ (*condominus*) другаго, точно также невозможно и прекращеніе сервитута, когда собственникъ одного *praedium* становится *condominus* другаго *praedium*'а; сервитутъ долженъ бы прекратиться лишь въ той части, которую приобрѣтетъ субъектъ его—въ правѣ общей собственности на второй участокъ, а это невозможно.

с) Уничтоженіе субъекта сервитута. Личные сервитуты не могутъ продолжаться долѣе, чѣмъ существуетъ тотъ индивидуумъ, для котораго они установлены; поэтому они прекращаются вслѣдствіе смерти субъекта; если такой сервитутъ предоставленъ и наследникамъ его субъекта, то сервитутъ этихъ послѣднихъ будетъ уже новымъ *usus* или *ususfructus*. Особый случай прекращенія сервитутовъ указанъ въ L. 14. C. de usur. ¹⁾—когда кому-либо отказывается по завѣщанію *proprietas* вещи до тѣхъ поръ, пока наследникъ завѣщателя будетъ имѣть *ususfructus*;—здѣсь такимъ образомъ является *inutile legatum* ²⁾. Но Юстиніанъ считаетъ такой отказъ за *utile legatum*. Затрудненіе усматриваетъ онъ лишь въ томъ, что означенный *usufructus* наследника завѣщателя долженъ былъ бы перейти и къ наследникамъ перваго; Юстиніанъ опредѣляетъ, что такой переходъ

¹⁾ L. 14. C. de usufr. (3,33): *Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus ususfructus apud heredem maneat, si hujusmodi constat legatum. Et quidem inutile legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam redivit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unius esse videntur, et non potest hujusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem hujusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes decedentes sancimus, et hujusmodi legatum firmum esse, et talem usufructum una cum herede finire, et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente expirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione ususfructus ipse solum excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usufructum finire, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, hujusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delivimus.*

²⁾ Ср. § 1. in fin. I. de usufr. (2,4) съ L. 65. D. de V. P. (50,16).

Прим. ред.

не долженъ быть допускаемъ, что usufructъ прекращается со смертью наследника завѣщателя и что послѣ этого легатарій имѣеть уже *plena proprietatem* ¹⁾. Другое затрудненіе—относительно условій означеннаго usufructa—Юстиніанъ оставилъ безъ упоминанія. Такимъ образомъ онъ въ данномъ случаѣ видитъ отказъ права собственности за исключеніемъ usufructa, который рано или поздно долженъ прекратиться.

Если usufructъ предоставленъ подвластному сыну, то приобрѣтеніе совершается отцомъ (если только этотъ usufructъ не относится къ *bona castrensia*). *Ususfructus* не прекращается ни вслѣдствіе смерти того *filiusfamilias*, для котораго онъ былъ установленъ,—перехода къ отцу, ни вслѣдствіе смерти отца,—перехода къ сыну ²⁾.

d) Личные сервитуты, предоставленные юридическимъ лицамъ ³⁾ уничтожаются по истеченіи 100 лѣтъ съ момента возникновенія. Кромѣ того личные сервитуты уничтожаются вслѣдствіе *capitis deminutio maxima* и *media*, вещные же—вслѣдствіе физическаго или юридическаго уничтоженія господствующаго земельного участка.

Наконецъ управомоченное лицо можетъ само уничтожить сервитутъ или посредствомъ договора съ собственникомъ служебной вещи, или же одностороннимъ образомъ—посредствомъ *derelictio*; онъ можетъ также утратить сервитутъ помимо своей воли вслѣдствіе непользованія имъ—*non usus*.

Древнѣйшее право опредѣляло, что *usus* и *usufructus* уничтожаются вслѣдствіе неосуществленія ихъ въ теченіи одного или двухъ лѣтъ (смотря по тому, принадлежитъ ли служебная вещь къ движимымъ или недвижимымъ вещамъ), вещные же сервитуты вслѣдствіе двухлѣтняго *non usus*. Для *serv. praed. urb.* недостаточно простаго *non usus*, а необходимо, чтобы къ нему привзошла *libertatis usucapio* (см. ниже). Юстиніанъ увеличилъ этотъ срокъ до 10 и 20 лѣтъ, безъ различія для движимыхъ и недвижимыхъ вещей, въ остальныхъ же отношеніяхъ онъ сохранилъ древнее право, которое поэтому и включено въ Пандекты. Таково содержаніе постановленій Институцій и закона, изданнаго въ 531 году ⁴⁾. Сомнѣніе возбуждалъ одинъ законъ, изданный въ 530 году ⁵⁾; значеніе этого послѣд-

¹⁾ По мнѣнію савиніанской школы, L. 4. D. si usufructus (7,6), L. 6. pr. D. de usufr. (7, 1)

Прим. изд.

²⁾ L. 17. C. de usufr. (3,33).

³⁾ Изъ Пандектъ.

⁴⁾ §. 3. I. de usufr. (2, 4), L. 13. C. de serv. (3,34).

⁵⁾ L. 16. §. 1. C. de usufr. (3,33).

ного закона слѣдующее: во время его изданія Юстиніанъ имѣлъ намѣреніе отнять у *non usus* значеніе способа уничтоженія сервитутовъ, опредѣливъ для этой цѣли, по крайней мѣрѣ для личныхъ сервитутовъ, простое давностное освобожденіе вещи (*Ersitzung der Freiheit*) со всеми условіями *longi temporis praescriptio*. Впослѣдствіи онъ отказался отъ этого плана и распространилъ *longum tempus* на *non usus* вещныхъ сервитутовъ. Одинъ только принципъ изъ прежнихъ его предположеній остался въ юстиніановскомъ правѣ—именно различіе, обуславливаемое присутствіемъ и отсутствіемъ лица во время *non usus*.

Относящіяся сюда постановленія Юстиніана могутъ быть понимаемы двояко:

1) *Praesentia* и *absentia*—въ обыкновенномъ значеніи, когда эти понятія собственно предполагаютъ владѣніе. Различіе это здѣсь не имѣетъ никакого значенія для *non usus*; напр. если я не осуществляю вещный сервитутъ, то понятно, что никакого вліянія не имѣетъ то обстоятельство, что собственникъ служебной вещи живетъ или не живетъ въ одной со мною провинціи. Примѣнять къ разсмотрѣнному случаю положеніе Юстиніана было бы нелѣпо.

2) *Absentia* понимается въ обыкновенномъ смыслѣ; тогда постановленіе Юстиніана будетъ имѣть слѣдующее значеніе: если *non usus* произойдетъ вслѣдствіе отсутствія субъекта сервитута, то для утраты послѣдняго ему долженъ быть назначенъ двойной срокъ (вмѣсто *in integrum resitutio* даваемой въ случаѣ отсутствія).

Намъ необходимо нѣсколько подробнѣе разсмотрѣть понятія *non usus* и *libertatis usucapio*.

Подъ именемъ *non usus* разумѣется утрата права вслѣдствіе отрицательнаго дѣйствія его субъекта; поэтому *ripillus* не можетъ утрачивать своихъ правъ этимъ способомъ, такъ какъ онъ неспособенъ къ совершенію такихъ дѣйствій, послѣдствіемъ которыхъ можетъ быть ущербъ для него. Для наличности такого *non usus* необходимы въ различныхъ видахъ сервитутовъ и различные условія.

1) Для утраты сервитутовъ *usus* и *ususfructus* необходимо прекращеніе обладанія служебною вещью; при этомъ возможна частичная утрата *узуфрукта*,—вслѣдствіе превращенія его въ *usus*. Въ случаѣ передачи *узуфруктуаріемъ* своихъ правъ другому лицу и неосуществленія ихъ послѣднимъ, весьма важное значеніе будетъ имѣть различіе въ характеръ самой передачи; если она совершена за деньги, то этотъ фактъ самъ по себѣ уже составляетъ осуществленіе *узуфрукта*; если же передача безмездна, то *узуфруктуарій* осуществляетъ свое право лишь посредствомъ дѣйствительнаго осуществленія его представите-

лемъ и *non usus* этого послѣдняго равенъ вполне *non usus* у самого субъекта сервитута. *Ususfructus alternis annis datus* не можетъ уничтожаться вслѣдствіе *non usus*, такъ какъ въ немъ заключается нѣсколько отдѣльныхъ, другъ отъ друга независимыхъ правъ.

2) Въ вещныхъ сервитутахъ, управомочивающихъ субъекта на совершеніе отдѣльныхъ, опредѣленныхъ дѣйствій, *non usus* состоитъ въ несовершеніи такихъ дѣйствій ни самимъ собственникомъ господствующей вещи, ни какимъ-либо другимъ лицомъ — для этого собственника. *Non usus* лица, являющагося въ данный моментъ собственникомъ вещи, не имѣетъ значенія. *Non usus* предполагаетъ возможность осуществленія правъ по сервитуту; поэтому если эти права были предоставлены подъ какимъ-либо условіемъ, то *non usus* исчисляется съ момента наступленія условія. Если осуществленіе сервитута должно совершаться периодически, напр. разъ въ мѣсяцъ, разъ въ годъ, то для утраты его вслѣдствіе *non usus* опредѣленъ 20 лѣтній срокъ. Препятствіе къ осуществленію, происшедшее вслѣдствіе какихъ либо физическихъ свойствъ самой вещи, напр. вслѣдствіе наводненія земельного участка, вслѣдствіе разрушенія служебнаго строенія, даетъ право на реституцію противъ причисленія къ сроку того времени, въ теченіи котораго сервитутъ не былъ осуществляемъ по означеннымъ причинамъ. — Исключеніе, существующее для *iter ad sepulcrum*, объясняется слѣдующимъ образомъ: *iter ad sepulcrum* собственно не есть сервитутъ, такъ какъ *sepulcrum* относится къ *res religiosae*, не подлежащимъ праву собственности и потому не имѣющимъ сервитутовъ. Если онъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и обсуждается какъ сервитутъ, то это отнюдь не должно служить къ невыгодѣ его; прекращеніе вслѣдствіе *non usus* менѣе всего можетъ быть примѣнено къ этому *iter ad sepulcrum*, такъ какъ поводы къ осуществленію этого подобія сервитута слишкомъ неопредѣленны, неточны.

3) Въ вещныхъ сервитутахъ, управомочивающихъ субъекта къ какому-либо сооруженію, напр. *servitus tigni, oneris protegendi etc.*, *non usus* обуславливается лишь полнымъ удаленіемъ, уничтоженіемъ означеннаго сооруженія, для чего обыкновенно требуется положительное дѣйствіе обязаннаго собственника, напр. задѣлка отверстія въ стѣнѣ при *servitus tigni etc.*

4) Въ отрицательныхъ вещныхъ сервитутахъ для наличности *non usus* необходимо предпринятіе тѣхъ дѣйствій, которыя могъ бы запретить субъектъ сервитута, и отсутствіе такого запрещенія; такимъ образомъ *non usus* состоитъ здѣсь въ из-

вѣстныхъ положительныхъ дѣйствійхъ собственника служебнаго земельного участка.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ такого *non usus* недостаточно, и необходимо, чтобы къ нему привзошла такъ называемая *libertatis usucapio*. Въ чемъ же состоитъ она? По мнѣнiю Савинья, она состоитъ въ дѣятельности собственника, обусловливающей возможность и наличность *non usus*'а (см. выше рубр. ики 3 и 4). Но это не вѣрно; *libertatis usucapio* заключается во владѣнiи служебнымъ земельнымъ участкомъ, какъ вещью вполне самостоятельную; безъ наличности такого владѣнiя *non usus* субъекта сервитута не можетъ имѣть никакого значенiя. Въ какихъ же случаяхъ требуется эта *libertatis usucapio*? Она положительно необходима для сервитутовъ *praediorum utraporum*¹⁾ на томъ основанiи, что эти сервитуты находятся въ такомъ близкомъ отношенiи (въ пространствѣ) къ самому *praedium dominans*, что они осуществляются въ юридическомъ владѣнiи господствующаго земельного участка. Поэтому и казалось справедливымъ требовать для уничтоженiя этихъ сервитутовъ вслѣдствiе непользованiя — владѣнiе служебнымъ земельнымъ участкомъ, какъ вполне самостоятельнымъ. Но это понятiе *libertatis usucapio* нѣкоторыми учеными было значительно распространено.

Многiе юристы признавали ее, кромѣ того, и въ личныхъ сервитутахъ; мнѣнiе это возникло лишь благодаря тому закону Юстинiана, которымъ былъ отмѣненъ *non usus* (замѣненный упомянутою *longi temporis praescriptio* и затѣмъ опять восстановленный).

Наконецъ Цахарiе, въ вышеуказанномъ своемъ сочиненiи, заявилъ требованiе наличности этой *libertatis usucapio* для всѣхъ сервитутовъ вообще, за исключенiемъ трехъ дорожныхъ сервитутовъ, *serv. aquae ductus* и *aquae haustus*²⁾ — на томъ основанiи, что только относительно этихъ сервитутовъ въ источникахъ права прямо означено, что для прекращенiя ихъ достаточно одного *non usus*. Это обстоятельство не можетъ служить

¹⁾ L. 6. D. de S. P. U. (8,2), L. 32. §. 1. D. eod., L. 18. §. 2. D. quaedam. serv. (8,6).

²⁾ Того же мнѣнiя и Elvers, cit. §. 40. Признанiе *non usus*'а во всѣхъ сервитутахъ, состоящихъ въ какомъ либо *usus*, а не въ исчисленныхъ только въ видѣ примѣра пяти сервитутахъ, выводитъ изъ правила: *quibus modis adquirimus, haedem in contrarium actis ammittimus*, L. 133. D. de R. I. (50, 17). Но такъ какъ *non usus* представляется неопредѣленнымъ состоянiемъ, то въ него включилъ еще понятiе фактнанаго отказа, отреченiя. Paul. R. L. I, 17. §. 12. „veluti remissa“, также опровергаетъ ограниченiе *non usus*'а указаннымъ пятью примѣрами. Прим. изд.

доказательствомъ мнѣнія Цахаріе потому, что означенные пять сервитутовъ въ видѣ примѣровъ упоминаются во многихъ другихъ законоположеніяхъ — безъ цѣли обозначить примѣненіе этихъ послѣднихъ исключительно въ названнымъ сервитутамъ. Мнѣніе это прямо опровергается въ L. 6. D. de S. P. U. ¹⁾. Цахаріе стремится устранить это опроверженіе, утверждая, что Гай считалъ только четыре сельскихъ сервитута. Но этому трудно повѣрить; впрочемъ, если бы даже это и было такъ, то отсюда слѣдовало бы совершенно противоположное указываемому ученымъ Цахаріе положеніе, такъ какъ слова Гая обозначали бы, что для всѣхъ *serv. praed. rusticorum* достаточно одного *pro usus*, причемъ совершенно не важно, если бы Гай действительно по ошибкѣ призналъ лишь означенные сельскіе сервитуты.

VI. Охраненіе сервитутовъ.

§ 191.

Искъ о правѣ по сервитуту носятъ названія *vindicatio servitutis*, *petitio libertatis* (первымъ выраженіемъ обозначается искъ о вещныхъ сервитутахъ, вторымъ — искъ о сервитутахъ личныхъ) или же *confessoria in rem actio* (въ противоположность предоставленной собственнику *actio negatoria*). Последній терминъ является преобладающимъ и употребляется даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда не существуетъ противоположенія между исками субъекта сервитута и собственника вещи.

Истцомъ является субъектъ сервитута; въ вещныхъ сервитутахъ — собственникъ *praedium dominans*. *Actio utilis* предоставлена залогопринимателю, эмантепу, суперфициарію и usufructуарію. Последній имѣетъ право предъявить *actio confes-*

¹⁾ L. 6. D. de S. P. U. (8,2): Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucipiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiantur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublata habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integram jus suum permanet.

rogia и на основаніи своего права по узуфрукту: ему предоставлена не только vindicatio servitutis (вещного сервитута), но и petitio ususfructus, такъ какъ право его распространяется и на этотъ родъ пользованія земельнымъ участкомъ ¹⁾. Такая же utilis actio должна быть предоставлена и добросовѣстному владѣльцу, при чемъ достаточно, чтобы онъ доказалъ свою possessio ad usucapionem по отношенію къ praedium dominans. Но неправильно признавать достаточнымъ доказательства простаго владѣнія или вѣроятности права собственности; это право не есть простая legitimatio ad causam, а является скорѣе элементомъ самой основы иска.

Поводомъ иска по сервитуту служить полное или частичное нарушение сервитута: отнятіе или препятствованіе его осуществленію; отвѣтчикомъ же является не одинъ собственникъ служебной вещи. Фактъ владѣнія не играетъ при этомъ никакой роли: истецъ можетъ продолжать быть владѣльцемъ и все-таки жаловаться въ судъ, possessor juris можетъ быть и petitor juris (совершенно иначе въ искахъ о правѣ собственности). Но possessor juris сдѣлаетъ лучше и цѣлесообразнѣе, если предъявить interdictum retinendae possessionis, благодаря которому онъ 1) сохранить осуществленіе своего права въ теченіи всего процесса и 2) заставить противника выступить съ actio negatoria и тѣмъ возложить на него обязанность доказывать его право собственности.

Необходимо указать здѣсь еще на одинъ случай: если кто-либо предъявляетъ искъ на основаніи отрицательнаго сервитута (напр. serv. altius non tollendi)—до совершенія отвѣтчикомъ дѣйствія, запрещаемаго сервитутомъ, то этотъ отвѣтчикъ можетъ уклониться отъ отвѣта на судъ: если же онъ въ свою очередь захочетъ предпринять надстройку своего строенія, то онъ уже долженъ выступить въ качествѣ истца, притомъ на основаніи сервитута противоположнаго вышеуказанному, т. е. онъ долженъ предъявить actio confessoria на основаніи serv. altius tollendi, а не простую actio negatoria (отрицаніе принадлежности сервитута altius non tollendi), и поэтому онъ долженъ доказать, что имѣетъ какъ бы вновь приобрѣтенное право на извѣстное положительное дѣйствіе ²⁾.

¹⁾ Узуфруктуарій не имѣетъ впрочемъ права предъявить vindicatio сервитута противъ dominus'a, L. un. §. 4. 5. D. de remiss. (43,25). Некоторые ученые признавали этотъ искъ излишнимъ даже по отношенію къ третьимъ лицамъ, L. 1. pr., L. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. (7,6). *Прим. изд.*

²⁾ L. 15. D. de O. N. N.

