

И.Б. Новицкий

РИМСКОЕ ПРАВО

Учебник


МОСКВА
2011

УДК 340(075.8)
ББК 67.3(0)323я73
Н73

Автор

Новицкий Иван Борисович, доктор юридических наук, профессор

Новицкий И.Б.

Н73 Римское право : учебник / И.Б. Новицкий. — М. : КНОРУС, 2011. — 304 с.

ISBN 978-5-406-00873-7

Книга представляет собой элементарный учебник основ римского гражданского права, подготовленный с учетом потребностей высшего юридического образования крупнейшим ученым в области гражданского и римского права И.Б. Новицким.

В учебнике кратко и доходчиво изложена суть основных цивилистических категорий и конструкций, возникших и развившихся в римском праве. Автор убедительно показывает процесс эволюции римского права, обосновывает необходимость и целесообразность его последующего использования в законодательстве многих, в том числе современных государств.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов.

УДК 340(075.8)
ББК 67.3(0)323я73

Новицкий Иван Борисович

РИМСКОЕ ПРАВО

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.003365.04.09 от 01.04.2009 г.

Изд. № 2956. Подписано в печать 24.03.2010. Формат 60×90/16.

Гарнитура «PetersburgС». Печать офсетная.

Усл. печ. л. 19,0. Уч.-изд. л. 16,0. Тираж 3000 экз. Заказ №

ООО «Издательство КноРус».

129110, Москва, ул. Большая Переяславская, 46, стр. 7

Тел.: (495) 680-7254, 680-0671, 680-1278.

E-mail: office@knorus.ru <http://www.knorus.ru>

Отпечатано в полном соответствии с качеством
предоставленного издательством электронного оригинал-макета
в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».

143200, Московская область, г. Можайск, ул. Мира, д. 93

© Новицкий И.Б., 2011

© ООО «Издательство КноРус», 2011

ISBN 978-5-406-00873-7

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	9
§ 1. Предмет «Основ римского гражданского права»	9
§ 2. Роль римского права в истории права эксплуататорских государств. Значение этого предмета для советского юриста.....	17

Раздел I

Источники римского права

§ 1. Понятие и виды источников права	23
§ 2. Обычное право и закон.....	26
§ 3. Эдикты магистратов	29
§ 4. Деятельность юристов	35
§ 5. Кодификация римского права	39

Раздел II

Иски

§ 1. Возникновение государственного суда.....	47
§ 2. Деление гражданского процесса на <i>ius</i> и <i>iudicium</i>	48
§ 3. Общее понятие о легисакционном, формулярном и экстраординарном процессах	49
§ 4. Понятие и виды исков.....	57
§ 5. Особые средства преторской защиты	59
§ 6. Исковая давность.....	61

Раздел III

Лица

§ 1. Понятие «лица» и правоспособности	65
§ 2. Правовое положение римских граждан.....	67
§ 3. Правовое положение латинов и перегринов.....	71
§ 4. Правовое положение рабов.....	72
§ 5. Правовое положение вольноотпущенников	75
§ 6. Правовое положение колонов	76
§ 7. Юридические лица	77

Раздел IV

Семейно-правовые отношения

§ 1. Римская семья. Агнатское и когнатское родство	83
§ 2. Брак	84
§ 3. Личные и имущественные отношения между супругами.....	87
§ 4. Отцовская власть	90

Раздел V

Вещные права

Глава I. Права вещные и обязательственные	97
Глава II. Владение	100
§ 1. Понятие и виды владения	100
§ 2. Установление и прекращение владения	104
§ 3. Защита владения.....	107
Глава III. Право собственности.....	113
§ 1. Понятие права собственности и развитие этого института в Риме	113
§ 2. Содержание права частной собственности.....	119
§ 3. Приобретение и утрата права частной собственности.....	120

	§ 4. Право общей собственности (сособственность).....	127
	§ 5. Защита права собственности	128
Глава IV.	Права на чужие вещи	131
	§ 1. Понятие и виды прав на чужие вещи.....	131
	§ 2. Сервитуты. Понятие и виды.....	132
	§ 3. Прециальные сервитуты	135
	§ 4. Личные сервитуты	136
	§ 5. Приобретение, утрата, защита сервитутов	137
	§ 6. Эмфитевзис и суперфиций	138
	§ 7. Залоговое право	140