Предметомъ иска ¹⁾ по сервитуту служить устраненіе нарушенія сервитута и вознагражденіе за вредъ и убытки отъ этого нарушенія, воспрещеніе подобнаго нарушенія на будущее время и даже, если таковое уже повторялось неоднократно, *cautio realis de non amplius turbando*. Нѣсколько собственниковъ одного *praedium dominans* предъявляютъ искъ по сервитуту *in solidum*; точно также *in solidum* направляется искъ противъ нѣсколькихъ собственниковъ одного *praedium serviens*.

Прошеніе по означенному иску должно быть сформулировано слѣдующимъ образомъ: въ виду того, что сервитутъ принадлежитъ мнѣ, истцу, прошу обязать отвѣтника воздерживаться отъ нарушенія этого сервитута подъ извѣстнымъ штрафомъ и потому (въ случаѣ бывшаго уже нарушенія) истребовать отъ него *cautio de non amplius turbando* (въ личныхъ сервитутахъ— присудить къ выдачѣ служебной вещи) и затѣмъ вознаградить всѣ понесенные мною вредъ и убытки.

§ 192.

Истецъ, предъявившій *actio confessoria*, долженъ доказать существованіе права по сервитуту, т. е. доказать возникновеніе сервитута со всѣми необходимыми его условіями. Поэтому, доказывая дѣйствительное установленіе сервитута, онъ долженъ удостовѣрить не только актъ установленія, но и самое право установителя, или же давностное приобрѣтеніе сервитута. Преторское право предоставляетъ субъекту сервитута особый искъ, облегчающій его *onus probandi*,—*actio Publiciana*, впрочемъ лишь въ случаѣ приобрѣтенія сервитута посредствомъ традиціи. Доказательства истца должны быть направлены только на совершеніе *quasi traditio* съ *iusta causa*, т. е. съ волею установить сервитутъ.

Предметъ этого иска тотъ же, что и въ *actio confessoria*; *petitum* формулируется такъ: въ виду того, что мнѣ, истцу, предоставленъ сервитутъ вполне правомѣрнымъ способомъ, прошу и пр., или же подобно просительному пункту въ *actio Publiciana* о правѣ собственности: такъ какъ данное право принадлежитъ мнѣ, истцу, *jure servitutis vel quasi*, то прошу и пр.

Впрочемъ разсматриваемый искъ имѣетъ меньшія послѣдствія, чѣмъ другіе способы охраненія сервитутовъ, а именно 1) судья вовсе не разрѣшаетъ вопроса о правѣ по сервитуту, 2) отвѣтникъ, проигравшій по этому иску, можетъ защищаться противъ истца предъявленіемъ *actio negatoria*, не опасаясь *exceptio rei judicatae*.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

ГЛАВА V.

ЗАКЛАДНОЕ ПРАВО.

1 Понятіе и виды залога.

§ 193.

Вещь, какъ известная имущественная дѣйность, имѣетъ то свойство, что можетъ быть продаваема, обмѣниваема на деньги; это свойство вещи можетъ служить содержаніемъ особаго права на нее, которое, конечно, должно существовать не отдѣльно, а всегда въ связи съ какимъ-нибудь другимъ правомъ.

Такое право продажи вещи является способомъ обезпеченія обязательства; кредитору предоставляется такая вещь, стоимостью которой онъ въ крайнемъ случаѣ можетъ удовлетворить свою претензію; такимъ образомъ кредитору предоставляется известное право на дѣйность вещи. Сдѣлка, посредствомъ которой совершается подобное обезпеченіе обязательства, называется залогомъ, *obligatio rei*, *Verpfändung*; право же, которое вслѣдствіе этого возникаетъ, называется закладнымъ правомъ, *pignus* въ обширномъ смыслѣ, *Pfandrecht*.

Обращаясь къ ученію о закладномъ правѣ, необходимо обратить вниманіе на содержаніе и форму этого права. Содержаніе его, по крайней мѣрѣ существеннѣйшее, составляетъ право продажи вещи; форма его—имѣетъ своимъ назначеніемъ дать кредитору возможность продать вещь и тѣмъ обезпечить осуществленіе его права по обязательству. Когда объектомъ закладнаго права служитъ вещь, то оно можетъ принимать слѣдующія три формы:

1) Форму права собственности. Отдача въ залогъ въ этомъ случаѣ совершалась посредствомъ *mancipatio* или *in jure cessio* вещи, съ условіемъ *gemancipatio* послѣ полного удовлетворенія кредитора; условіе это носитъ названіе *fiducia*; то же названіе присвоено и самому разсмотрѣнному виду залога. Должникъ здѣсь можетъ сохранить владѣніе вещью лишь въ качествѣ прекариста.

2) Форму владѣнія. Это бывало, когда отдача въ залогъ совершалась посредствомъ простой *traditio*, или такъ называемаго

contractus pignericus; здѣсь также возможно прекарное владѣніе должника. Сюда относится закладное право на тѣ имѣнія, владѣніе которыми преторъ предоставляетъ кредитору для обезпеченія его долговой претензіи.

3) Форму *jus in re*. Эта форма возникла вслѣдствіе постановленія преторскаго права о томъ, что даже простое соглашеніе вѣрителя и должника, безъ всякаго перехода права собственности или владѣнія, должно давать вѣрителю право продать вещь для удовлетворенія долга и съ этой цѣлью уполномочивать его предъявить виндикацію противъ лица, владѣющаго данною вещью. Это право установлено было первоначально по отношенію къ *investa* и *illata* арендатора, — *actio Serviana*, а за тѣмъ и по отношенію ко всѣмъ вещамъ вообще, — *actio quasi Serviana*. Этотъ видъ закладнаго права носитъ названіе *hypotheca* и во многихъ случаяхъ признается возникшимъ и существующимъ *tacite* (законная ипотека); впрочемъ оно можетъ возникать и въ силу рѣшенія судьи. Кроме того, вслѣдствіе соединенія этого вида залога съ двумя предшествующими, они получаютъ большее значеніе, сопровождаясь присвоенной первому виндикаціей. Благодаря этой упрощенной формѣ залога, значительно увеличилось число объектовъ закладнаго права; такъ, совершеніе залога въ первыхъ двухъ формахъ безусловно предполагало объектъ права собственности и владѣнія, посредствомъ же ипотеки можетъ быть заложено все то, что имѣетъ какую бы то ни было цѣнность. Первая форма залога — *fiducia* — исчезла въ юстиніановскомъ правѣ, такъ что остались лишь два вида закладнаго права:

1) Закладное право, соединенное съ владѣніемъ — *pignus*. Владѣніе здѣсь можетъ быть юридическимъ или естественнымъ; послѣднее бываетъ при *pignus praetorium*, возникающемъ вслѣдствіе *missio in possessionem*; первое же обыкновенно при *contractus pignericus* (*Faustpfand*).

2) Закладное право — безъ владѣнія, *hypotheca*. *Pignus* и *hypotheca* не представляютъ никакого различія въ смыслѣ закладнаго права, различіе между ними обуславливается тѣмъ, что вовсе не касается непосредственно сущности закладнаго права. По отношенію къ объекту оба вида также не представляютъ никакого различія, такъ какъ таковыми могутъ быть одинаково и движимыя и недвижимыя вещи; впрочемъ *pignus* возможенъ только по отношенію къ вещамъ, а *hypotheca* и по отношенію къ правамъ.

То же самое видимъ мы и въ дѣйствующемъ правѣ. Дальнѣйшее развитіе закладнаго права относится уже къ матеріальному обезпеченію вѣрителей посредствомъ ипотечныхъ книгъ

и тому подобныхъ установлений. Поэтому само по себѣ и независимо отъ нѣкоторыхъ другихъ видоизмѣненій, не находящихся ни въ какой *существенной* связи съ институтомъ залога, заложное право потерпѣло лишь нѣкоторыя измѣненія относительно его возникновенія и относительно нѣкоторыхъ послѣдствій, связанныхъ съ тѣмъ или другимъ способомъ возникновенія этого права (см. ниже). Въ новѣйшее время со всѣхъ сторонъ былъ обсуждаемъ вопросъ: дѣйствительно-ли заложное право есть право *вещное*¹⁾. Вопросъ этотъ можетъ имѣть мѣсто лишь по отношенію къ (главному и нормальному) случаю, когда объектомъ заложнаго права является вещь, но, конечно, не тогда, когда такимъ объектомъ являются права и когда вѣрителю достаются или самыя заложенные права, или же ихъ осуществленіе. При залогѣ вещей содержаніе заложнаго права первоначально зависѣло отъ способа совершенія залога; отношеніе вѣрителя къ вещи могло представлять: *detentio*, юридическое владѣніе, право собственности и наконецъ какое-либо *jus in re*. По юстиниановскому праву всѣ случаи залога вещи представляютъ собою всегда *jus in re*.

Сомнѣніе въ томъ, что заложное право въ тѣхъ случаяхъ, когда объектомъ его служитъ вещь, имѣетъ характеръ вещнаго права, до сихъ поръ не имѣло никакого практическаго результата; поэтому можно было бы пожалуй считать этотъ вопросъ не имѣющимъ значенія; но всякое заблужденіе опасно, такъ какъ оно можетъ незамѣтно распространиться настолько, что вполнѣ затемнитъ истину. Основанія, на которыя ссылаются въ подтвержденіе воззрѣній, отрицающихъ вещный характеръ заложнаго права, представляются отчасти отрицательными (причемъ опровергается свойство его какъ *jus in re*), частью же положительными (доказывается обязательственный характеръ этого права).

Одинъ юристъ весьма наивно утверждаетъ, что вообще нѣтъ никакихъ вещныхъ правъ, въ этомъ случаѣ и заложное право не можетъ, конечно, быть правомъ вещнымъ. Это заявленіе юриста тѣмъ болѣе смѣшно, что онъ самъ опредѣляетъ заложное право—какъ вещное обязательственное право (*dingliches Forderungsrecht*); намъ кажется, что если нѣтъ вовсе

¹⁾ Это свойство заложнаго права главнымъ образомъ оспаривали Бюхель, *ueber die Natur des Pfandrechts*, 1833 г., и Мюленбрухъ, *Lehrbuch des Pand. Rechts* § 303. Защитниками вещнаго характера заложнаго права были Дашъ, *Archiv f. civ. Praxis*, XXIII. 14, 1846 г., Келлеръ, *Pand.* § 190, Дерпбургъ, *das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. roem. Rechts*, т. I, стр. 140, и Вандлейдъ, *cit.* § 224, прим. 8. Изъ Пандектъ.

вещныхъ правъ, то не можетъ быть и правъ вещно—обязательственныхъ. Другіе юристы ссылались на то, что *jus in re* есть отдѣленная составная часть права собственности, тогда какъ закладное право не имѣетъ такого свойства. Но, по нашему мнѣнію, содержаніе закладнаго права составляетъ право продажи заложенной вещи, а это послѣднее есть, безъ сомнѣнія, отдѣльный элементъ права собственности. Правильность нашего взгляда подтверждается тѣмъ обстоятельствомъ, что по древнему праву, для предоставленія кредитору права продать заложенную вещь, необходимо было сдѣлать его сначала собственникомъ ея. Въ опроверженіе этого ссылались (Вангеровъ) на то, что хотя право продажи вещи и составляетъ элементъ права собственности, однако этотъ элементъ еще не отдѣленъ, такъ какъ это право принадлежитъ также еще и собственнику вещи. Это возраженіе есть не болѣе какъ неправильное предствленіе понятія отдѣленія элемента права собственности. На основаніи его и реальныя сервитуты нельзя было бы признать за *jura in re*. Собственникъ ходитъ, ѣздитъ и пр. по своей землѣ *salvo jure itineris etc*; точно также онъ продаетъ вещь *salvo jure pignoris*.

Положительныя основанія, приводимыя въ опроверженіе разсматриваемаго мнѣнія, коренятся главнымъ образомъ въ наименованіи залога терминомъ *obligatio rei*. Такая аргументація, не обращающая вниманія на то, что извѣстный терминъ можетъ имѣть не всегда одинаковое значеніе (напр. *dominium ususfructus*, или у глоссаторовъ *longa consuetudo—longum tempus*), представляется самымъ элементарнымъ научнымъ приѣмомъ, не стоящимъ опроверженія ¹⁾. Затѣмъ, въ подтвержденіе того же мнѣнія, указывали на то, что закладное право по древнѣйшему законодательству не могло быть приобретаемо посредствомъ свободныхъ представителей; имѣя въ виду, что та же невозможность встрѣчается въ *obligationes*, заключали, что и закладное право есть право обязательственное; наконецъ, ссылались на то, что закладное право возникаетъ посредствомъ договора (рядомъ такихъ аргументовъ можно было

¹⁾ Этому соответствуютъ понятія *servitus* и *libertas* въ сервитутахъ. Названіе *obligatio* не совсѣмъ подходящее; оно въ новѣйшемъ правѣ имѣетъ весьма близкое отношеніе къ понятію поручительства, въ древнѣйшемъ же правѣ—къ *pignus pignoris*, къ *fiducia*. *Obligatio (rei)* противопоставляется собственно понятію *obligatio personae* (L. 11, L. 5. §. 2. D. q. m. p. (20,1)—лишь посты отжествляютъ оба понятія—Martial. 12, 23) и въ области юриспруденціи употребляется для обозначенія всякаго ограниченія вещи. См. *Schriften der roem Feldmesser I*, 116, 181, 198, 365., II, 238.

Прим. 430.

бы пожалуй доказать что *riguus* есть брак), что владѣніе закладнымъ правомъ невозможно и т. д.

Всѣми этими аргументами намъ хотѣтъ навязать то нелѣпное правило, что вещь является должницею въ закладномъ правѣ, что всякая заложённая вещь есть лицо; насъ хотѣтъ заставить признать совершенно не римское понятіе вещнаго обязательства!

Въ дѣйствительности же нѣтъ ни одного законоположенія, которое бы стояло въ разрѣзъ и не могло бы быть согласовано съ свойствомъ закладнаго права, какъ извѣстнаго *jus in re* ¹⁾; напротивъ того, оно совершенно ясно опредѣляется какъ *jus in re* ²⁾. При такихъ условіяхъ весьма неразумно искать для закладнаго права какихъ либо иныхъ представленій ³⁾.

II. УСЛОВІЯ ЗАКЛАДНАГО ПРАВА.

А. Обязательство.

§ 194.

Закладное право предполагаетъ существованіе обязательства, въ которому оно находится въ отношеніи акцессіи. Если обязательство условное, то и закладное право стоитъ въ зависимости отъ того же условія.

Обязательство это можетъ быть неисковымъ (*naturalis obligatio*); это нисколько не препятствуетъ дѣйствительности закладнаго права, все равно—было ли обязательство неисковымъ съ самаго начала, или же оно сдѣлалось таковымъ впослѣдствіи ⁴⁾.

¹⁾ Но есть довольно много законовъ, не подходящихъ къ извѣстному *jus ad rem*, напр. *in rem actio*; поэтому-то причисленіе закладнаго права къ обязательствамъ (какъ это напр. встрѣчается у Арндтса, *Lerhb. der Pandekten*, 1852 г. §. 364) не можетъ считаться правильною систематизаціею римскаго права.

Прим. изд.

²⁾ Ср. *L. 19. pr. D. de damno inf.* (39,2): *Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.*

³⁾ Въ новѣйшее время стремились опредѣлить свойства закладнаго права на основаніи связанныхъ съ этимъ правомъ исковъ; до крайнихъ предѣловъ въ этомъ отношеніи дошелъ Бахоуенъ, *Röem. Pfandrecht*, 1871 г., который отождествляетъ закладное право съ искомъ по оному, вследствие чего возмнжаетъ необходимость признанія иска безъ всякой основы. *Прим. изд.*

⁴⁾ *L. 5. pr. D. de pign.* (20,1): *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunq; obligatione, sive mutua pecunia datur, sive d'ca, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatam, et*

Нѣсколько иное правило, высказанное въ L. 2. D. quae res pign¹), имѣть совершенно особыя основанія: filius familias совершилъ вопреки S. L. Macedonianum заемъ, третье лицо обезпечило этотъ заемъ залогомъ своихъ вещей; это послѣднее, для защиты себя противъ actio hypothecaria, имѣть excerptio S. C. Macedoniani (въ качествѣ поручителя), но не потому, что въ данномъ случаѣ существуетъ naturalis obligatio, а потому, что оно можетъ, какъ поручитель, предъявить обратное требованіе къ означенному filiusfamilias. По этому цитированное законоположеніе ошибочно выставлялось въ подтвержденіе того мнѣнія, что при неисковомъ обязательствѣ уменьшается дѣйствительность заладнаго права; напротивъ, это законоположеніе содержитъ въ себѣ мысль совершенно противоположную.

Обязательство должно принадлежать тому лицу, которое является субъектомъ; такъ, можно приобрести заладное право лишь для обезпеченія *своего собственнаго* обязательства; но свою вещь можно заложить для обезпеченія чужаго обязательства; залогодатель и должникъ обыкновенно составляютъ одно и то же лицо, хотя это не безусловно необходимо.

В. Объектъ заладнаго права.

§ 195.

Заладное право не можетъ существовать безъ объекта, подвергнутаго залладу. Посредствомъ ипотени число объектовъ заладнаго права значительно увеличилось: все, что могло быть продаваемо, могло быть и залладываемо, хотя бы предметъ, отдаваемый извѣстному лицу въ залогъ, не могъ быть имъ приобретенъ въ собственность.

Не только отдѣльныя вещи могутъ быть залладываемы, но объектомъ заладнаго права могутъ быть и цѣлыя univer-

sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt, sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit.

¹) L. 2. D. quae res pign. (20,3): Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore ejus.

vitates rerum. Объектомъ является не только каждая отдѣльная вещь, входящая въ составъ *universitas*, но и вся *universitas* вообще; поэтому—не только тѣ вещи, которыя были налицо въ моментъ совершенія залога, но и которыя присоединятся къ *universitas* впоследствии. Закладываемы могутъ быть также и будущія вещи, (*res futurae*, имѣющія возникнуть въ будущемъ, а не только подлежащія приобрѣтенію). Если вещь, имѣющая произвести плоды, находится *in bonis* залогопринимателя, т. е. если онъ на нее имѣетъ такое право, въ силу котораго онъ приобрѣтаетъ плоды этой вещи, то существуетъ известное закладное право и на ожидаемыя въ будущемъ плоды такой вещи; эти плоды могутъ быть также продаваемы. Закладное право на *res futura*, при появленіи ея въ действительности, обращается въ право на существующую, уже заложенную вещь.

Что касается правъ, то объектомъ залога являются прежде всего отчуждаемыя права: *superficiis* и *emphyteusis*, которыя могутъ быть закладываемы субъектами ихъ (суперфициаріемъ и эмфитевтомъ) или же собственникомъ вещи, который устанавливаетъ на ней закладное право въ пользу кредитора—на случай продажи вещи. Кроме того могутъ быть закладываемы обязательства (*pignoris datum*); въ послѣднемъ случаѣ представляется цессія обязательства для обезпеченія залогопринимателя,—см. ниже; при передачѣ ему долговаго документа возникаетъ и залогъ этого послѣдняго. Наконецъ можетъ быть заложено даже известное закладное право, *subpignus*.

Залогъ сервитута слѣдуетъ понимать такъ: вѣритель приобрѣтаетъ право продать известный сервитутъ, который имѣетъ еще быть установленнымъ, но въ моментъ совершенія залога еще не существуетъ. Въ сущности объектомъ закладнаго права здѣсь также является вещь, лишь право продажи ея ограничено однимъ означеннымъ элементомъ. Залогъ сервитута въ собственномъ смыслѣ (т. е. сервитута существующаго) невозможенъ, такъ какъ ни самое право на сервитутъ, ни даже осуществленіе этого права—не подлежатъ отчужденію. Отступленія отъ этого общаго правила встрѣчаются:

1) При *usufructus*, который можетъ быть закладываемъ а) самимъ *usufructuarіемъ* и б) собственникомъ вещи (посредствомъ предоставленія его кредитору, который будетъ впоследствии имѣть право продать осуществленіе *usufructus*).

2) При *servitutes praediorum rusticorum*—на основаніи особеннаго закона. Эти сервитуты могутъ быть предоставляемы кредитору, если онъ имѣетъ *vicinum praedium*, съ правомъ продажи сервитута кому-либо изъ сосѣдей, *vicinus*. (Въроят-

но, это слѣдуетъ сказать о *fiducia*, *mancipatio*, такъ какъ означенные сервитуты были *res mancipi* ¹⁾.

Указанные объекты могутъ быть закладываемы не только *спеціально*, но и *коллективно*; на этомъ основывается подраздѣленіе на *obligatio specialis* и *generalis*, специальный и коллективный залогъ. Предметъ слѣдуетъ считать специально заложеннымъ, когда онъ при залогѣ точно и специально обозначенъ; при коллективномъ, родовомъ залогѣ объектъ обозначается по родовымъ или другимъ общимъ признакамъ, напр. я закладываю все *invecta et illata*, все имущество (т. е. все предметы, входящія въ составъ имущества). Залогъ каждой *universitas* *regum* является специальнымъ и коллективнымъ одновременно. Означенное дѣленіе залога повело къ другому подраздѣленію, которе нерѣдко смѣшивалось съ первымъ, именно къ подраздѣленію самаго закладнаго права на специальное и коллективное. О значеніи этихъ двухъ понятій было множество споровъ. Нѣкоторые называли коллективнымъ закладнымъ правомъ—право на цѣлое имущество, другіе—право, не ограничивающееся однимъ какимъ-либо предметомъ. Это подраздѣленіе совершенно бессмысленно, такъ какъ опредѣлительныя слова „специальный и коллективный“ отнюдь не могутъ относиться къ закладному праву (въдѣ нельзя назвать право собственности коллективнымъ или родовымъ, когда извѣстное лицо приобретаетъ въ собственность нѣсколько разныхъ вещей).

III. Возникновеніе закладнаго права.

§ 196.

Закладное право есть акцессія обязательства, съ которымъ его бытіе находится въ существенной связи. Оно не можетъ быть отдѣлено отъ одного обязательства и перенесено на другое, хотя бы и принадлежащее тому же самому лицу (кредитору). Лишь съ переходомъ обязательства къ другому лицу, къ нему же и переходитъ закладное право, напр. къ *successor uni-*

1) Слова, помѣщенные авторомъ въ скобкахъ, должны, вѣроятно, быть опущены, такъ какъ 1) здѣсь на самомъ дѣлѣ и нельзя думать о *fiducia* и *mancipatio* потому, что сервитутъ залогодателя не могъ бы переноситься на другое лицо, и 2) что здѣсь вовсе нѣтъ и рѣчи о *mancipatio* сервитута въ пользу кредитора; означенное правило скорѣе находится въ зависимости отъ interdиктнаго охраненія, котораго лишены *servitutes praediorum urbanorum*, но которое предоставлено сервитутамъ *praediorum rusticorum*.

Прим. изд.

versalis, къ цессіонарію. Здѣсь не происходитъ однако смѣны субъектовъ, такъ какъ субъектомъ закладнаго права будетъ то лицо, которому приходится осуществлять данное обязательство. Поэтому пріобрѣтеніе закладнаго права обусловливается всегда, кромѣ случая вступленія въ существующее уже обязательство, возникновеніемъ известной obligatio, а не преемствомъ по отношенію къ наличному закладному праву (случай, когда повидимому совершается такая successio, представляются простымъ вступленіемъ въ существующее обязательство).

Способы возникновенія закладнаго права сводятся къ слѣдующимъ тремъ главнымъ видамъ:

1) Установленіе его посредствомъ частной воли—со стороны того лица, которому принадлежитъ закладываемый предметъ.

2) Установленіе его судьей, независимо отъ воли должника, и даже, пожалуй, противъ воли его.

3) Молчаливое возникновеніе закладнаго права—въ силу положительнаго закона, связующаго съ известнаго рода обязательствомъ закладное право на данныйъ объектъ,—помимо какаго то ни было акта установленія, *pignus tacite contrahitur* (чего не должно смѣшивать съ молчаливымъ *установленіемъ* его), *pignus tacitum*, *pignus legale*. Возникать такимъ образомъ можетъ только *hypotheca*, собственно *pignus* требуетъ действительнаго установленія и такого акта, которымъ пріобрѣтается владѣніе закладываемою вещью.

Последніе два вида закладнаго права обыкновенно называются однимъ общимъ именемъ *pignus necessarium*, тогда какъ первый носитъ названіе *pignus voluntarium*.

Римскіе принципы, опредѣляющіе способы возникновенія закладнаго права, подвергались въ Германіи весьма частымъ измѣненіямъ, главнымъ образомъ по отношенію къ недвижимымъ вещамъ; измѣненія эти имѣли преимущественно въ виду фактическое обезпеченіе закладнаго права. Обезпеченіе кредитора основывается на томъ, а) что залогодатель есть собственникъ вещи и потому управомоченъ на ея залогъ; б) что продажная цѣна вещи можетъ покрыть обязательство, причемъ кредитору весьма важно знать о тѣхъ тягостяхъ, которыя могутъ повліять на цѣну вещи, и с) что на вещи нѣтъ прежнихъ закладныхъ правъ, которыя, по ихъ удовлетворенію, могли бы поглотить всю стоимость вещи и не оставить ничего для удовлетворенія послѣдняго вѣрителя. Такая многочисленность закладныхъ правъ на одну и ту же вещь не могла имѣть мѣста ни при *fiducia*—когда собственникомъ вещи могло сдѣлаться лишь одно лицо, ни при залогѣ, сопряженномъ съ владѣніемъ вещью, а стала возможною лишь при *hypotheca*. Эта-та возможность и

представляет собою невыгодную сторону ипотечнаго залога. Ипотека съ одной стороны расширила кредитъ и способы его установленія, за то съ другой — она подорвала прочность института залога. Противъ такой опасности римское право не представляло никакихъ достаточныхъ гарантій. Оно представляло извѣстныя привилегіи нѣкоторымъ залогопринимателямъ; но и этотъ порядокъ послужилъ также въ ущербъ институту залога, — такъ какъ самый осторожный кредиторъ не могъ быть увѣренъ въ томъ, что не явится какое-либо привилегированное лицо и не приобрететъ извѣстное закладное права на ту же вещь. Возможность знать о всѣхъ ипотекахъ, лежащихъ въ данное время на вещи, затрудняется существованіемъ такъ называемой *законной* ипотеки. Римское постановленіе, по которому всякій залогодатель обязанъ объявить кредитору о всѣхъ ипотекахъ, лежащихъ на вещи, въ противномъ случаѣ онъ считается мошенникомъ, не только само по себѣ не представляетъ никакой существенной гарантіи, но можетъ быть даже парализовано невѣденіемъ должника о существованіи такой ипотеки, которая установлена лицомъ, имѣвшимъ до него право собственности на вещь. [Въ Аттікѣ существовалъ самый простой способъ обозначенія ипотеки: въ каждомъ земельномъ участіи выставлялась дощечка, на которую и записывались всѣ закладныя права на данный участокъ].

Съ цѣлью увеличить фактическую обеспеченность ипотеки и уменьшить невыгоды ея, были испытаны различныя средства. Такъ, сначала была введена болѣе удобопознаваемая форма совершенія заклада недвижимости — при содѣйствіи судьи, затѣмъ старались пособить дѣлу посредствомъ уничтоженія законной ипотеки. Наконецъ, были введены особыя ипотечныя книги, посредствомъ которыхъ означенная цѣль достигается всего лучше, хотя и не безъ значительныхъ матеріальныхъ жертвъ. Институтъ ипотечныхъ книгъ основывается на принципѣ публичности и спеціальности ипотеки надъ недвижимыми вещами. По отношенію къ нимъ примѣняются слѣдующія четыре основныя правила.

1) Право совершить закладъ недвижимости (подъ условіемъ общей дѣеспособности) имѣетъ то лицо, которое въ ипотечныхъ книгахъ значится собственникомъ ея.

2) Дѣйствительны только тѣ ипотеки, которыя значатся въ ипотечной книгѣ. То же самое должно сказать и относительно всякихъ другихъ тягостей, лежащихъ на вещи (напр. относительно установленія узуфрукта или какого-либо другаго сервитута). Этимъ правиломъ отиѣнены всѣ законныя ипотеки, особенно размножившіяся въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, а равно и

всѣ привилегіи, такъ какъ всѣ вопросы, возникающіе изъ ипотеки, стали разрѣшаться по времени внесенія ея въ ипотечную книгу.

3) Обязательство, обеспеченное залогомъ, должно по возможности опредѣляться *извѣстною* суммою.

4) Ипотека должна всегда имѣть *отрѣвленный* предметъ; этимъ правиломъ отмѣненъ коллективный залогъ, который, вслѣдствіе неумѣреннаго примѣненія въ римскомъ правѣ, причинилъ много зла.

Первыя два правила удовлетворяютъ принципу публичности, послѣднія два—принципу спеціальности. Способъ возникновенія закладнаго права—по общему праву, при существованіи института ипотечныхъ книгъ, можетъ только уполномочить лицо требовать внесенія приобретаемаго права въ книгу, но отнюдь не обуславливаетъ непосредственнаго приобретенія самаго права.

А. Установленіе закладнаго права по волѣ частныхъ лицъ.

§ 197.

Закладное право можетъ быть устанавливаемо посредствомъ договора (*Conventionalpfandrecht*) или завѣщательнаго распоряженія (*testamentarisches Pfandrecht*). Объ этомъ послѣднемъ способѣ возникновенія будетъ сказано въ ученіи о наследственномъ правѣ. Для установленія закладнаго права, по общему праву (*gemeinrechtlich*), не предписано никакой особой формы (поэтому оно возможно *p tacite*). Но посредствомъ *ratum* возникаетъ лишь ипотека, т. е. закладъ недвижимости, залогъ же движимости требуетъ непременно такъ-называемаго *contractus pignoratiticius* (см. § 320). Установленіе закладнаго права находится въ зависимости отъ слѣдующихъ двухъ условій: 1) отъ извѣстнаго управомоченія установителя, и 2) отъ права распоряженія. Первое изъ этихъ условій требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Отдача кѣмъ-либо въ залогъ чужой вещи не устанавливаетъ никакого закладнаго права. Лицо, имѣющее вмѣстѣ съ другими лицами право общей собственности на одну и ту же вещь, можетъ закладывать только принадлежащую ему долю вещи. (Право залогопринимателя въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ хотя бы только *possessio ad usucapionem* залогодателя, охраняется посредствомъ *actio Publiciana*; точно также охраняется и право лица, купившаго у него заложенную вещь).

Если заложены *res futurae*, то возникновение залогового права на них предполагает не только действительное последующее бытие их, но и обращение их в собственность залогодателя. Поэтому, если заложены плоды от известного земельного участка, который находится во власти добросовестного владельца, то в таком случае залоговое право не возникает (такъ какъ плоды приобретаются самимъ добросовестнымъ владельцемъ). Если вместе съ плодами заложенъ и самый земельный участокъ, то посредствомъ *actio hypothecaria* можно требовать и присуждения плодовъ (такъ же, какъ и при *rei vindicatio*); но такое присуждение можетъ и не имѣть мѣста—въ случаѣ потребления плодовъ *bonae fidei possessor*'омъ ¹⁾.

Залогодатель долженъ обладать вещью *in bonis* ко времени отдачи ея въ залогъ. Это основное правило допускаетъ слѣдующія отступленія: 1) оно примѣняется лишь къ спеціальному, а не коллективному залогоу; 2) возможенъ спеціальныи залогъ чужой вещи, подъ условіемъ последующаго ея приобретения; 3) если закладываемая вещь должна была принадлежать залогодателю ко времени совершения имъ залога (хотя въ действительности еще не принадлежала), то залогъ во всякомъ случаѣ действителен, такъ какъ сначала представляется заложенымъ известное право требовать вещь, переходящее, съ приобретениемъ ея, въ залоговое право на самую вещь.

Недостатокъ права собственности, встрѣчающійся у залогодателя, восполняется согласіемъ собственника вещи на ея залогъ. (Такое согласіе должно признать существующимъ *tacite*, если онъ завѣдомо допустилъ залогъ своей вещи такому лицу, которое не знало, что вещь не принадлежитъ залогодателю, иначе пришлось бы признать его соучастникомъ въ *dolus*). Такое же послѣдствіе имѣетъ и послѣдующее согласіе собственника оставить ее въ залогъ—въ обезпеченіе обязательства заложившаго ее несобственника.

Полное укрѣпленіе (*Convalescenz*) залога чужой вещи происходитъ вслѣдствіе приобретения залогодателемъ на нее права собственности. Въ этомъ случаѣ вѣритель получаетъ *utilis actio hypothecaria*. Последняя имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда вѣрителю предоставлена *replicatio doli* противъ возраженія, будто залогодатель не былъ собственникомъ вещи. Та-

¹⁾ L. 1. §. 2. D. de pign. (20,1): Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fidei emptor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

кого укрѣпленія не послѣдуетъ, если залогоприниматель зналъ о томъ, что залогодатель не былъ собственникомъ заложеной вещи (за исключеніемъ впрочемъ условія послѣдующаго приобрѣтенія этой вещи въ собственность, см. выше п. 2). Тогда вѣрителю предоставляется *retentio*, а не искъ ¹⁾. Въ заключеніе укажемъ отдѣльные случаи конвалесценціи залога.

1) По отношенію къ самому залогодателью, сдѣлавшемуся въ послѣдствіи собственникомъ заложеной вещи.

2) По отношенію къ третьему лицу — владѣльцу, производящему свое право отъ того же втораго лица — несобственника (напр. А. заложилъ чужую вещь и въ послѣдствіи продалъ ее). Другое дѣло, когда третье лицо — владѣлецъ — *bona fide* приобрѣло свое право отъ залогодателя уже послѣ того, какъ этотъ послѣдній сдѣлался собственникомъ вещи. (Въ этомъ случаѣ залогоприниматель не можетъ воспользоваться упомянутою *utilis hypothecaria actio*: такъ онъ не можетъ противопоставить *replectio doli* возраженію, будто залогодатель не былъ собственникомъ вещи).

3) По отношенію къ собственнику вещи, сдѣлавшемуся заложникомъ залогодателя, если притомъ онъ отвѣчаетъ за существованіе залоговаго права. Этого послѣдняго условія можетъ и не быть, напр. когда залогодатель не гарантировалъ своего права собственности; поэтому нельзя считать этотъ случай тождественнымъ со случаемъ указаннымъ въ 1-й рубрикѣ. Это очевидно изъ *L. 41. D. de pign. act.* ²⁾, гдѣ слова *sed si convenisset de pignore* означаютъ: если отвѣтчикъ есть то же самое лицо, которое установило залоговое право ³⁾.

¹⁾ *L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignori dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilior creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio.* (Эта *retentio* осуществляется, впрочемъ, не посредствомъ *exceptio doli*, а посредствомъ владѣльческихъ способовъ охраненія).

²⁾ *L. 41. D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam, pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cepisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* (Paul.)

³⁾ Ср. пр. XVIII.

В. Установленіе закладнаго права судомъ.

§ 198.

Закладное право ¹⁾ можетъ возникнуть: 1) вслѣдствіе *adjudicatio* по иску о раздѣлѣ, когда судья присуждаетъ одно лицо къ уплатѣ другому, имѣвшему съ нимъ право на одну и ту же вещь, извѣстной суммы и въ обезпеченіе допускаетъ закладное право на вещь, которая имъ присуждена другому, 2) вслѣдствіе судебного совершенія залога—ради приведенія въ исполненіе состоявшагося уже судебного рѣшенія, *pignus in causa judicati captum*; закладное право возникаетъ лишь при дѣйствительномъ совершеніи залога на судѣ, и 3) вслѣдствіе *missio in possessionem*; подъ этимъ именемъ разумѣется такое судебное опредѣленіе, которымъ лицу предоставляется владѣніе одною вещью или цѣлою совокупностью имущественныхъ цѣнностей другого лица—съ цѣлью обезпечить права, принадлежащія первому. По общему правилу *missus* получаетъ только естественное, фактическое владѣніе (*pignus praetorium*), и лишь въ одномъ случаѣ (см. § 494) послѣдствіемъ этой *missio in possessionem* является право собственности. Закладное право на имущество должника возникаетъ лишь послѣ дѣйствительнаго вступленія во владѣніе даннымъ имуществомъ, а не тотчасъ по изданіи декрета, предоставляющаго такое владѣніе.