Раздел VI
Обязательственное право
(общая часть)

Глава I.	Понятие и виды обязательства	149
	§ 1. Определение обязательства	149
	§ 2. Натуральные обязательства	151
	§ 3. Основания возникновения обязательства.....	152
Глава II.	Виды договоров.....	154
	§ 1. Контракты и пакты.....	154
	§ 2. Развитие римского договорного права и его служебная роль	156
	§ 3. Договоры строгого права (<i>stricti iuris</i>) и основанные на доброй совести (<i>bonae fidei</i>)	161
	§ 4. Договоры односторонние и двусторонние (синалагматические)	162
Глава III.	Условия действительности договора, его содержание, заключение договора.....	164
	§ 1. Условия действительности договоров	164
	§ 2. Воля и выражение воли	167
	§ 3. Содержание договора.....	172

	§ 4. Цель договора (<i>causa</i>)	175
	§ 5. Заключение договора. Представительство.....	176
Глава IV.	Стороны в обязательстве	178
	§ 1. Личный характер обязательств	178
	§ 2. Замена лиц в обязательстве.....	179
	§ 3. Обязательства с несколькими кредиторами или должниками	183
Глава V.	Исполнение обязательства и ответственность за неисполнение	186
	§ 1. Исполнение обязательства.....	186
	§ 2. Просрочка исполнения	188
	§ 3. Ответственность должника за неисполнение обязательства	190
	§ 4. Возмещение ущерба	193
	§ 5. Прекращение обязательства помимо исполнения	194

Раздел VII

Отдельные виды обязательств

Глава I.	Вербальные (устные) контракты.....	199
	§ 1. Стипуляция.....	199
	§ 2. Развитие в форме стипуляции отношений поручительства	202
Глава II.	Литтеральные (письменные) контракты.....	204
Глава III.	Реальные контракты	206
	§ 1. Договор займа (<i>mutuum</i>).....	206
	§ 2. Договор ссуды (<i>commodatum</i>).....	211
	§ 3. Договор хранения или поклажи (<i>depositum</i>)	215
	§ 4. Договор залога.....	221
Глава IV.	Консенсуальные контракты	222
	§ 1. Договор купли-продажи (<i>emptio-venditio</i>)	222

§ 2. Договоры найма (<i>locatio-conductio</i>).	
Общие положения	231
§ 3. Договор найма вещей (<i>locatio-conductio rerum</i>).....	232
§ 4. Договор найма услуг (<i>locatio-conductio operarum</i>)	237
§ 5. Договор подряда (<i>locatio-conductio operis</i>)	238
§ 6. Договор поручения (<i>mandatum</i>).....	239
§ 7. Договор товарищества (<i>societas</i>)	243
Глава V. Безыменные контракты (<i>contractus innominati</i>).....	249
§ 1. Общие замечания	249
§ 2. Договор мены (<i>permutatio</i>)	251
§ 3. Оценочный договор (<i>contractus aestimatorius</i>)	251
Глава VI. Пакты (<i>pacta</i>).....	253
§ 1. Понятие и виды пактов.....	253
§ 2. Присоединение к контракту (<i>pacta adiecta</i>)	254
§ 3. Преторские пакты.....	255
§ 4. Пакты, получившие исковую защиту в императорском законодательстве (<i>pacta legitima</i>).....	257
Глава VII. Обязательства как бы из договора (<i>quasi ex contractu</i>)	260
§ 1. Понятие и виды обязательств как бы из договора	260
§ 2. Ведение чужих дел без поручения (<i>negotiorum gestio</i>)	261
§ 3. Обязательства из неосновательного обогащения	264
Глава VIII. Обязательства из деликтов или как бы из деликтов.....	269
§ 1. Понятие частного правонарушения	269
§ 2. Важнейшие виды частных деликтов	271
§ 3. Обязательства как бы из деликта (<i>quasi ex delicto</i>)	275

Раздел VIII
Право наследования

Глава I.	Понятие и история права наследования	279
	§ 1. Основные понятия наследственного права	279
	§ 2. Исторические этапы развития римского наследственного права.....	281
Глава II.	Наследование по завещанию.....	283
	§ 1. Понятие завещания	283
	§ 2. Условия действительности завещания	284
	§ 3. Обязательная доля ближайших родственников	285
Глава III.	Наследование по закону.....	289
	§ 1. Развитие института наследования по закону.....	289
	§ 2. Наследование по закону в Юстиниановом праве	291
	§ 3. Выморочное наследство	293
Глава IV.	Принятие наследства и его последствия.....	295
	§ 1. «Лежачее» наследство.....	295
	§ 2. Приобретение наследства и его последствия.....	296
	§ 3. Иски о наследстве	297
Глава V.	Легаты и фидеикомиссы	299
	§ 1. Понятие и виды легатов	299
	§ 2. Фидеикомиссы	300
	§ 3. Порядок приобретения легатов.....	301
	§ 4. Ограничения легатов.....	301
Приложения		303
	I. Объяснение сокращений	303
	II. Римская монета.....	303

ВВЕДЕНИЕ

§ 1. Предмет «Основ римского гражданского права»

1. Термином «римское право» обозначается право античного Рима, право Римского государства рабовладельческой формации. История развития этого государства и всей системы римского права в целом изучается в составе курса истории государства и права зарубежных стран.

Предметом изучения «Основ римского гражданского права» являются важнейшие институты имущественного права (а в связи с ними — также семейного права) периода так называемого принципата (первые три века н.э. — период классического римского права), а также периода абсолютной монархии (с конца III в. до середины VI в. н.э. включительно).

Термином «гражданское право» в современных системах права (и буржуазного, и социалистического) обозначают в основном ту область права, которая регулирует имущественные отношения в данном обществе.

В латинском языке слову «гражданский» соответствует, вообще говоря, слово *civillis*. Однако *ius civile* в римском праве по своему содержанию не соответствует современному термину «гражданское право». *Ius civile*

в римском праве имеет различное значение. Этим термином обозначается прежде всего исконное национальное древнеримское право, распространяющее свое действие исключительно на римских граждан — квиритов; поэтому оно и именуется также квиритским правом. В этом смысле *ius civile* противопоставляется «праву народов» (*ius gentium*), действие которого распространялось на все римское население (включая так называемых перегринов). Поскольку *ius gentium* регулировало имущественные отношения, возникавшие и между перегринами, и между римскими гражданами, и между теми и другими, оно представляло собой разновидность римского гражданского права. Надо заметить, что тем же термином *ius gentium* римские юристы обозначали и представляющуюся им более широкую философскую категорию — право, общее для всех народов; полагая, что сюда входят правила, подсказываемые самой природой человека, они употребляли для обозначения этой категории также выражение *ius naturale*, «естественное право».

Ius civile в других случаях противопоставляется той системе права, которая сложилась в практике преторов (и некоторых других магистратов) и именуется *преторским правом* (см. ниже, разд. I, § 3). В этом противопоставлении *ius civile* обозначает нормы права, исходящие от народного собрания, позднее — сената (см. ниже, разд. I, § 3).

Таким образом, гражданскому праву (в современном смысле) в Риме более или менее соответствовала лишь совокупность всех трех названных систем: гражданского права, права народов и права преторского. В качестве единого термина для всей этой совокупности наиболее подходящим является *ius privatum*, «частное право».

2. Частное право противопоставляется праву публичному (*ius publicum*). Один из римских юристов классического периода Ульпиан проводит разграничение этих двух областей права следующим образом. «Публичное право, — говорит Ульпиан¹, — это то право, которое „*ad statum rei Romanae spectat*“ (буквально: обращено, относится к статусу, к состоянию Римского государства. — И. Н.), а частное право — то, которое относится „*ad singulorum utilitatem*“ (т.е. имеет в виду выгоды, интересы отдельных лиц. — И. Н.)». Таким образом, критерием различия областей частного права и публичного права, по

¹ D.1.1.1.2 (см. «Объяснение сокращений» в конце учебника).