С. Возникновеніе закладнаго права въ силу положительнаго закона.

§ 199—201 ¹⁾.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ закладное право возникаетъ *ipso jure*, лишь бы общія условія возникновенія (обязательство и объектъ) были на лицо (такъ назыв. молчаливое, законное закладное право), — вслѣдствіе того, что законъ соединяетъ съ нѣкоторыми обязательствами извѣстное закладное право на вещь или на нѣкоторыя вещи должника. Впрочемъ такимъ образомъ могутъ возникать только ипотеки, залогъ же движимыхъ вещей предполагаетъ непременно владѣніе, а оно не можетъ приобрѣтаться *ipso jure* ²⁾.

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Нѣкоторые юристы насчитывали чрезвычайно много случаевъ возникновенія такого закладнаго права; это произошло отъ того, что они каждый

Закладное право на всѣ недвижимыя имущества лица имѣютъ:

1) *Fiscus*—по всѣмъ обязательствамъ вообще: *fiscus semper habet jus pignoris*; въ частности же оно принадлежитъ казнѣ а) въ виду всѣхъ податей и налоговъ, б) въ виду всѣхъ вообще платежей и обязательствъ съ казною, куда безъ сомнѣнія относятся взысканія съ ея чиновниковъ. Но такого права казна не имѣетъ при уголовныхъ взысканіяхъ (*roepae fiscales*). Право, подобное праву казны, принадлежитъ правителю и его супругѣ. Практика предоставляетъ такое закладное право и городамъ— ради обезпеченія городскихъ доходовъ и на случай взысканій съ лицъ, завѣдывавшихъ городскимъ управленіемъ,— за упущенія по службѣ ¹⁾.

2) *Опекаемые*—по отношенію къ имуществу опекуновъ—въ виду обезпеченія обязательствъ этихъ послѣднихъ по опека: въ частности *puilli*, несовершеннолѣтніе и *furiosi*. Въ случаѣ вторичнаго брака матери до полнаго отчета по опека и возвращенія всѣхъ находившихся въ ея завѣдываніи дѣяностей, такое закладное право существуетъ и по отношенію къ имуществу отчима. Вопросъ о томъ, имѣютъ ли другія, состоящія подъ опекою лица, кромѣ вышеуказанныхъ, такое же *pignus legale*,—представляется спорнымъ. Вопросъ же о томъ, существуетъ ли законное закладное право на имущество *protutor'a* т. е. лица, дѣйствующаго въ качествѣ опекуна, не будучи имъ на самомъ дѣлѣ, долженъ быть разрѣшенъ утвердительно, такъ какъ здѣсь представляется большая, чѣмъ гдѣ либо, необходимость гарантіи опекаемыхъ отъ недобросовѣстнаго управленія ихъ имуществомъ.

3) *Дѣти*—по отношенію къ имуществу родителей—въ виду того, что имъ по закону представлено управленіе и пользованіе имуществомъ дѣтей; въ частности такое закладное право существуетъ: а) по отношенію къ имуществу отца,—ради охраненія имущества дѣтей, доставшагося ему отъ матери или отъ восходящихъ родственниковъ съ материнской стороны; б) по отношенію къ имуществу вступающаго во второй бракъ родителя—ради тѣхъ имѣній, которыя должны достаться дѣтямъ отъ пер-

отдѣльный примѣръ закладнаго права, встрѣчаемый въ источникахъ, считали за *pignus legale*, отчасти же и отъ того, что они распространяли прямо указанные въ законѣ случаи—на случаи аналогичскіе. Какъ то, такъ и другое не можетъ быть оправдано, такъ какъ множество существующихъ въ римскомъ правѣ законныхъ ипотекъ представляется настоящимъ зломъ, и такъ какъ изъ числа ихъ есть много такихъ, къ установленію которыхъ законодатель не представлялось достаточныхъ оснований. Изъ Пандектъ.

¹⁾ Glueck. Comment. XIX. стр. 83. Ср. L. 2. C. de debit. civ. (11,32).

ваго брака; означенное закладное право должно быть признано существующимъ не только ко времени заключенія втораго брака, но ко времени приобрѣтенія вещей упомянутымъ *agens bibus*.

4) Жена (по Nov. 109 только правовѣрная)—по отношенію къ имуществу мужа: а) ради приданого, которое онъ обязанъ возвратить. Относительно *res exstantes* она, по своему произволу, можетъ воспользоваться своимъ правомъ на обязательное по закону возвращенію ей этихъ *res*, или отказаться отъ этого права (§ 142); въ послѣднемъ случаѣ и эти *res* подлежатъ законному закладному праву. Впрочемъ такого рода законное право связано только съ искомъ о приданомъ и не принадлежитъ такому лицу, которое, устанавливая приданое, особо условилось о возвращеніи ему этого приданого и имѣетъ право на искъ только въ силу такого уговора; б) ради наличныхъ капиталовъ, составляющихъ собственное имущество жены и порученныхъ управленію мужа—въ случаѣ, если послѣдній ихъ себѣ присвоиваетъ. Практика распространяетъ это правило на всякое собственное имущество жены, находящееся въ управленіи мужа,—*parapherna*, и с) ради установленной для нея *donatio propter nuptias*.

5) Мужъ—ради установленнаго приданого—по отношенію къ имуществу того лица, которое обязалось выдать это приданое.

6) Тотъ, которому достается наслѣдство, завѣщанное подъ условіемъ невступленія въ новый бракъ такому другому лицу, которое этого условія не выполнило, приобрѣтаетъ законное закладное право на имущество этого лица,—ради обязанности послѣдняго возвратить завѣщанное имущество.

7) Церковь—по отношенію къ имуществу своего эфитевта—на случай порчи эфитевзиса.

Законное закладное право, простирающееся не на все имущество должника, имѣютъ:

1) Тотъ, кто ссудилъ деньги на возобновленіе разрушеннаго строенія (а не на обыкновенную его поправку) хозяину строенія или завѣдующему по порученію послѣдняго этимъ возобновленіемъ (*conductor operis*),—ради права обращенія взысканія ссуженныхъ денегъ на возстановленное строеніе. Такъ какъ закладному праву необходимъ какой либо объектъ, то деньги должны быть съ этою цѣлью выданы и приняты, и постройка должна быть выполнена. По окончаніи постройки закладное право не ограничивается одною *superficies*, но распространяется и на землю подъ строеніемъ, если строитель есть вмѣстѣ съ тѣмъ и собственникъ этой земли, а не лишь ея *superficiarius*. При этомъ во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы выданное въ ссуду было истрачено, по ссуженное признается потрачен-

нымъ и тогда, когда взявшій ссуду производилъ постройку изъ собственныхъ средствъ, увеличенныхъ ссуженною суммою; тра- тѣхъ же денежныхъ знаковъ, которыя даны въ ссуду, ко- нечно, не есть необходимость. Но законное закладное право не возникло бы въ томъ случаѣ, когда въ послѣдствіи кто либо другой возвелъ строеніе *alimo donandi* для хозяина онаго.

2) *Малолѣтніе pupilli* и *несовершеннолѣтніе*—по отношенію къ вещамъ, купленнымъ кѣмъ либо на ихъ деньги, но не для нихъ,—ради возмѣщенія этихъ денегъ—въ томъ случаѣ, если они предпочитаютъ деньги праву собственности на эти вещи (§ 149).

3) Отдавшій въ аренду *praedium rusticum* (т. е. въ дан- номъ случаѣ—земельный участокъ предназначенный для пло- доводства),—по отношенію къ плодамъ, выращеннымъ на немъ самимъ арендаторомъ или его преемникомъ въ арендѣ (*Afterpaech- ter*),—ради тѣхъ требованій, которыя могутъ возникнуть изъ аренднаго договора. Но законнаго закладнаго права не будетъ имѣть собственникъ арендуемой земли по отношенію къ *investa* и *illata* арендатора; поэтому такое право можетъ быть прио- брѣтено имъ посредствомъ особаго установленія.

4) Отдавшій внаймы *praedium urbanum*,—по отношенію къ *investa* и *illata* нанимателя т. е. къ вещамъ, принадлежащимъ нанимателю, которыя послѣдній внесъ въ земельный участокъ или въ домъ, *ut ibi sint* (посредствомъ которыхъ происходитъ пользованіе этимъ *praedium*),—ради тѣхъ требованій, которыя возникаютъ изъ договора найма. Если наниматель отдалъ иму- щество отъ себя внаймы, то *investa* и *illata* его преемника подлежатъ законному закладному праву не перваго нанимателя, а втораго, право котораго въ свою очередь подлежитъ закон- ному закладному праву перваго нанимателя (*subpignus*). Раз- личіе этого вида законнаго закладнаго права съ указаннымъ въ 3 рубрикѣ, вытекаетъ изъ различія объектовъ того и другаго.

5) *Легатаріи* (а также универсальные *фидеикомиссаріи*)—по отношенію къ имуществамъ лицъ, обязанныхъ выдать легать,— ради обезпеченія выдачи. Если нѣсколько такихъ наслѣдниковъ обязаны *pro rata* выдать отказанное, то отвѣтственность огра- ничивается наслѣдственною долею каждаго изъ нихъ.

IV. Прекращеніе закладнаго права.

§ 202.

Два способа прекращенія закладнаго права вытекаютъ изъ самой сущности этого права:

1) Оно погашается вмѣстѣ съ обязательствомъ, ради котораго существуетъ и принадлежность котораго составляетъ.

2) Продажа залога управомоченнымъ на то залогопринимателемъ отмѣняетъ всѣ закладныя права на этотъ залогъ, но продажа его собственникомъ такого дѣйствія не имѣетъ.

Что касается до перваго способа, то слѣдуетъ сказать, что закладное право прекращается во всѣхъ случаяхъ прекращенія самаго обязательства, каковы суть: уплата и всякій другой способъ удовлетворенія по обязательству, а также и прекращеніе онаго безъ удовлетворенія. Хотя въ формулѣ *actionis Servianae* говорится только *neque solutum neque satisfactum*, тѣмъ не менѣе, такъ какъ никакое закладное право немыслимо безъ обязательства, всякое прекращеніе послѣдняго уничтожаетъ и закладное право. Римскіе юристы пользуются вышеупомянутымъ ограниченнымъ выраженіемъ формулы только въ тѣхъ случаяхъ, когда по особымъ причинамъ прекращеніе обязательства является несправедливымъ результатомъ т. е. они не устанавливаютъ правила, что закладное право можетъ существовать безъ обязательства, но считаютъ такое прекращеніе неполнымъ, при чемъ сохраняется извѣстная *naturalis obligatio*, а вмѣстѣ съ нею и самое закладное право.—Полное прекращеніе обязательства безусловно необходимо а) по отношенію къ *quantitas*: для малѣйшей доли этого обязательства остается въ силѣ все закладное право, какъ не дѣлимое; если заложены двѣ вещи, то ни одна изъ нихъ не освобождается отъ залога прежде погашенія всего долга; б) по отношенію къ степени: закладное право не уничтожается въ случаѣ прекращенія одной гражданской стороны обязательства, т. е. иска, а остается извѣстная *naturalis obligatio*. Если по окончательному судебному рѣшенію должникъ присужденъ уплатить болѣе, чѣмъ онъ на самомъ дѣлѣ былъ долженъ, то закладное право прекращается съ уплатою дѣйствительнаго долга, такъ какъ кредиторъ можетъ сослаться на *res judicata* только противъ должника, а не противъ другаго лица.

2) Отреченіе, *remissio pignoris*. Отреченіе отъ закладнаго права не заключаетъ въ себѣ отказа отъ самаго обязательства. Молчаливое отреченіе происходитъ при возвращеніи съ этою цѣлью закладной или заложеной движимой вещи, или въ видѣ согласія на отчужденіе имущества безъ сохраненія закладнаго права. Въ послѣднемъ случаѣ закладное право погашается не однимъ только согласіемъ вѣрителя, но лишь дѣйствительнымъ отчужденіемъ имущества (хотя достаточно одного обязательства должника передать право собственности), совершеннымъ тѣмъ именно образомъ, какъ предполагалъ давшій свое согласіе вѣритель,

напр. продажная цѣна не должна быть ниже той, на которую онъ согласился, если этою продажею затрогиваются его интересы; если же продажная цѣна имѣетъ пойдти на удовлетвореніе вѣрителя, то уплата ея должна быть совершена, въ противномъ случаѣ закладное право не погашается. Послѣдующее вторичное приобрѣтеніе вещи должникомъ не подвергаетъ эту вещь вновь закладному праву, развѣ явятся къ тому особы основанія, какъ напр. *dolus* должника. То же дѣйствіе имѣетъ и молчаливое согласіе на отчужденіе имущества, но только не тогда, когда вѣритель знаетъ объ отчужденіи и допускаетъ оное. Исключенія бываютъ: а) когда идетъ рѣчь о такомъ отчужденіи, дѣйствительность котораго зависитъ отъ прекращенія закладнаго права, напр. освобожденіе раба, б) когда вѣрители *edictaliter* приглашаются къ осуществленію своего права судомъ. Кромѣ этихъ двухъ случаевъ знаніе и допущеніе отчужденія не могутъ быть признаны отреченіемъ отъ закладнаго права, такъ какъ вѣритель не можетъ даже воспрепятствовать этому отчужденію. Отчужденіе специально заложеннаго имущества безъ вѣдома вѣрителя признается за *furtum*; въ этомъ случаѣ знаніе вѣрителя объ отчужденіи лишаетъ оное значенія преступленія, но и здѣсь нельзя признать отреченія вѣрителя отъ своего закладнаго права, такъ какъ и въ этомъ случаѣ онъ не имѣетъ права воспрепятствовать отчужденію, которое остается въ силѣ и безъ его согласія.

3) Согласіе на вторичный залогъ. Послѣдствіемъ этого согласія всегда бываетъ то, что вѣритель уступаетъ тому новому залогопринимателю, на залоговое право котораго онъ соглашается. Затѣмъ въ различныхъ случаяхъ онъ тѣмъ самымъ или уступаетъ и другимъ залогопринимателямъ, или совсѣмъ отказывается отъ своего закладнаго права. Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признать, что онъ только отказывается отъ своего первенства. Но согласіе на дальнѣйшій залогъ должно быть признано отказомъ отъ своего закладнаго права, когда обстоятельства дѣла такого рода, что невозможно признать одно только ограниченіе—отказомъ отъ первенства, напр. когда первый залогоприниматель соглашается на третій, четвертый и дальнѣйшій залогъ. Поэтому нельзя признать ни что во всѣхъ такихъ случаяхъ ни отказъ отъ закладнаго права, ни отреченіе отъ первенства въ этомъ правѣ.

4) *Usucapio libertatis*. Закладное право уничтожается вмѣстѣ съ приобрѣтеніемъ имущества по давности, когда къ этому приобрѣтенію присоединяется *bona fides* по отношенію къ закладному праву. Поэтому не можетъ узакопировать ни залогодатель, ни его наслѣдникъ, такъ какъ онъ является преемникомъ въ

mala fides своего наследодателя. Если владѣлецъ не находится *in bona fide*, его владѣніе можетъ только имѣть послѣдствія исковой давности. Одно и двухлѣтняя давность, а по Юстиниановскому праву и давность трехлѣтняя, не имѣли вышеуказаннаго послѣдствія этой *usucapio libertatis*; такое дѣйствіе могла имѣть давность въ десять и болѣе лѣтъ (для движимыхъ и недвижимыхъ вещей).

5) Гибель заложенаго предмета. Поэтому спецификація уничтожаетъ закладное право. Но такого послѣдствія не имѣетъ гибель части этого предмета; закладное право остается на уцѣлѣвшихъ его частяхъ (развѣ предметомъ залога была только *superficies* ¹⁾). *Actio hypothecaria* можетъ остаться въ силѣ, но какъ *utilis*, если только имѣется *factus possessor*.

6) *Confusio*, совпаденіе въ одномъ лицѣ заложнаго права съ правомъ собственности. Бываютъ случаи, когда этотъ, самъ по себѣ необходимый результатъ или является матеріальною несправедливостью или не соответствуетъ истинной волѣ сторонъ въ данной сдѣлкѣ. Сюда напр. относится тотъ случай, когда вѣритель покупаетъ имущество у своего должника, чтобы отстранить предшествующаго залогопринимателя. Въ качествѣ собственника онъ не обезпеченъ отъ позднѣйшихъ вѣрителей. Далѣе: вѣритель можетъ получить заложное ему имущество, не зная объ этомъ обстоятельствѣ ²⁾, въ видѣ уплаты по мировой сдѣлкѣ, и т. д. Чтобы помочь дѣлу, можно избрать двоякій исходъ: 1) подобно нѣкоторымъ новѣйшимъ юристамъ, допустить исключеніе изъ того общаго правила, что никто не можетъ имѣть закладнаго права на собственное имущество: но это будетъ не основательно, ибо правило это такого рода, что исключеній не допускаетъ, 2) подобно римскимъ юристамъ, интерпретировать ту сдѣлку, по которой вѣритель сдѣлался собственникомъ заложной вещи, не какъ пріобрѣтеніе права собственности, а какъ-либо иначе. Это единственный юридически-возможный исходъ.

¹⁾ Страховая сумма не можетъ въ этомъ случаѣ служить суррогатомъ, потому что она принадлежитъ только залогодателю, при томъ на основаніи неподвергнутаго залогоу обязательства. *Madai, Arg. f. civ. Paxis XXVI, 8. 1843 г.*

Прим. изд.

²⁾ Обыкновенно выводятъ требованіе о невѣденіи изъ *L. 30. §. 1. D. de exc. rei jud. (44,2): quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, а также изъ L. 9. pr. D. quib. mod. pign (20,6)*. Последнее законоположеніе относится совсѣмъ не къ *confusio*, а къ *remissio*, тогда какъ предыдущее упоминаетъ о невѣденіи въ видѣ аргумента въ пользу того, что въ процессѣ съ имѣющимъ преимущество залогопринимателемъ могло вовсе не быть рѣчи о его заложномъ правѣ; логическаго основанія такого ограниченія найти нельзя.