мнению Ульпиана, служит характер интересов, защищаемых правом: к области публичного права принадлежат нормы права, ограждающие интересы отдельных лиц.

Конечно, интересы отдельных лиц в классовом, в частности, в рабовладельческом, обществе весьма различны и даже противоположны в зависимости от принадлежности к различным классам общества: у рабовладельца и у бесправного раба нет общего интереса. Да и свободные граждане рабовладельческого общества были далеко не равны между собою, наблюдались контрасты богатства и бедности и на этой почве: эксплуатация одной, меньшей частью населения другой, большей части. Интересы крупного рабовладельца и бедняка, хотя и свободного формально — юридически, — но экономически зависимого от богатого рабовладельца, были весьма различны. В определении Ульпиана не упоминается о каких-либо классовых различиях; он противопоставляет интересы Римского государства интересам отдельных граждан; а так как государство есть организованная сила господствующего класса¹, то ульпиановское противопоставление можно свести к противопоставлению интересов класса рабовладельцев в целом интересам отдельного гражданина.

Проводившееся римскими юристами деление права на публичное и частное было воспринято и в государствах других эксплуататорских формаций, в том числе и в странах капитализма. Это противопоставление частного и публичного закрепляет автономную волю капиталиста, гарантирует его частнособственнические интересы. Напротив, в социалистическом обществе частного права нет, а потому противопоставление частного публичному в советском праве невозможно. В.И. Ленин в известном письме Д.И. Курскому указал: «...мы ничего частного не знаем». Интересы граждан в социалистическом обществе не противостоят интересам общественным, а гармонически с ними сочетаются. В некоторых капиталистических странах (например, во Франции, Западной Германии) гражданское право (*Bürgerliches Recht, droit civil*) представляет собой раздел права, регулирующий имущественные отношения субъектов оборота, за исключением отношений торгового характера, регулируемых торговым правом. Гражданское право в совокупности с торговым правом составляет частное право;

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Манифест Коммунистической партии // Соч. Изд. 2-е. Т. 4. С. 446.

но этот последний термин — *Privatrecht* — употребляется в качестве синонима гражданского права.

Наконец, в советском праве, которому не известно деление права на публичное и частное, термином «гражданское право» именуется та отрасль права, которая регулирует главным образом имущественные отношения между социалистическими организациями, между гражданами, между теми и другими (более развернутое и точное определение см. в учебнике советского гражданского права).

3. В соответствии с указанным выше противопоставлением интересов публичных и интересов частных области права публичного и частного (или гражданского — в указанном в конце п. 1 широком смысле) различались и по характеру (методу) регулирования отдельных общественных отношений.

Для публичного права характерным был принцип *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D.2.14.38), т.е. нормы публичного права не могут изменяться соглашениями отдельных лиц. Изменять нормы права отдельные лица вообще не могут, но в приведенном положении выражается та мысль, что действие нормы публичного права не может быть исключено в конкретном случае посредством заключения сторонами соглашения иного содержания. Такие нормы права в современной теории принято называть *императивными*, *повелительными*, *безусловно обязательными*.

Императивные нормы встречаются и в области частного (гражданского) права: например, институт опеки в Риме являлся институтом частного (гражданского) права, однако некоторые вопросы, относящиеся к этому институту (например, отчуждение опекуном имущества подопечного), регулировались императивными нормами. Но не императивные нормы характерны для частного (гражданского) права. В этой области права преобладают, с одной стороны, такие нормы, которые предоставляют заинтересованным лицам самим определять складывающиеся отношения (так называемые *уполномочивающие* нормы); например, в законах XII таблиц содержалась норма, предоставлявшая сторонам, заключавшим договор займа, самим определить эти отношения: «...как они договорятся, так пусть и будет, „ita ius esto“ это соглашение пусть будет как бы законом». С другой стороны, в частном (гражданском) праве много таких норм, которые применяются в отдельном, конкретном случае лишь тогда, когда заинтересованные лица, которым было предоставлено (уполномочивающей нормой) право самим определить отношение, не воспользова-

лись этим правом (нормы восполнительные, условно-обязательные, *диспозитивные*¹); например, римскому гражданину было предоставлено уполномочивающей нормой право составить завещание и указать в нем, кого он хочет иметь своим наследником; но если данный гражданин этим правом не воспользовался, диспозитивная норма указывает, кто призывается к наследованию.