Прим. изд.

V. Содержаніе закладнаго права.

A. экстенсивное содержаніе или объемъ.

I. Относительно объѣкта.

§ 203.

Недѣлимость закладнаго права имѣетъ то послѣдствіе, что съ раздѣленіемъ обязательства самое закладное право не раздѣляется; поэтому если вѣритель оставить послѣ себя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то на долю каждаго остается въ силѣ все закладное право, такъ что здѣсь является нѣсколько равносильныхъ вѣрителей. Точно также, при наличности нѣсколькихъ наслѣдниковъ должника, долгъ каждаго обеспечивается всѣмъ заложеннымъ имуществомъ, а не долею его въ этомъ имуществѣ, такъ что, въ случаѣ неисправности въ платежѣ одного изъ наслѣдниковъ, можетъ быть подвергнуто продажѣ все заложенное имущество.

Объемъ объѣкта залога можетъ быть по нѣкоторымъ обстоятельствамъ сомнительнымъ. Это именно бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) При коллективномъ залогѣ. Собственно тутъ является *quaestio facti*: что разумѣлось при опредѣленіи рода имущества. Но и здѣсь есть нѣсколько правовыхъ положеній.

Залогъ всего состоянія вообще заключаетъ въ себѣ не только имущество, находящееся въ настоящее время въ обладаніи залогодателя, но и то, которое онъ приобрѣтетъ впослѣдствіи. Пока еще имѣются въ наличности другіе предметы, достаточно обеспечивающіе вѣрителя, слѣдуетъ исключать такія вещи, которыя, по всей вѣроятности, не были бы отданы въ залогъ въ случаѣ спеціальнаго поименованія закладываемыхъ предметовъ, какъ напр. особенно дорогіе хозяину предметы, домашнія вещи, ежедневно употребляемыя, одежда и т. п.

Предметы, подходящіе подъ опредѣленный родъ, подлежатъ закладному праву точно такъ-же, какъ еслибы они были заложены отдѣльно, при томъ не только когда они составляютъ одно *collectivum*. Поэтому при залогѣ всего состоянія такому подлежатъ и вновь отчужденныя имѣнія и *investa* и *illata* арендатора и т. п. Есть одно спеціальное законоположеніе ¹⁾, что

¹⁾ L. 6. §. D. in quib. caus. pign. (20,2).

коллективный залогъ не можетъ служить препятствіемъ къ освобожденію раба. *Manumissio* дѣлается невозможною лишь съ момента осуществленія закладнаго права на раба. Это постановленіе имѣетъ въ виду лишь указанный видъ отчужденія и потому въ настоящее время не примѣнимо. Кромѣ того его не должно а) ни ограничивать вышеупомянутымъ законнымъ закладнымъ правомъ лица, отдавашаго въ наймы, на *illata* нанимателя, такъ какъ оно имѣетъ силу относительно всякаго коллективнаго залога; б) ни распространять его на другіе предметы и ихъ отчужденіе, такъ какъ оно исключительно говоритъ о *manumissio*.

Есть случай, когда отчужденіе вещи, входящей въ составъ такого *рода*, который подвергнуть закладу, освобождаетъ ее отъ закладнаго права. Это исключеніе вытекаетъ изъ свойства извѣстныхъ *universitates rerum*. Сами по себѣ вещи, заключающіяся въ извѣстной *universitas*, вполне и окончательно подлежатъ закладному праву, также какъ и при всякомъ иномъ коллективномъ залогѣ. Но *universitas* можетъ быть такого рода, что возможность безпрепятственнаго удаленія и свободнаго доступа составляющихъ оную предметовъ настолько существенно необходима, что примѣненіе вышеозначеннаго правила привело бы къ разрушенію существа такой *universitas*. Этотъ случай является при залогѣ товарнаго склада. Если бы кто принялъ такой складъ въ залогъ безъ вышеупомянутой возможности, онъ тѣмъ самымъ лишилъ бы складъ значенія товарнаго склада, что даже не входило бы въ интересы вѣрителя. Такого намѣренія съ его стороны предположить нельзя. Поэтому здѣсь осуществленіе закладнаго права ограничивается тѣми предметами, которые находятся на лицо ко времени этого осуществленія.

2) При *accessiones*. Всякая нераздѣльная составная часть вещи естественно подлежитъ закладному праву, напр. строеніе, возведенное на заложенной землѣ, приращеніе земли посредствомъ *alluvio*, приходящій *ususfructus*, — когда заложена *nuda proprietas*.

Относительно плодовъ слѣдуетъ различать два случая: а) они сами по себѣ могутъ быть объектомъ залога, и слѣдовательно подлежатъ особой *actio hypothecaria*, и б) они могутъ быть предметомъ дополнительнаго требованія по *actio hypothecaria*, обращенной на главный предметъ; послѣднее возможно и тогда, когда они сами составляютъ объектъ закладнаго права. Первый случай возможенъ только тогда, когда плоды дѣйствительно заложены и впоследствии достаются въ собственность залогодателя или его наслѣдниковъ, см. выше. Законоположенія, приводимыя въ доказательство молчаливаго распространенія закладнаго права на плоды, относятся ко второму изъ указанныхъ случаевъ¹⁾.

¹⁾ L. 26. §. 2. *D. de pign.* (20,1), L. 1. *C. de partu pign.* (8,25), L. 18.

Плоды могутъ быть закладываемы безъ спеціальнаго ихъ обозначенія, а именно когда они принадлежать къ заложенному *collectivum*. Такъ напр., если заложены *investa* и *illata*, то залогъ распространяется и на ихъ плоды, т. е. и эти послѣдніе признаются также за *investa* и *illata*, и притомъ не потому, что они плоды заложенаго предмета, а потому, что они принадлежать къ *collectivum*.

2. Относительно обязательства.

§ 204.

Залогъ отвѣчаетъ за то обязательство, для котораго онъ выданъ; отвѣчаетъ ли онъ и за *accessiones* обязательства? Безъ сомнѣнія залогъ отвѣчаетъ не только за обязательство въ его первоначальность объёмъ, но и за *accessiones* онаго, только не за *obligationes accessoriae*. Принципъ здѣсь тотъ, что залогъ обеспечиваетъ все то, что можетъ быть осуществлено посредствомъ личнаго иска по обязательству, напр. судебныя издержки, которыя могутъ быть взыскиваемы вмѣстѣ съ главнымъ искомъ; подъ тѣмъ же условіемъ залогъ обеспечиваетъ и проценты. Относительно послѣднихъ находили различіе между двумя законоположеніями ¹⁾. Но въ нихъ идетъ рѣчь о двухъ совершенно различныхъ случаяхъ. Есть проценты, которые суть *accessiones* главнаго долга (напр. проценты за просрочку); распространеніе на нихъ заложнаго права подразумѣвается: о нихъ то и идетъ рѣчь въ первомъ законоположеніи. Но есть проценты, составляющіе предметъ особаго придаточнаго требованія и для которыхъ имѣется особый искъ: распространеніе на эти проценты заложнаго права не подразумѣвается, а это право должно быть дано особо; объ этихъ то процентахъ и говорится во второй цитатѣ.

Относительно издержекъ на залогъ спорнымъ представляется вопросъ: отвѣчаетъ ли закладъ за *impensae utiles*. По отношенію къ нимъ нельзя указать никакого исключенія. Кромѣ того есть и положительное основаніе: черезъ эти издержки возвышена продажная цѣна заклада; въ случаѣ продажи вѣритель могъ бы заявить требованіе на ту сумму, которая составила

§. 2. D. de pign. act. (13,7), L. 16. §. 4. D. de pign. (20, 1).

¹⁾ L. 8. §. 5. D. de pign. act. (13,7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. L. 13. §. 6. D. de pignor. (20,1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicem us.

излишекъ противъ стоимости заклада, если бы издержки его не были возмѣщены должникомъ.

Вѣритель можетъ имѣть *retentio* заклада, не имѣя возможности утверждать за собою закладнаго права (слѣд. безъ права продажи его). Это право удержанія онъ имѣлъ на общихъ основаніяхъ собственно ради издержекъ на заложенное имущество, но закладное право было распространено и на эти издержки. Напротивъ вѣрителю предоставлено съ другой стороны право удержанія при такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ оно въ другихъ случаяхъ не имѣетъ мѣста. Противъ иска залогодателя о выдачѣ заклада, залогопринимателю предоставлена *exceptio doli*, если онъ имѣетъ другія [хотя бы и не связанные съ первымъ] обязательства на залогодатель, къ которымъ его закладное право не относится, поэтому онъ можетъ удерживать закладъ до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ удовлетворенъ и по этимъ остальнымъ обязательствамъ. Но этой *exceptio doli* вѣритель разумѣется не имѣетъ относительно такого залогодателя, который не есть вмѣстѣ съ тѣмъ и его должникъ, а также и относительно другихъ залогодателей. Обыкновенно, хотя и неправильно, это *jus retentionis* рассматривается какъ преимущество вѣрителя по ручному залогу. Это право предполагаетъ только, что вѣритель обладаетъ залогомъ, путемъ ли закладнаго договора или посредствомъ *actio hypothecaria*—все равно; также должно понимать и правило: *si in possessione fueris constitutus*¹⁾.

Спорнымъ является вопросъ о томъ, примѣняется ли право удержанія при конкурсѣ, предполагая что вѣритель вступилъ въ обладаніе залогомъ до учрежденія конкурса? Большинство процессуалистовъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно, нѣкоторые же утвердительно; правилень взглядъ первыхъ. При открытіи конкурса всѣ участвующіе въ немъ кредиторы должны быть рассматриваемы какъ *missi (in possessionem)*, слѣдовательно вѣритель, владѣющій имуществомъ несостоятельнаго должника, не можетъ осуществлять ни противъ кого изъ нихъ своего права удержанія, такъ какъ онъ имѣетъ *jus retentionis* только противъ должника, а не противъ остальныхъ кредиторовъ управомоченныхъ въ качествѣ *missi*. Слѣдовательно то правило, которое до существованія конкурса примѣнялось къ одному вѣрителю по залогу, по учрежденіи конкурса, примѣняется ко всѣмъ кредиторамъ вообще; такимъ образомъ право удержанія тогда исчезаетъ.

¹⁾ L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27).

В. ИНТЕНСИВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ.

1. Право продажи.

§ 205.

Никакое закладное право не существуетъ безъ права продажи; такъ называемое *pactum de non distrahendo*, договоръ что вѣритель не вправѣ продавать заложное имущество, имѣеть лишь то послѣдствіе, что для продажи необходимо троекратное приглашеніе должника къ платежу, и если таковое окажется безуспѣшнымъ, то затѣмъ закладъ можетъ быть проданъ.

Право продажи наступаетъ тогда, когда должникъ находится *in mora solvendi*, слѣдовательно по общему правилу необходима *interpellatio*. Но необходимость эта можетъ быть устранена посредствомъ извѣстнаго *pactum*, по которому предоставляется кредитору право продажи тотчасъ по истеченіи платежнаго срока ¹⁾. Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что кромѣ того для продажи нужна *liquiditas* обязательства, т. е. это послѣднее должно быть бесспорнымъ или уже доказаннымъ. Вопросъ этотъ разрѣшается такъ: споръ объ обязательствѣ т. е. о самомъ закладномъ правѣ отмѣняетъ судебную продажу, но не продажу частную, которая является ничтожною въ случаѣ несуществованія обязательства. Она можетъ быть также признана ничтожною въ случаѣ продажи какой-либо *res litigiosa*, которую залогодатель виндцировалъ до совершенія купли-продажи. Если продажѣ должна предшествовать *actio hypothecaria*, т. е. когда кредиторъ не владѣетъ вещью, то споръ противъ обязательства всегда будетъ препятствовать продажѣ.

По римскому праву частная продажа является общимъ правиломъ, судебная же предписана только при *pignus in causa iudicati captum*. Теперь наоборотъ: судебная продажа является во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ вступаетъ во владѣніе при посредствѣ суда.

¹⁾ Это одно уже доказываетъ, что *mora debitoris* не требуется, ибо иначе нужно было бы приглашать къ уплатѣ по истеченіи срока. Какимъ же образомъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе въ случаѣ отсутствія должника или неисковаго обязательства, и къ чему же еще сроки? Конечно при этомъ вѣритель отвѣчаетъ за совершеніе обманныхъ дѣйствій. — Другой странный вопросъ: препятствуетъ-ли продажѣ *mora creditoris*? Правильнѣе здѣсь во всякомъ случаѣ слѣдующій, *qui paratus est solvere, pignus videtur liberasse*, L. 6. §. 1. D. de quib. mod. pign (20,6), L. 5. C. de distr. pign (8,28). Продолжающаяся готовность должна быть однако же выражена посредствомъ *depositio*, L. 8. C. eod., L. 2. C. debitor. vend. (8,29).

При частной продажѣ имѣютъ силу слѣдующія правила: 1) должникъ долженъ быть предувѣдомленъ о продажѣ, 2) кредиторъ не можетъ купить заложенную вещь ни самъ, ни черезъ подставное лицо (*persona supposita*); 3) во всемъ производствѣ должна соблюдаться *bona fides*. Здѣсь слѣдуетъ различать разрѣшеніе вопроса о томъ, имѣетъ ли быть произведена продажа имущества, отъ производства самой продажи. Первое составляетъ право кредитора; послѣдняя, какъ право *procurator'a*, должна быть устроена къ наибольшей выгодѣ должника.

Наконецъ продажа получаетъ силу и значеніе лишь при условіи, что вѣритель есть *prior creditor*. Позднѣйшіе юристы утверждали, что отчуждать заложенную вещь можетъ и всякій послѣдующій вѣритель, если только имъ означенному *prior creditor* предоставлено первое мѣсто при удовлетвореніи долговъ изъ вырученной отъ продажи суммы ¹⁾. Но мнѣніе это невѣрно. Въ подтверженіе его ссылались на то, что право продажи есть существенная составная часть закладнаго права, и что потому оно должно принадлежать и послѣдующему вѣрителю. Но это право (продажи) втораго вѣрителя приостановлено въ своемъ полномъ дѣйствиіи. Онъ дѣйствительно имѣетъ это право, но теперь не можетъ его осуществить. Также несостоятельна и ссылка на совершенно ложный тезисъ: *quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli*. Исключеніе является лишь въ случаѣ *pignus in causa iudicati captum*. Здѣсь предшествующій вѣритель не можетъ воспрепятствовать продажѣ, если только онъ будетъ удовлетворенъ, потому что въ данномъ случаѣ *pignus in causa iudicati captum* имѣетъ значеніе особаго способа исполненія. Въ другихъ случаяхъ одно только *jus offerendi* можетъ служить послѣдующему вѣрителю средствомъ приобрести себѣ право продажи.

Послѣдствія продажи суть слѣдующія:

1) Прекращеніе закладнаго права, и притомъ закладнаго права не только продавца, но и всѣхъ другихъ лицъ, имѣвшихъ оное на проданную вещь.

2) По отношенію къ покупщику вѣрителя слѣдуетъ считать *procurator'омъ* должника. Поэтому онъ переноситъ на покупателя то право собственности или всякое другое право, которое перенесъ бы на него самъ должникъ. Должникъ не имѣетъ права выкупа, даже и тогда когда покупщикомъ сталъ самъ вѣри-

¹⁾ L. 1. D. de distr. pign. (20,5), L. 8. C. qui pot. (8,18), L. 1. C. creditorem evict. (8,46). Опроверженіе этого мнѣнія см. статью Löhra въ *arch. f. civ. Prax.* XIV. 7. Особое право при *pignus in causa iudicati captum*, L. 15. §. 5. D. de re jud. (42,1). *Прим. усд.*

тель (что допускается при судебной продажѣ). Если продажа отиѣнена, то право собственности возвращается къ залогодателю. — Кредиторъ отвѣчаетъ за то, что онъ, какъ залогоприниматель, управомоченъ на продажу: къ нему же обращается и искъ объ уплатѣ *evictio*, когда на вещь заявляетъ требованіе болѣе управомоченный залогоприниматель. Въ случаѣ же *evictio* со стороны собственника вещи, требованіе обращается обыкновенно къ залогодателю. Оно обращается къ кредитору а) при *folus* (знаніи о томъ, что залогодатель не собственникъ вещи), и б) если вѣритель принялъ на себя уплату по *evictio*. Римскіе юристы называютъ этотъ случай *jure communi prohibite* — въ противоположность тому, когда вѣритель поставилъ себя въ положеніе простаго залогопринимателя (*creditoris jure vendere*).

3) Удовлетвореніе вѣрителя изъ продажной суммы. Сперва отчисляются проценты, а потомъ капиталъ насколько, разумеется, закладъ обезпечиваетъ долгъ. Остатокъ продажной суммы достается слѣдующему вѣрителю, а если такового нѣтъ, то самому залогодателю. Если же продажная сумма менѣе суммы долга, то неоплаченная часть послѣдняго можетъ быть взыскиваема особо. Одна продажа не освобождаетъ должника отъ обязательства по залогу; для этого требуется удовлетвореніе вѣрителя изъ продажной суммы (что можетъ случиться напр. и вслѣдствіе *novatio*), или же это прямо зависитъ отъ кредитора, напр. при отстрочкѣ или при прощеніи долга. Если вѣритель долженъ внести *evictio*, то освобожденія отъ долга не бываетъ; если же онъ вслѣдствіи потерпѣлъ убытки (предполагая, что онъ дѣйствовалъ *bona fide* и къ выгодѣ залогодателя), напр. въ случаѣ принятія имъ на себя тягостныхъ обязательствъ съ цѣлью добиться возможно высокой продажной цѣны, — то онъ имѣетъ регрессъ къ залогодателю.

9. *Impetratio domini*.

§ 206.