Разумеется, принцип, заключающийся в уполномочивающих нормах, в применении к договорам имел только формально-юридическое значение: во всяком классовом эксплуататорском обществе подлинной свободы договорных отношений быть не может ввиду экономического неравенства, позволяющего стороне, экономически более сильной, навязывать свою волю другой стороне, которую стесненное материальное положение заставляет соглашаться на невыгодные условия. Уполномочивающий характер нормы обозначает во всяком случае, что данное конкретное отношение урегулировано не императивной нормой права, а определено сторонами (с формальной точки зрения, двумя сторонами, а фактически — нередко одной стороной).

4. Сфера действия гражданского (в широком смысле) или частного права в Риме была весьма широка. Гражданско-правовыми признавались некоторые такие отношения, которые в других эксплуататорских формациях признаются публично-правовыми; например, кража рассматривалась в римском праве как *delictum privatum*, частное правонарушение, тогда как во всех позднейших формациях кража признается уголовным преступлением, т.е. относится к публично-праву.

По словам юриста Ульпиана (D.1.1.1.2), к публичному праву относились *sacra* (вопросы религиозного культа), *sacerdotes* (вопросы, касающиеся правового положения жрецов), *magistratus* (определение прав и обязанностей магистратов). Этот перечень нельзя признать исчерпывающим.

Основные институты римского гражданского (частного) права следующие: право собственности; другие, более ограниченные права на вещи; договоры и иные обязательства; семейные правоотношения; наследование. К римскому гражданскому (частному) праву

¹ Впрочем, термин «диспозитивная норма» употребляется в современной теории иногда и для обозначения уполномочивающей нормы.

относятся и вопросы защиты частных прав, в особенности учение об исках (имевших в римском праве исключительно важное значение).

5. Говорить о римском гражданском (частном) праве как о единой системе права было бы исторически неверно, а следовательно, и ненаучно. В республиканский период римской истории римское гражданское (частное) право развивалось в виде параллельных (упоминавшихся выше) систем *ius civile* и *ius gentium*, тогда же стала складываться получившая окончательное развитие в эпоху принципата система преторского права. С течением времени *ius civile* и *ius gentium* стали сближаться. Обе эти системы при практическом применении находились в постоянном взаимодействии; наблюдалось взаимное влияние одной системы на другую. Более значительным было влияние *ius gentium* и *ius civile* ввиду того, что первая система, впитывавшая в себя нормы более развитых народностей, не страдала таким формализмом, как исконное гражданское право, более отвечала потребностям хозяйственной жизни страны. Одним из каналов, по которым осуществлялось влияние *ius gentium*, служили преторские эдикты (см. ниже, разд. I, § 3); нередко начала *ius gentium* (например, признание юридической силы за некоторыми неформальными договорами и т.п.) проникали в гражданское право.

Имело место и обратное влияние: некоторые нормы гражданского права проникали в систему *ius gentium* (например, по законам XII таблиц нормы о краже не распространялись на peregrinos; в практике эти нормы стали применяться и к peregrinam).

В классический период различие *ius civile* и *ius gentium* все же сохраняло некоторое значение, хотя и утратило остроту, в особенности после издания эдикта Каракаллы (212 г. н.э.), по которому провинциалы получили права римского гражданства. При Юстиниане (середина VI в. н.э.) *ius civile* и *ius gentium* составили единую систему права, в которой получило преобладание *ius gentium* как право более развитое.

Наряду с этим с I в. н.э. заметно проявляются местные особенности права отдельных провинций, главным образом восточных (египетское, греческое право и проч.). При самом завоевании городов греческой культуры за ними нередко признавали некоторые национальные своеобразия частного права (например, сохранялись прежние суды для разрешения мелких споров между гражданами данной *civitas* — городской общины и т.п.). Тенденции императорского режи-

ма к централизации привели к попыткам вытеснения права отдельных покоренных народностей общеимперским законодательством. Однако вытеснить местное право полностью не удавалось; местное право сохраняло значение по крайней мере субсидиарного (вспомогательного) права. Более того, греческое и вообще восточное право оказало влияние и на само общеимперское римское право. Можно назвать ряд гражданско-правовых институтов греческого или вообще восточного происхождения: такова, например, ипотека — одна из форм залогового права (см. ниже, разд. V, гл. IV, § 7, п. 2–3), синграфы и хирографы — долговые расписки (см. ниже, разд. VII, гл. II, п. 2) и др. В этом было одно из проявлений общего влияния греческой культуры на римскую¹.

Местные особенности римского права раскрываются главным образом при изучении папирусов, надписей и т.п. (см. ниже, разд. I, § 1, п. 4). Рамки курса «Основы римского гражданского права» не позволяют остановиться на этих местных особенностях права отдельных областей Римской империи.

6. Советская литература по вопросам римского права невелика.

Имеются два учебника римского частного права: 1) «Римское частное право» — коллектива авторов в составе В.А. Краснокутского, И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского, И.С. Розенталя и Е.А. Флейшиц, под общей редакцией И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1948; 2) более краткий учебник (под тем же наименованием) И.Б. Новицкого. М., 1948.

Следует далее назвать учебник по истории государства и права: *Перетерский И.С.* Древний Рим, 1945 (во втором издании — соответствующий раздел Тома 1 «Истории государства и права»); *Галанза П.Н.* Конспект лекций по всеобщей истории государства и права. Вып. 1. Было опубликовано несколько других работ: *Перетерский И.С.* Дигесты Юстиниана. Госюриздат, 1956; *Перетерский И.С.* О правовом положении рабов в древнем Риме // Ученые записки Московского юридического института. Вып. 1. 1939. С. 123–145; *Шерешевский И.В.* Правовое регулирование «наемного труда» в Риме // Вестник древней истории. 1955. № 1. С. 39–50.

¹ Влияние греческой философии на римских юристов исследуется в книге проф. Московского университета П.Э. Соколовского (написанной на немецком языке) «Die Philosophie im Privatrecht». I–II. Halle, 1902.

Статьи в Юридическом словаре и Большой Советской Энциклопедии: «Римское право», «Рецепция римского права», «Эдикты», «Преторское право», «*Ius gentium*», «Принципат».

Из учебной литературы стран народной демократии можно назвать: *Венедиктов П. и Андреев М.* Римское право. София, 1949; *Taubenszlag.* Rzymskie prawo prywatne. Warszawa, 1955. 327 с.; *Taubenszlag.* Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych. Warszawa, 1955. 363 с.

Буржуазная юридическая литература в области римского права огромна и продолжает расти. Ввиду ненаучности метода исследования, применяемого буржуазными авторами, эта литература имеет для советского юриста ценность только по богатству фактического материала, собранного в работах буржуазных авторов. В частности, ими много сделано в смысле критического изучения дошедших до нового времени рукописей римских источников, в смысле установления первоначального текста и позднейших наслоений, выявления так называемых интерполяций (см. ниже, разд. I, § 5, п. 6), издания памятников и т.п.

Из множества работ буржуазных авторов, относящихся к римскому частному праву, можно назвать следующие:

Покровский И.А. История римского права. 1917.

Хвостов В.М. История римского права. 1919.

Он же. Система римского права. 3 выпуска. 1904–1908.

Сальковский. Институции римского права (рус. перевод, 1910).

Дернбург. Пандекты (рус. перевод).

Зом. Институции римского права (рус. перевод). 1916.

Girard. Manuel élémentaire de droit romain. 8-е изд. (пересмотренное Senn). 1929.

Giffard. Précis de droit romain. 1938.

Monier. Manuel élémentaire de droit romain. I–II. 1944–1945.