Если ¹⁾ на вещь не находится покупатель, то при судебной продажѣ какого либо *ignis in causa judicati captum* вѣритель можетъ требовать присужденія себя оной въ собственность — и притомъ онъ можетъ требовать отъ правительства таково присужденія по таксъ, съ сохраненіемъ права особо требо-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

вать недостающей для покрытия долга суммы и съ обязанностию возратить залогодателю оставшійся излишекъ (*jus dominiū impregandi*). Въ продолженіи двухъ лѣтъ со времени такого присужденія, должникъ имѣеть право выкупа, и поэтому право собственности вѣрителя и удовлетвореніе его претензіи посредствомъ такого присужденія остаются въ теченіи этого времени *in suspensō*. Если въ теченіи этого срока (*biennium luitionis*) должникъ выкупить вещь, то вѣритель считается какъ бы никогда не имѣвшимъ на нее права собственности, но и вѣритель самъ можетъ устранить такое *beneficium* напр. посредствомъ принятія процентовъ, продажи вещи въ теченіи двухъ срочныхъ лѣтъ, при чемъ эта продажа будетъ имѣть всѣ свои обыкновенныя послѣдствія (какъ въ пользу должника, если выручено больше долга, такъ и въ пользу вѣрителя, если выручено меньше). Многіе думали, что даже въ случаѣ продажи по истеченіи двухъ лѣтъ, возможно возвращеніе вещи залогодателю; это не вѣрно. Указываемое въ подтвержденіе этого мнѣнія законоположеніе говоритъ лишь о продажѣ въ теченіи двухъ срочныхъ лѣтъ. Весьма понятно, что неопредѣленность отношеній между залогопринимателемъ и залогодателемъ должна когда нибудь окончиться.

3. Вліяніе произвольныхъ опредѣленій на содержаніе залогоднаго права.

207 ¹⁾.

Призалогъ возможны особыя соглашенія относительно способовъ продажи залога вѣрителемъ, съ измѣненіемъ правовыхъ на сей предметъ постановленій (§ 205); далѣе возможны ограниченія права отчужденія, принадлежащаго должнику ²⁾. Есть и другіе

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Но послѣдствіемъ этого не можетъ быть ничтожность самаго отчужденія (ср. §. 145); уже одиный спеціальннй залогъ вещи обуславливаетъ то, что залогодатель, отчуждая эту вещь посредствомъ обмана, совершаетъ *furtum* относительно вѣрителя. L. 19. §. 6., L. 66. pr. D. de furt. (47,2). По мнѣнію Циммермана (*Archiv. fur civ. Prax.* XXXV, 1852 г. стр. 444) Nov. 112 с. 1. предоставляетъ должнику опасное право отчуждать заложенную вещь даже во время судебного производтва по делу о залогѣ. Но это постановленіе означаетъ только, что такое отчужденіе можетъ быть признано ничтожнымъ и налагаемымъ отягодъ не по причинѣ *litigiositas* вещь; *actio furti*, возникающая изъ такого обманнаго отчужденія, въ силу помнутаго правила не уничтожается. *Actio hypothecaria* также погашается лишь удовлетвореніемъ вѣрителя.

Прим. изд.

виды расширения правъ вѣрителя напр. вслѣдствіе такъ называемаго *rustum antichreticum* (§ 320), но запрещена *lex commissoria*, по которой должникъ, не учинившій платежа, теряетъ всѣ свои требованія въ вѣрителю, такъ что послѣднему должна достаться заложенная вещь ради погашенія его обязательства ¹⁾.

4. Содержаніе закладнаго права на заложенныя права.

§ 208.

Нѣкоторыя права, которыя могутъ быть объектами закладнаго права, даютъ залогопринимателю еще другое, кромѣ продажи, средство достигнуть удовлетворенія, именно посредствомъ осуществленія этихъ правъ, приводящаго его посредственно или непосредственно въ тому же результату. Первое бываетъ при *ignus nominis* и при *subignus*.

Ignus nominis.

Залогоприниматель получаетъ право осуществить заложенное ему обязательство. Когда наступило время осуществленія его закладнаго права, то онъ можетъ или продать это обязательство, или самъ предъявить искъ въ должнику залогодателя, чтобы удовлетворить себя платежемъ, слѣдующимъ съ перваго послѣднему; искъ этотъ не представляется какимъ либо осо-

¹ L. 3. C. h. t. (Constant in). Подъ это запрещеніе не подходитъ ни позднѣйшее предоставленіе залога вмѣсто платежа, L. 13. C. de pignor. (8,14), L. 12. pr. D. de distr. pign. (20,5), ни предварительное соглашеніе о томъ, что вѣритель, въ случаѣ неплатежа, или поручитель—въ случаѣ обязанности платить, должны искупить заложенную вещь по возможно низкой цѣнѣ или по существующему въ назначенное время курсу, L. 16. §. ult. D. de pign. (20, 1), L. 81. pr. D. de contr. emt. (18,1), Глюкъ, comment XIV, стр. 312. Мюленбрухъ осмѣливаетъ возможность соглашенія о томъ, что вѣритель долженъ получить заложенную вещь по определенной цѣнѣ, по слѣдующимъ причинамъ: 1) вышеуказанныя правила Пандектъ, которыми допускается такое соглашеніе, относятся къ тому времени, когда *lex commissoria* была еще дозволена. Но при этомъ Мюленбрухъ упускаетъ изъ виду, что правила эти имѣютъ для насъ не историческое только значеніе, но, будучи составными частями юстиниановскаго права, имѣютъ во всякомъ случаѣ то значеніе, что подобный договоръ не подлежитъ одностороннему запрещенію; 2) такое соглашеніе было бы опасно для должника, какъ сама *lex commissoria*. Если бы это соображеніе было основательно, то оно имѣло бы значеніе для законодателя, а не для судьи.

быть, а есть обыкновенный искъ *ex nomine* залогодателя. Въ послѣднемъ случаѣ необходимо:

- a) чтобы время осуществленія залогоднаго права наступило.
- b) чтобы срокъ платежа по заложеной долговой претензiи также наступилъ.
- c) Если заложненное обязательство обширнѣе его залогоднаго права, то онъ не можетъ искать болѣе, чѣмъ имѣетъ самъ получить.

d) Если объектъ обязательства—не деньги, а какая либо другая вещь, то эта послѣдняя дѣлается залогомъ, и удовлетворенiе производится продажей оной. Мнѣнiе нѣкоторыхъ юристовъ¹⁾, будто здѣсь возникаетъ только *jus retentionis*,—неверно.

Pignus nominis предполагаетъ перенесенiе этого попен на вѣрителя, такъ какъ отдѣльнаго права на попен (въ родѣ *jus in re* при залогѣ вещи) не существуетъ. Перенесенiе права происходитъ посредствомъ *delegatio* и *cessio*. Отдача въ залогъ *pignus* должна, слѣдовательно, происходить въ одной изъ этихъ двухъ формъ. Обыкновенно примѣняется форма *cessio*, именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отдача въ залогъ произошла безъ привлеченiя должника по попен, безъ вступленiя съ нимъ въ особую сдѣлку. Поэтому *pignus nominis* есть ничто иное какъ *cessio* обязательства ради осуществленiя правъ вѣрителя по залогу. Залогоприниматель имѣетъ права цессionariя, но осуществленiе ихъ подлежитъ въ тоже время основному правилу осуществленiя залогоднаго права.

Нѣкоторые юристы продолжаютъ оспаривать это мнѣнiе, не смотря на то, что оно представляется единственнымъ юридически-состоятельнымъ. Въ сущности весь споръ сводится къ тому, имѣютъ ли силу въ настоящемъ случаѣ нѣкоторыя правовыя положенiя, существующiя относительно *cessio*. Принципъ здѣсь тотъ, что всѣ такiя положенiя распространяются и на этотъ случай, если только они не измѣняются вслѣдствiе особой цѣли этой *cessio*. Измѣненiя эти могли бы быть очень значительны; не смотря на то, нельзя отвергнуть такого толкованiя этой сдѣлки, по которому она признается за условную *cessio* и которое является истинною необходимостью.

Subpignus.

Подъ этимъ именемъ разумются два вида сдѣлокъ:

1) Залогъ заложеной вещи. Въ пользу такого значенiя *subpignus* можно привести слѣдующiя выраженiя положительнаго

1) Милленбрухъ, *Cession der Forderungsrechte*, стр. 316 изд. 3-е.

права: *id quod pignori obligatum est, pignori obstringi posse—pignori rem pignoratam accipi posse;*

2) Залогъ вышеупомянутой *actio hypothecaria*, т. е. условная *sessio* этого иска. При ближайшемъ разсмотрѣніи, приведенныя выраженія этому пониманію не противорѣчатъ: вещь отдана въ залогъ, но лишь настолько, насколько она заложена залогодателю; слѣдовательно она перенесена въ качествѣ заклада, перенесено закладное право въ смыслѣ осуществленія онаго, слѣдовательно перенесена и *actio hypothecaria*.

Такое пониманіе есть единственное юридически—возможное, ибо въ самомъ закладномъ правѣ не заключается управомочіе на дальнѣйшій залогъ вещи, которое согласовалось бы съ сохраненіемъ этого права, направленного на удовлетвореніе залогопринимателя.

Вторичная отдача въ залогъ есть слѣдовательно *sessio* осуществленія закладнаго права. Осуществленіе закладнаго права вторымъ вѣрителемъ требуетъ, а) чтобы наступило время удовлетворенія по *subpignus*; б) чтобы также настала срокъ осуществленія заложенаго закладнаго права, такъ что первый залогоприниматель былъ бы въ состояніи осуществить оное.

Второй вѣритель по залогу не можетъ осуществить заложное ему закладное право, если бы не могъ этого сдѣлать и первый вѣритель, поэтому первый залогодатель долженъ быть *in mora solvendi*, а равно и вѣритель — въ качествѣ должника второго залогопринимателя.

При закладномъ правѣ осуществляется и самое обязательство; оно должно быть признано заложенымъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно можетъ быть осуществлено посредствомъ *actio hypothecaria*, если только закладное право не распространено на все обязательство. Отсюда вытекаетъ интерпретація законоположенія *L. 13. §. 2. D. de pign¹*), которое можно находить применимымъ только при существованіи предвзятаго возрвнія. Смыслъ

1) *L. 13. §. 2. D. de pign.* (20 l.: *Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur. et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen (no Huschke въ *Zeitschrift f. Civilr. und Proc.* XX. ст. 227 и сл. nomine pignoris datum est, exacta ea creditorem a cum pensaturum (Halberger, *Vulgata exactam a creditore si compensaturum; Huschke, там же: exactam cum a creditore creditorem secundum secum pensaturum*), si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.*

его слѣдующій: при вторичномъ залогѣ закладъ обезпечиваетъ втораго вѣрителя—насколько простирается принадлежащее ему обязательство, но никогда не далѣе обязательства, принадлежащаго первому вѣрителю (*quatenus utraque rescipia debetur*). Второй вѣритель имѣетъ противъ собственника заклада *exsertio* и *actio utilis* (*hypothecaria*), какъ и его цедентъ,—первый вѣритель. Когда собственникъ заплатитъ второму вѣрителю, то закладное право прекращается какъ для перваго, такъ и для втораго вѣрителя. (Если обязательство заложено само по себѣ, то право вѣрителя по залогу ограничивается только размѣромъ принадлежащаго ему обязательства, если такое менѣе заложенного. Но иначе бываетъ при отдачѣ въ залогъ упомянутой *actio hypothecaria*, при чемъ не возможно никакое дѣленіе. Владѣтель можетъ предложить истцу обязательство ему принадлежащее, но онъ можетъ уплатить и весь долгъ, чтобы освободить свой закладъ). Что же остается дѣлать первому вѣрителю? Имѣетъ ли онъ право иска суммы, полученной вторымъ вѣрителемъ? юристъ разрѣшаетъ вопросъ такъ: здѣсь какъ-будто было заложено обязательство и уплата произведена второму вѣрителю. Если это деньги, то послѣдній долженъ выдать первому вѣрителю излишекъ, если это другая вещь, то второй вѣритель имѣетъ на нее закладное право, а слѣдовательно первый можетъ ее выкупить, какъ-будто бы она отдана была имъ въ залогъ.

IV. Первенство. (*Prioritact*).

§ 209 ¹⁾.

Между нѣсколькими закладными правами на одинъ и тотъ же объектъ возникаетъ коллизія частью по отношенію къ *ius distrahendi*, частью же по отношенію къ удовлетворенію—въ томъ случаѣ, когда продажная цѣна недостаточна для уплаты по всемъ обязательствамъ. Въ этомъ отношеніи не всѣ закладныя права равносильны.

Вполнѣ дѣйствительное закладное право имѣетъ только *prior creditor* (т. е. тотъ, которому никакой другой залогоприниматель не предшествуетъ). Первенство опредѣляется: 1) старшинствомъ закладнаго права и 2) особыми предписаніями положительнаго права (§. 211 и 212). Способъ возникновенія закладнаго права (по частному установленію или по закону, кол-

¹⁾ Изъ Пандектъ.

лестивнымъ или спеціальнымъ залогомъ) самъ по себѣ не создаетъ никакого преимущества, а также нѣтъ въ этомъ отношеніи разницы между ипотекою и ручнымъ залогомъ.

А. Старшинство залладнаго права.

§ 210.

Для возникновенія залладнаго права ¹⁾ необходимо совпаденіе трехъ моментовъ, которые и опредѣляютъ исходную точку ея существованія. Это—обязательство, объѣктъ и способъ возникновенія (Entstehungsgrund).

1) Никакое залладное право не существуетъ прежде обязательства, для котораго оно назначено; при условномъ обязательствѣ, это существованіе получаетъ обратную силу съ наступленіемъ условія, такъ что обязательство можетъ существовать даже прежде, чѣмъ оно подлежитъ осуществленію.

Старшинство прежде всего зависитъ отъ существованія обязательства, а не отъ срока онаго; наступленіе срока (diem veniē) не имѣетъ здѣсь никакого вліянія; такъ напр. при залогѣ, обезпечивающемъ арендную плату, залладное право возникаетъ прежде платажнаго срока, даже прежде начала какитъ либо арендныхъ дѣйствій, а одновременно съ заключеніемъ договора, такъ что наступленіе обязанности онаго уже не зависитъ отъ воли арендатора. Напротивъ суспенсивное условіе во всякомъ случаѣ отдалаетъ возникновеніе обязательства; но это не имѣетъ, вслѣдствіе ретроакціи условія, никакого вліянія на старшинство залладнаго права. Исключеніе представляетъ то условіе, которое прямо предоставлено на волю должника. Здѣсь онъ даже не вступаетъ предварительно въ условное обязательство, намѣренія сторонъ противны ретроакціи, напр. депозитарію предоставлено пользоваться вѣренными ему деньгами: на этотъ случай, когда поклада превращается въ ссуду, устанавливается залладное право. (Это залладное право считается возникшимъ не раньше, какъ съ того момента, когда прежній депозитарій, воспользовавшись вѣренными ему деньгами, превратился въ должника по ссудѣ). Моментъ возникновенія обязательства опредѣляется свойствомъ обязательства, такъ напр. есть разница въ возникновеніи договора реального и консенсуального. Далѣе есть различіе въ возникновеніи обязательства о ссудѣ и обязательства о приданомъ. ²⁾

¹⁾ Изъ Пандектъ.

²⁾ Обязательство о ссудѣ вступаетъ въ дѣйствіе лишь съ *anmeratio*, L.

Вопросъ этотъ обыкновенно ставятъ на неопредѣленную почву, когда обращаютъ вниманіе на то обязательство, есть ли въ наличности или нѣтъ согласіе одной или обѣихъ сторонъ на заключеніе обязательства. Согласно съ этимъ воззрѣніемъ, еслибы при *actum de mutuo dando* заладное право было установлено въ данное время ради этого будущаго *mutuum*'а, то оно считалось бы возникшимъ съ настоящаго времени. Этотъ взглядъ не вѣренъ потому, что здѣсь отодвинуть на задній планъ существенный вопросъ о томъ, для какого долга установленъ залогъ. Если залогъ обезпечиваетъ не обязанности, вытекающія изъ помнутаго *actum*, а обязательство о ссудѣ, то заладное право во всякомъ случаѣ не можетъ начаться прежде этого послѣдняго. Утверждать противное значить извращать дѣло ¹⁾.

11. pr. §. 1. D. h. t. (20,4). Potior est in pignore, qui prius credit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit, poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, quae pendente alius creditur pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim aemul conditio esset, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. L. 1. §. 1. eod., L. 4. D. quae res pign. (20,3); обязательство же о приданомъ возникаетъ изъпрямъ съ установленіемъ самой *dos*, следовательно со времени *dotis promissio*, L. 1. pr. D. h. t. (20,1): Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dotem accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residua; quantitates numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit compellitur, non utique solutionem observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

¹⁾ Авторъ ошибается, считая существеннымъ вопросомъ о томъ, для какого долга установленъ залогъ. По L. 1. pr. D. h. t. (предш. прик.) залогъ установленъ ради *restitutio dotis receptitiae*, слѣд. ради долга мужа; слобравше съ этимъ прѣтъ придаетъ наибольшій вѣсъ наступленію соответственной обязанности промиттента. Протѣвъ этого нельзя также возразить, что въ договорѣ о приданомъ оба обязательства представляются одновременными *stipulatio* и *perpromissio* и что рѣшающее значеніе имѣетъ *obligatio* мужа. Но послѣдній, не смотря на общаіе, отдѣленъ бы обязаннмъ къ возврату приданого лишь послѣ действительнаго полученія онаго. L. 30. D. de R. C. (12,1), L. 1. C. de dote cauta (5,15). Такъ какъ по действующему праву *actum de mutuo dando* равносильно упомянутой *promissio*, то заладное право, установленное въ обезпеченіе возврата ссуды, очевидно, должно считаться со времени совершенія договора, а не со времени выдачи ссуженнымъ денегъ.

Прим. изд.

2) Закладное право никогда не может явиться раньше своего объекта; но при залогъ какихъ либо *res futurae*, если только вещи, имѣющія быть заложенными, содержатся въ имуществѣ залогодателя, то непосредственно возникаетъ на этотъ ожидаемый объектъ такое закладное право, которое потомъ продолжается въ закладномъ правѣ на возникшую уже въ дѣйствительности вещь, и которое так. обр. получаетъ какъ бы преждевременное бытіе; напр. я имѣю закладное право на плоды, а другое лицо—на все имущество моего должника; право послѣдняго, разумѣется, распространяется и на плоды, но возникаетъ по отношенію къ нимъ лишь со времени ихъ отдѣленія, и поэтому мое закладное право, хотя и позже установленное, все таки старше его права, такъ какъ залогъ считается совершеннымъ раньше, чѣмъ появились плоды. Совершенно иное бываетъ при залогъ предметовъ имѣющихъ быть приобретенными,—какъ при залогъ специальномъ, такъ и при коллективномъ. Условіе здѣсь также не можетъ получить обратной силы къ тому времени, когда залогодатель не былъ еще собственникомъ. Тѣмъ менѣе можетъ быть допущена *retrotractio* при залогъ всего состоянія. Слѣдовательно, если нѣсколькимъ лицамъ заложены въ разное время различныя, еще имѣющія быть приобретенными вещи, то закладныя права всѣхъ этихъ лицъ равны по старшинству. Это положеніе вытекаетъ между прочимъ изъ того необходимаго условія закладнаго права на *res futurae*, чтобы вещь, имѣющая быть созданною, заключалась *in bonis* залогодателя уже при установленіи залога; это есть условіе старшинства такого закладнаго права; еслибы то же самое было относительно всякой приобретенной впоследствии вещи, то такое условіе не имѣло бы смысла. Но правило это основано также и на постановленіяхъ положительнаго права ¹⁾).

Другое постановленіе считали противорѣчащимъ выше указанному ²⁾). Противорѣчіе дѣйствительно существовало бы въ томъ случаѣ, если бы юристъ сказалъ: предшествующій вѣритель имѣетъ старшинство по отношенію ко всѣмъ вещамъ приобретеннымъ впоследствии до настоящаго времени, даже по вступленіи втораго вѣрителя. Но означенное законоположеніе понимать такимъ образомъ никакъ нельзя ³⁾).

3) Закладное право начинается лишь съ наступленіемъ основанія къ его существованію; основаніе это можетъ быть за-

¹⁾ L. 28. D. de jure fisci (49,14).

²⁾ L. 21. пр. D. de pign. (20,1).

³⁾ Ср. Пфиз XIX.

конно, при наличности вышепоминутыхъ двухъ моментовъ (обязательства и объекта); *судебное*—при наличности того акта, съ которымъ связано возникновеніе залладнаго права; *произвольное* (*pignus voluntarium*)—при наличности установленія онаго сторонами.

Залладное право, установленное условно, по наступленіи этого условія получаетъ обратную силу со времени его установленія (*retrotractio*), если только въ это время существовали: обязательство и объектъ. Повтому не можетъ быть ретротракціи, когда самое условіе такого рода: если залогодатель приобрѣтетъ впоследствии предметъ залога ¹⁾. Назначеніе срока, въ случаѣ его сомнительности, отдаляетъ самое осуществленіе залладнаго права, но отнюдь не его возникновеніе; еслибы имѣлась прямо въ виду эта послѣдняя цѣль, то *retrotractio* не могла бы имѣть мѣста. Равными по старшинству считаются залладныя права, возникшія въ одинъ и тотъ же день.

Здѣсь слѣдуетъ различить два случая:

1) *Convalescentia* вслѣдствіе *ratihabitio* собственника. Для ретротракціи требуется, чтобы собственникъ могъ самъ прежде заложить свое имущество. Его *ратигабиція* не можетъ умалить уже существующія въ то время залладныя права.

2) *Convalescentia* вслѣдствіе приобрѣтенія со стороны залогодателя какой-либо *res debita*; вещь задолго была *debita* залогодателю (такъ что и здѣсь происходитъ *retrotractio*)—см. выше; или б) какой-либо *res aliena*, *non debita*. Въ этомъ случаѣ залладное право начинается только со времени приобрѣтенія вещей. Впрочемъ если нѣсколько лицъ приобрѣли залладное право отъ одного лица, несобственника вещи, то первый по старшинству приобрѣтатель имѣетъ право предъявить къ позднѣйшимъ *actio Publiciana*, хотя въ качествѣ залогопринимателей всѣ они, собственно говоря, равны.

¹⁾ L. 7. § 1. D. h. t. (20.4): Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat. Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ab hoc solum. quod pecunia pignerata erat. L. 16. § 1. D. de pign. (20.1): Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

В. Сингулярное преимущество известныхъ закладныхъ правъ.

§ 211 1).

Изъ правила *prior tempore, potior jure* явились исключенія въ видѣ привилегированныхъ закладныхъ правъ, которыя имѣютъ преимущество даже передъ старѣйшими простыми закладными правами.—Слѣдуетъ тщательно избѣгать смѣшенія этихъ привилегированныхъ правъ съ законными закладными правами (*pignus legale*). Независимо отъ старшинства, сингулярное, особенное преимущество имѣютъ: 1) закладное право казны, именно ради всѣхъ податей и налоговъ; по другимъ же требованіямъ, казна имѣетъ только преимущество предъ одновременными закладными правами; 2) закладное право жены—ради ея приданого; 3) закладное право того лица, которое сдѣлалось вѣрителемъ ради сохраненія, возстановленія или приобрѣтенія заложенной вещи, *cujus resipia solvaficet totius pignoris causam*. Эта послѣдняя привилегія (ради *in rem versio*, какъ принято ее называть) должна быть предоставляема и продавцу въ кредитъ, если онъ удержалъ за собою закладное право на проданную вещь. Это право должно имѣть преимущество предъ всѣми закладными правами установленными покупателемъ.

Коллизія между закладными правами привилегированными ради *in rem versio* (слѣд. если такое свойство имѣютъ нѣсколько закладныхъ правъ на одну и ту же вещь) разрѣшается не по старшинству, а согласно свойству вещи—соразмѣрно съ тѣмъ участіемъ, которое принималъ каждый вѣритель въ сохраненіи вещи въ ея настоящемъ составѣ. Что же касается до остальныхъ привилегій, то закладное право казны ради податей и налоговъ должно предшествовать всѣмъ другимъ, а слѣдовательно и вышеупомянутымъ привилегированнымъ закладнымъ правамъ; впрочемъ привилегированное закладное право жены уступаетъ лишь казнѣ и тому закладному праву, которое установлено вѣрителемъ по ссудѣ для покупки какихъ-либо *millia*, при чемъ онъ, вѣритель, положительно выговорилъ себѣ первенство въ залогѣ посредствомъ документа, под-

1) Изъ Пандектъ.

писаннаго свидѣтелями; но оно уступаетъ остальнымъ закладнымъ правамъ, принадлежавшимъ ради *in rem versio*.

Въ прежнее время было весьма распространено мнѣнiе, что эти привиллеги не простираются на тѣя закладныя права, которые установлены прежнимъ собственникомъ и съ которыми практина связывала известное *jus derogationis*, съ цѣлью гарантировать ихъ отъ привилегированныхъ закладныхъ правъ, установленныхъ позднѣйшими собственниками. Хотя эта мѣра несомнѣнно справедливѣе чисто сингулярныхъ привилегій казны и жены, но она въ новѣйшее время подвергалась небезуспѣшнымъ нападамъ.

С. Преимущество *pignus publici*.

§ 212.

Уже въ римскомъ правѣ была сдѣлана попытка умалить вредъ безформеннаго возникновенiя ипотеки. Прежде всего представлялось то соображенiе, что дѣйствiе такого закладнаго права гораздо значителнѣе, чѣмъ дѣйствiе обязательнаго договора. Последнiй имѣетъ силу только противъ договаривающейся стороны и ея наследниковъ, а *actum hypothecae* простирается гораздо далѣе. Казалось бы, что этого совершенно достаточно, что бы постановить правило, что *actum hypothecae* для повсемѣстнаго дѣйствiя должно совершаться съ известною публичностью (при посредствѣ суда или при свидѣтеляхъ). Но до этого въ римскомъ правѣ не дошли и удовольствовались тѣмъ, что представили закладному праву, совершенному въ упомянутой гласной формѣ, преимущество передъ закладными правами въ таковую необлеченными. Таково содержанiе закона ¹⁾ императора Льва. Такой залогъ называется *pignus publicum* (когда

¹⁾ L. 11. C. qui pot. (8, 18): *Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenarandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae *διοχρεια* graecae pellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem jus pignoris vel hypothecae et hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contend-rit, eum, qui instrumentis publice confectis nittitur, pra-poni decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae, atque integras opinionis trium vel amplius virorum subscription-a eiusdem idiochiris contineatur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*

онъ совершенъ предъ судомъ) *quasi publicum* (когда совершенъ передъ тремя свидѣтелями),—залогъ же, совершенный негласно, носитъ названіе *pignus privatum*.

Объ этомъ законѣ существуютъ различныя мнѣнія.

1) Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что императоръ имѣлъ въ виду удостовѣрить время совершенія залога, такъ какъ по соглашенію залогодателя и залогопринимателя, частная закладная ихъ можетъ быть написана заднимъ числомъ — ко вреду предшествующихъ вѣрителей. Такимъ образомъ, по мнѣнію ихъ, содержаніе закона такое: если будетъ возбужденъ споръ о старшинствѣ, то время совершенія, означенное въ частной закладной, вовсе не считается достовѣрнымъ, и *pignus publicum* должно всегда считаться старшимъ относительно *pignus privatum*. Поэтому означенный законъ примѣнялся бы лишь тогда, когда идетъ рѣчь о преимуществѣ по старшинству, а не при конкуренціи какого-либо *pignus publicum* съ *pignus privatum privilegium*. На самомъ дѣлѣ законъ ничего не говоритъ о такомъ ограничительномъ его примѣненіи. Въ такомъ случаѣ было бы послѣдовательнымъ опредѣлить, что всѣ частныя закладныя права должны быть признаваемы равными по старшинству, ибо почему же нужно вѣрить срокамъ, обозначеннымъ въ частныхъ закладныхъ? Это было бы поощреніемъ подлоговъ.

2) По господствующему воззрѣнію законъ этотъ имѣетъ въ виду вопросъ о существованіи закладнаго права и въ этомъ отношеніи частный документъ имѣетъ меньшую достовѣрность, чѣмъ установленнымъ образомъ совершенный. Очевидно, что только это толкованіе соответствуетъ словамъ закона. Поэтому *pignus publicum* имѣетъ преимущество передъ *pignus privatum privilegium* въ виду меньшей достовѣрности послѣдняго.

Спорнымъ является вопросъ о томъ, имѣетъ ли *pignus publicum* преимущество передъ законными ипотеками. Многіе ученые отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно ¹⁾. Такой отвѣтъ имѣетъ за себя нѣкоторую долю вѣроятности только по отношенію къ такимъ законнымъ закладнымъ правамъ, которыя существуютъ ради обязательствъ, основанныхъ на контрактѣ, при чемъ должно обращать вниманіе на то, можетъ ли этотъ контрактъ быть доказанъ посредствомъ *instrumentum publicum*, или нѣтъ. Но и при такомъ ограничительномъ толкованіи, мнѣніе это выходитъ за предѣлы буквы закона, который очевидно предполагаетъ коллизію между конвенціональ-

1. Напр. Loehr, см. Archiv f. civ. Praxis VI. 6. XII. 9.

ными закладными правами. И такъ *pignus publicum* имѣеть преимущество не передъ законными закладными правами, а только передъ закладными правами, основанными на договорахъ частныхъ лицъ; при столкновении же *pignus publicum* съ первыми, вопросъ разрѣшается по старшинству. Утверждали еще, что при такомъ толкованіи закона возникаютъ неразрѣшимые случаи. Но это не вѣрно. Если *pignus publicum* конкурируетъ съ двумя другими закладными правами, изъ которыхъ надъ однимъ оно первенствуетъ, а другому уступаетъ, то *pignus publicum*, въ отношеніи суммы перваго залога, становится на его мѣсто и затѣмъ, по отношенію къ остальной суммѣ занимаетъ второе мѣсто ¹⁾. Если *A* имѣеть старѣйшее частное закладное право, *B*— законную ипотеку и *C*—*pignus publicum*, то первымъ будетъ *C* на сумму, которую имѣеть *A*; вторымъ будетъ *B* на свою сумму; третьимъ— *C* на свой остатокъ и только подъ конецъ удовлетворится *A*. Или если лицу *A* слѣдуетъ больше чѣмъ *C*, то первымъ будетъ *C*, вторымъ—*A*, третьимъ *B* и четвертымъ *A* съ своимъ остаткомъ. Таковы модификація того правила, что съ удовлетвореніемъ по обязательству закладное право исчезаетъ.

Д. О переносѣ первенства.

§ 213.

Бываютъ случаи, что одинъ залогоприниматель вступаетъ на мѣсто другаго. При этомъ установленное закладное право

¹⁾ L. 16. D. qui pot. (20, 4). Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat. Eutychiauae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori; cum Eutychiauae de jure suo loqueret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium judicium vctus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. qui primam conditione expulerat), an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potius esse debere, mihi nequaquam hoc justum esse videtur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam, unquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor (adversus tertium vulg. a tertio) obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicatae alii prodere aut nocere solet, sed sine praesudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur.

не переходить съ своимъ первенствомъ на другое обязательство, а известное лицо вступаетъ въ обязательство, связанное съ залладнымъ правомъ, или посредствомъ цессии, или, хотя и безъ таковой, но съ одинаковымъ результатомъ. Такое вступленіе на мѣсто залогопринимателя путемъ дѣйствительной или фиктивной цессии можетъ произойти:

1) Или со стороны того же лица (*in locum ipsius succedit*): при новации совершаемой съ этою именно цѣлью, при чемъ прежнее залладное право сохраняется для новаго обязательства ¹⁾).

2) Или со стороны другаго лица: а) уже бывшаго вѣрителемъ и вооруженнаго залладнымъ правомъ на ту же вещь и потому присоединяющаго къ своему обязательству и залладному праву—посредствомъ цессии—еще другое обязательство и другое залладное право; б) бывшаго до того времени вѣрителемъ, но не имѣвшаго залладнаго права на вещь, и с) не бывшаго даже вѣрителемъ.

Вступленіе этого рода въ обязательство со стороны другаго лица встрѣчается и безъ совершенія цессии въ собственномъ смыслѣ слова: а) когда кто-либо даетъ въ займы деньги для того, чтобы удовлетворить залогопринимателя и за то приобретаетъ себѣ залладное право на тотъ же объектъ; точно также интерпретируется случай покупки объекта залога съ цѣлью удовлетворенія одного залогопринимателя, при наличности позднѣйшихъ залогопринимателей, равно и тотъ случай, когда одинъ изъ вѣрителей дозволяетъ продажу объекта залога съ цѣлью удовлетворить другаго вѣрителя. б) Всякій послѣдующій вѣритель по залогу имѣетъ право удовлетворить предшествующаго вѣрителя даже противъ воли послѣдняго (*jus offerendi*) и такимъ образомъ перенести на себя его залладное право какъ бы посредствомъ принудительной цессии. Такъ и бываетъ въ томъ случаѣ, когда какой либо вѣритель по залогу покупаетъ отъ имѣющаго старшинство вѣрителя назначенный послѣднимъ въ продажу объектъ залога, или когда поручитель вслѣдствіе удовлетворенія вѣрителя приобретаетъ объектъ залога какъ бы посредствомъ купли. Такое *jus offerendi* имѣетъ всякій владѣлецъ залога относительно того залогопринимателя, который предъявилъ противъ него *actio hypothecaria* ²⁾. Этотъ

¹⁾ Здѣсь идетъ рѣчь только о *novatio voluntaria*, L. 18. D. de novat. (46, 2), а не о *novatio necessaria*, L. 29. eod., L. 13. §. 4. D. de pignor. (20, 1).

²⁾ L. 7. §. 3. C. de praeser. XXX ann. (7, 39)—съ нечетеніемъ давности ипотечнаго права уничтожается *jus offerendi* залогопринимателя (см. §. 215).

случай примѣненія *jus offerendi* не представляетъ ничего исключительнаго, такъ какъ лицо, предъявившее означенный искъ, стремится единственно къ удовлетворенію своей претензіи. Но независимо отъ того, право это дано каждому изъ нѣсколькихъ залогопринимателей одной и той же вещи. Этимъ правомъ предоставляется послѣдующимъ вѣрителямъ средство занять первое мѣсто въ числѣ залогопринимателей, а вѣсть съ тѣмъ и право на разрѣшеніе вопроса о продажѣ заложенной вещи, вслѣдствіе чего они могутъ отзвратить не выгодное для нихъ рѣшеніе этого вопроса. *Prior creditor* можетъ избѣгнуть этого только тѣмъ, что самъ удовлетворить оферента. Кроме того, въ случаѣ отказа послѣдняго, тотъ же результатъ достигается посредствомъ взноса денегъ въ судебное мѣсто (*gerichtliche Deposition*). Но если кто либо имѣетъ нѣсколько закладныхъ правъ на одну и ту же вещь (напр. если онъ является по счету первымъ и четвертымъ залогопринимателемъ), то оферрація должна быть совершена по отношенію ко всѣмъ этимъ правамъ, потому что иначе онъ самъ можетъ тотчасъ же совершить оную. Это всегда бываетъ съ тѣмъ, кто самъ достигъ первенства черезъ *jus offerendi*. Если правомъ этимъ пожелаютъ воспользоваться нѣсколько лицъ, то первенство въ этомъ отношеніи имѣетъ ближайшій вѣритель, а за тѣмъ ему могутъ послѣдующіе вѣрители предложить оферрацію вышеуказаннымъ порядкомъ, т. е. какъ для пріобрѣтеннаго имъ, такъ и для его собственнаго закладнаго права.

VII. Охраненіе закладнаго права.

§ 214.

Охраненіе закладнаго права должно быть главнымъ образомъ направлено къ осуществленію права продажи, какъ главной составной части залога, слѣд. къ доставленію для этого вѣрителю владѣнія закладомъ. При ручномъ залогѣ вѣритель уже сначала владѣетъ закладомъ, при чемъ для сохраненія этого владѣнія и возвращенія владѣнія утраченнаго онъ имѣетъ *interdicta retinendae et recuperandae possessionis*, а именно *interdictum de precario*, если онъ *precario* оставилъ должнику владѣніе вещью. При залогѣ безъ владѣнія т. е. при ипотекѣ (такъ какъ при *fiducia* залогоприниматель, подобно собственнику, имѣетъ *rei vindicatio*), вѣрителю необходимы особыя *actiones*, установленныя преторомъ, одновременно съ признаніемъ залога посредствомъ простаго соглашенія сторонъ, имѣющія характеръ *utiles actiones*, созданныя по образцу вышепомянутыхъ

interdicta. Преторъ, впервые признавшій ипотекарный залогъ (въ случаѣ залога всѣхъ *investa* и *illata* лица, арендующаго *praedium rusticum*,—въ обезпеченіе арендной платы), предоставилъ залогопринимателю *utile interdictum de precario*. т. е. какъ будто бы въ данномъ случаѣ совершенъ былъ ручной залогъ, при чемъ должникъ получилъ вещь обратно *precario*; это и есть *interdictum Salvianum*. Слѣдующій преторъ пошелъ дальше и въ такомъ же случаѣ предоставилъ *utilis in rem actio*, т. е. какъ будто бы въ данномъ случаѣ была заложена *fiducia*; такъ возникла *Serviana actio*, которая впоследствии распространена была на всѣ случаи ипотекарнаго залога, а также разумѣется и на ручной залогъ, въ видѣ *quasi Serviana actio*; эти иски носятъ также одно общее названіе—*hypothecaria actio*.

Посредствомъ особаго договора (*pactum de ingrediendo*) вѣрителю можетъ быть предоставлено право вступить въ извѣстномъ случаѣ прямо, безъ всякаго иска, во владѣніе закладомъ, что въ другихъ случаяхъ признается противозаконнымъ самоуправствомъ. Впрочемъ, если этому воспротивится залогодатель, то все-таки приходится дѣйствовать посредствомъ иска.

A. Actio hypothecaria.

1. При залогѣ вещей.

§ 215.

Actio Serviana и *quasi Serviana*, *hypothecaria in rem actio*, *vindicatio pignoris*, происходя изъ закладнаго права какъ *jus in re*, создана совершенно по образцу *rei vindicatio*. Разница прежде всего является въ основаніи иска, а вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ нѣкоторое различіе по отношенію къ объекту—изъ особенности той цѣли, которая при этомъ преслѣдуется. Предъявленіе иска обыкновенно предполагаетъ наступленіе срока для осуществленія закладнаго права, и искомъ этимъ должна быть подготовлена продажа заклада. Но предъявленіе иска можетъ послѣдовать и тогда, когда для этого имѣется достаточный интересъ, напр. въ случаѣ угрожающей опасности утраты закладнаго права. И здѣсь отвѣтчикъ можетъ быть освобожденъ вслѣдствіе представленія какой-либо *cautio*. Помянутое правило применяется и къ ручному залогу—въ случаѣ, если будетъ предъявлена по оному *hypothecaria in rem actio*, хотя здѣсь вѣритель всегда имѣетъ право владѣть заложеною вещью, но осуществить это право онъ не можетъ посредствомъ ипотекарнаго ис-

ка. По отношенію къ этому иску ручной залогъ и ипотека равны. Помянутая особенность ручнаго залога не принимается здѣсь въ расчетъ и именно потому, что она не вытскаетъ изъ спеціальнаго свойства одного ручнаго залога, а изъ такого права, по отношенію къ которому равны оба рода закладнаго права.

Доказывать должно: 1) что залогъ былъ совершенъ, 2) что заложенная вещь находилась *in bonis* залогодателя. Существованіе обязательства доказывать не требуется, за исключеніемъ законнаго закладнаго права. Истцу не нужно также доказывать, что онъ *prior creditor*, потому что и послѣдующій вѣритель (при отсутствіи первенствующаго) не лишень права иска. Но если отвѣтчикъ удостовѣритъ существованіе собственнаго закладнаго права, то истецъ побѣждаетъ лишь тогда, когда докажетъ, что его право первенствуетъ.

Кромѣ тѣхъ эксцепцій, которыя общи ипотекарному иску съ *rei vindicatio* (именно ради издержекъ) эксцепція можетъ быть основана: 1) на равномъ или лучшемъ закладномъ правѣ владѣльца; 2) на *jus offerendi*, которое имѣетъ всякій отвѣтчикъ, ибо посредствомъ удовлетворенія истца онъ уничтожаетъ основу и цѣль иска; 3) на правѣ обратитъ вѣрителя сперва къ иному способу удовлетворенія—*exceptio excussionis*: а) къ личности должника или поручителя, *ex. excussionis personalis*, которую имѣетъ третій владѣлецъ залога; б) на другой закладъ, *exceptio excussionis realis*, которая принадлежитъ послѣдующему залогопринимателю вслѣдствіе связи съ какою-либо спеціальною или коллективною отдачею въ залогъ. *Exceptio excussionis personalis* не имѣетъ мѣста, если по законнымъ или фактическимъ причинамъ искъ, которому она соотвѣтствуетъ, не можетъ быть предъявленъ, напр. за давностью, несостоятельностью, отлучкою. Въ послѣднемъ случаѣ судьей назначается срокъ, въ теченіи котораго отвѣтчикъ можетъ представить отсутствующаго должника. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, можетъ ли быть допущена такая *exceptio*, когда лицо, къ которому имѣетъ быть предъявленъ искъ, подверглось конкурсу. Вѣритель по залогу не имѣетъ нужды вступать въ конкурсъ, когда онъ отыскиваетъ удовлетвореніе изъ вещи, не принадлежащей къ конкурсной массѣ. Это несомнѣнно-вѣрное положеніе было бы совершенно низвергнуто, еслибы владѣлецъ вещи могъ принудить къ тому залогопринимателя. Четвертая новелла, устанавливающая эту *exceptio*, ничего не говоритъ

1) Изъ Пандектъ.

о приведенномъ случаѣ. Поэтому *exemptio* этого рода здѣсь не принимается.

Exemptio excussionis realis обращаетъ вѣрителя къ другому закладу. Здѣсь приводились случаи, совершенно сюда не относящіяся. Если при многократной отдачѣ въ залогъ одна изъ отдачъ была лишь субсидіарною, то это, установленное *in subsidium*, закладное право вовсе не имѣетъ силы до тѣхъ поръ, пока существуетъ его условіе, слѣдов. пока закладъ представляетъ собою средство удовлетворенія другихъ правъ. Всякій отвѣтчикъ можетъ отрицать закладное право, а также разумѣется и самъ залогодатель. Субсидіарность должна быть предполагается *tacite* въ томъ случаѣ, когда одновременно совершено залогъ коллективный и специальный (напр. мой домъ и вообще все мое состояніе), и когда вѣрителю прямо не предоставленъ выборъ, *jus variandi*.

Единственный случай примѣненія *exemptio excussionis realis* слѣдующій: когда при соединеніи специального и коллективного залога искъ обращается на вещи, составляющія *collectivum* и находящіяся во владѣніи послѣдующаго залогопринимателя; послѣдній можетъ тогда потребовать, чтобы *prior creditor* сперва отъискивалъ удовлетвореніе изъ специального залога, для того чтобы онъ, послѣдующій вѣритель, не лишился безъ нужды своего залога. Этого требовала по видимому справедливость, такъ что *exemptio* вовсе не зависитъ здѣсь отъ цѣли совершенія залога, но эта *exemptio* принимается только въ указанномъ случаѣ, а не тогда, когда вѣритель предъявляетъ искъ на основаніи специального залога.

Подобно этимъ *exemptio*амъ, представляющимъ собою видоизмѣненіе основныхъ принциповъ *rei vindicationis* и вытекающимъ изъ цѣли самой *actio hypothecaria*, есть и другія *exemptio* относительно предмета иска. Такъ, плоды выдаются лишь на столько, на сколько это необходимо для удовлетворенія вѣрителя, потому что далѣе этого не могутъ простираться требованія вѣрителя по отношенію къ вещи и ея аксессуарамъ ¹⁾

Разсматриваемый искъ погашается давностью при владѣніи третьяго лица—въ 30 лѣтъ, при владѣніи должника и залогодателя въ 40 лѣтъ; со времени же смерти должника давность считается въ 30 лѣтъ.

1) Изъ Пандектъ

3. При залогѣ правъ.

§ 216.

При залогѣ вещей *actio hypothecaria* есть *utilis vindicatio rei*, и только въ томъ случаѣ, когда можетъ быть доказана *possessio ad usucapionem* залогодателя, она является какъ *utilis publiciana*. Также точно, при отдачѣ въ залогъ какого-либо *emphyteusis* или *superficies*, ипотечарный искъ относится къ *in rem actio emphyteuticaria* и т. п., а при залогѣ узуфрукта къ *actio confessoria uзуфруктуаріа*.

Точно также при *subpignus* залогопринимателю предоставлена принадлежащая залогодателю *actio utilis hypothecaria*, которая цедирована на этотъ случай.

При *pignus nominis* залогоприниматель, подобно цессіонарію, имѣетъ личный искъ, какъ *utilis actio*. Большая ошибка заключалась въ томъ мнѣніи нѣкоторыхъ прежнихъ юристовъ, по которому здѣсь допускался вещный искъ залогопринимателя. Даже еслибы обязательства отдавались въ залогъ какъ вещи, то и тогда вещный искъ былъ бы не мыслимъ (ибо залогодатель не можетъ дать больше того, чѣмъ сколько имѣетъ самъ ¹⁾).

Съ этимъ заблужденіемъ отчасти находится въ связи стремленіе нѣкоторыхъ юристовъ примѣнить къ этому случаю *exceptio excussionis*. При *actio hypothecaria*, обращенной на вещь, она имѣетъ то значеніе, что вещь безъ нужды не отнимается у владѣльца; здѣсь же объ этомъ не можетъ быть и рѣчи: должникъ все же долженъ заплатить,—все равно залогопринимателю или кредитору послѣдняго и притомъ первому не раньше послѣдняго.

Для примѣненія въ данномъ случаѣ *exceptio excussionis* ссылались на одно постановленіе Кодекса ²⁾, которымъ якобы безъ сомнѣнія допускается *exceptio excussionis personalis* при *pignus nominis*.

Въ этомъ постановленіи говорится, что казна можетъ обратиться съ требованіями къ должникамъ своихъ должниковъ не прежде, какъ послѣ несостоятельности послѣднихъ къ уплатѣ долга. Это правило совсѣмъ не относится къ *beneficium excussionis*, тогда (во времена Діоклетіана) вовсе не существовавшему, а также и не къ *pignus nominis*, установленному въ

1) L. 54. D. de R. I. (50,17).

Прим. изд.

2) L. 4. C. quando fiscus vel privat. (4,15). Non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit, principales reos idoneos non esse. certissimi juris est

пользу казны, но къ *executio* посредствомъ понудительныхъ мѣръ (*Auspfaendung*), причемъ взысканіе можетъ быть распространено и на *nomina*, но не тогда, когда еще есть другія средства удовлетворенія ¹⁾). Это правило должно примѣняться и относительно казны, а также и относительно обязательствъ, ради которыхъ она имѣетъ законное закладное право на все имущество должника, слѣд. и на *nomina*.

B. *Interdictum Salvianum*.

§ 217.

Interdictum Salvianum предоставлено залогопринимателю для того, чтобы достигъ владѣнія заложенной вещью; оно есть *interdictum adipiscendae possessionis*, слѣдовательно не владѣльческой интердиктъ, а лишь право—охранительный ²⁾). Интердиктъ этотъ не примѣняется къ ручному залогу, потому что залогоприниматель уже владѣетъ заложенной вещью.

Интердиктъ этотъ введенъ былъ для лица, отдающаго свое имѣніе въ аренду и которому заложены *investa* и *illata* арендатора, слѣдовательно въ томъ случаѣ, когда впервые появилась ипотечарный залогъ. Этотъ интердиктъ былъ предшественникомъ для *actio Serviana*. Когда введенъ былъ послѣдній болѣе совершенный способъ охраненія закладнаго права и интердиктъ сдѣлался собственно не нужнымъ, онъ однакоже не былъ отмѣненъ, но за то онъ и не былъ распространяемъ на остальные случаи ипотечарнаго залога. Вездѣ, гдѣ о немъ упоминается, идетъ рѣчь о вышеприведенномъ случаѣ. На основаніи одного постановленія закона ³⁾ полагали, что этотъ интердиктъ допускался и при другомъ случаѣ залога. Это мнѣніе основано на недоразумѣніи ⁴⁾). *Adversus conductorem debitoremve* не значить—«противъ арендатора или инаго должника»; правило это

¹⁾ Ср. L. 15. § 8. D. de re jud. (42,1),

Прим. изд.

²⁾ Ср. §. 85.

³⁾ L. 1. C. h. t (8;9). Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit. integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur utilis adversus emptorem exercenda (Gordiani). Правило это представляется совершенно яснымъ, если признать, что противъ третьяго лица, владѣющаго sine vitio ячмѣя силу короткая давность древняго *Int. Utrubi*. Dernburg, Pfandrecht стр. 59.

Прим. изд.

⁴⁾ *Interdictum salvianum* конечно не примѣнимъ, но здѣсь все же дается владѣльческое охраненіе, только въ иной формѣ: посредствомъ *interdictum repentinum*. L. 3. C. de pign. (8, 14).

Прим. изд.

говорить только, что интердиктъ не примѣняется здѣсь по двумъ причинамъ: 1) потому, что отвѣтчикъ не есть conductor, и кромѣ того 2) потому, что онъ не есть debitor ¹⁾. Означенный интердиктъ основанъ на фикці ручнаго залога и precarium'a, слѣдовательно онъ есть ничто иное, какъ utile interdictum de precario ²⁾. Отсюда можно вывести отвѣтъ на весьма спорный вопросъ о томъ, противъ кого можетъ быть предъявленъ этотъ интердиктъ ³⁾. Онъ имѣетъ мѣсто противъ того лица, противъ котораго дѣйствуетъ и interdictum de precario, слѣдовательно только противъ залогодателя, а не противъ третьяго владѣльца. Эта особенность самымъ опредѣленнымъ образомъ высказана въ приведенномъ правилѣ (L. 1. Cod. h. t. 8, 9). Не смотря на это, многіе утверждаютъ, что интердиктъ этотъ можетъ быть предъявленъ и противъ другаго лица, по крайней мѣрѣ противъ покупателя вещи, и въ подтвержденіе этого ссылаются на одно мѣсто изъ Пандектъ ⁴⁾, которое однакожъ должно быть объяснено слѣдующимъ образомъ:

¹⁾ Истинная причина здѣсь та, что вѣритель отказывается отъ владѣльческаго охраненія и оставляетъ за собой только petitiorium. Возраженіе Вангера (Leitfaden §. 390; будто мотивъ этотъ не указанъ, тѣмъ болѣе представляется неудачнымъ, что онъ очевидно поставленъ въ началѣ: слова si te—venum dedit конечно могли бы означать продажу безъ ремиссіи вѣрителю; но тогда слова non remittente—противъ всѣхъ правилъ толкованія законовъ—слѣдовало бы признанъ совершенно бесполезными, и отказъ въ possessorium противъ покупателя ничѣмъ бы не оправдывался. Слѣдовательно эти слова нужно относить къ пролажѣ, на которую согласился вѣритель, но только salva causa pignoris sui, L. 4. §. 1. D. quibus modis pignus (20,6), и тогда смыслъ закона совершенно ясенъ.

Прим. изд.

²⁾ Единственное основаніе такого возрѣтнія автора заключается въ кодексѣ VIII, 9, de precario et Salviano interdicto. Мѣсто, занимаемое тою же рубрикой въ пандектахъ (43,33) доказываетъ, что это сопоставленіе есть ничто случайное.

Прим. изд.

³⁾ Вопросъ „противъ кого“ долженъ быть, въ виду запретительнаго характера, отличающаго interdictum salvianum, разрѣшенъ такъ: противъ всякаго, кто нарушаетъ право вѣрителя, сопротивляясь взысканію упомянутыхъ illata; это также иредполагается въ вышеозначенномъ постановленіи пандектъ.

Прим. изд.

⁴⁾ L. 1. D. h. t. (43,33). Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendideret. quod apud emtoram ex ea natum est, ejus prendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum salviano interdicto recte experiuntur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debet, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. Idem servari, conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine iuduxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

1) Слова: *adversus extraneum* не значать: «противъ третьяго владѣльца», а «противъ самого арендатора», (въ противоположность словамъ *inter ipsos*); самъ арендаторъ есть *extraneus*.

2) Слова: *apud emptorem* значать: interdиктъ распространяется также и на плоды, явившіеся у покупщика; но ими не высказывается, что къ отвѣту можетъ быть привлеченъ самъ покупщикъ.

3) Указывали на то, что юристъ говорить объ *utile interdictum*, а приведенный законъ объ *interdictum directum*¹⁾. Самъ по себѣ этотъ interdиктъ есть аналогическій способъ охраненія права, *utile interdictum*. Кромѣ арендатора *interdictum Salvianum* примѣняется еще противъ того лица, которое владѣть вещью въ качествѣ мнимаго залогопринимателя.

Такъ какъ *interdictum salvianum* не есть владѣльческій, то онъ разрѣшаетъ споръ о правѣ такъ же окончательно, какъ и *actio*²⁾. Для насъ онъ, собственно говоря, есть нѣчто устарѣвшее. Практики однакоже признавали его за временную (*provisorisch*) *hypothecaria* (такъ что за нимъ всегда могло слѣдовать *petitorium*). Поэтому они и не ограничивали его вышеприведеннымъ случаемъ, а предоставляли его всякому вѣрнителю по залогу. Практика эта должна быть отвергнута.

¹⁾ Положеніе это опровергается примѣчаніемъ 2 предш. стръ Interдиктъ *Salvianum* не есть *utile interdictum de precario*; interdиктъ же относительно родившихся у покупателя дѣтей рабыни называется *interdictum utile salvianum*, потому что *interdictum Salvianum directum* требуетъ рожденія на арендуемой землѣ (*ibi nata*), L. 7. *per D. in quibus caus. (20, 2)*, *interdictum de precario* было бы въ такомъ случаѣ *directum*, L. 10 *D. de prec. (43, 26)*.
Прим. изд.

²⁾ Невѣрность этого положенія, которое поддерживаетъ даже Келлеръ (*Pand. §. 211*), доказывается L. 2. *D. h. t. (43, 33)* гдѣ потерявшій по *interdictum Salvianum* обращается къ *actio serviana* для того, чтобы доказать действительность совершенія залога, не разсматриваемую при interdиктномъ процессѣ.
Прим. изд.