Суг. Manuel des institutions juridiques des romains. 1928.

Albertino. Il diritto romano. Milano, 1940.

Blondi. Istituzioni di diritto Romano. Milano, 1944.

Mitteis. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. 1908.

Iörs-Kunkel. Römisches Privatrecht (Dritte Auflage). Berlin, 1949.

Buckland. Text of Roman law from Augustus to Justinian. 2-е изд. 1932.

Jołowicz. Historical introduction to the Study of Roman law. Cambridge, 1939.

Schulz. Classical Roman law. Oxford, 1951.

Buckland and Arnold. Roman law and common law. Cambridge, 1952.

Kahana Kayan. Tree Systems of jurisprudence. London, 1955.

Для ознакомления с римской историей рекомендуется: *Машикин Н.А.* История Древнего Рима. М., 1949.

7. Система изложения в учебнике принята в основном та, по которой строились элементарные учебники римских юристов, так называемые Институции (особой популярностью пользовались Институции юриста II в. Гая, см. ниже, разд. I, § 4, п. 4). Институции состояли из трех основных частей: *personae* (учение о лицах, субъектах права), *res* (учение о вещах, правах на вещи, обязательствах), *actiones* (учение об исках). В данном учебнике после «Введения» дается раздел «Источники права», так как без ознакомления с источниками невозможно изучение предмета. Далее излагается (в разд. II) учение об исках, так как в силу особенностей римского гражданского процесса нельзя без ознакомления с учением об исках понять целый ряд римских гражданско-правовых институтов. После этого в соответствии с системой Институций излагается учение о лицах и в связи с ним семейно-правовые отношения (разд. III и IV), вещные права (разд. V), обязательственное право (разд. VI–VII). На последнем месте (разд. VIII) излагается наследственное право, так как оно предполагает знакомство со всеми видами имущественных прав.

§ 2. Роль римского права в истории права эксплуататорских государств. Значение этого предмета для советского юриста

1. Когда-то римское право называли «писанным разумом» (*ratio scripta*). Для юриста-марксиста очевидно, что ни римское, ни какое-либо другое право не может представлять собой «писаного разума». Право есть часть надстройки над базисом, т.е. над экономическим строем данного общества на данном этапе его развития. А экономический строй социалистического общества в корне отличается от экономического строя римского рабовладельческого общества. Поэтому римское право не может служить для совет-

ских юристов ни источником для заимствований, ни образцом для подражания.

2. Значение римского права определяется, во-первых, тем огромным влиянием, которое выпало на его долю в истории человечества, притом влиянием не только на последующее развитие права, но и на развитие культуры в целом. Основоположники марксизма не раз отмечали в своих трудах значение римского права.

В произведениях К. Маркса и Ф. Энгельса мы находим такую характеристику классического римского права, что это «наиболее совершенная, насколько мы знаем, форма права, покоящегося на частной собственности»¹, что римское частное право характеризуется «тончайшей разработкой всех существенных отношений простых товаровладельцев: купли и продажи, ссуды, долга, договора и прочих обязательств»².

Ф. Энгельс даже говорит так: «Римское право настолько является классическим юридическим выражением жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует чистая частная собственность, что все позднейшие законодательства не могли внести в него никаких существенных улучшений»³.

Эти особенности римского права способствовали тому, что, когда развивающаяся промышленность и торговля средневековой Европы потребовали более совершенной правовой надстройки, когда феодальные нормы обычного права перестали удовлетворять требованиям жизни, имел место интереснейший процесс — рецепция римского права.

«Лишь только промышленность и торговля — сперва в Италии, а позже и в других странах — развили дальше частную собственность, как тотчас же было рецепировано и возведено в авторитет разработанное римское частное право»⁴.

Войдя через рецепцию в практику средневековых государств, римское право пропитало собой затем и буржуазные кодификации гражданского права. Относительно французского Гражданского кодекса

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XIV. С. 104.

² Там же. С. 672.

³ Там же. Т. XVI. Ч. 1. С. 446.

⁴ Там же. Т. IV. С. 53.

Ф. Энгельс писал¹, что в *Code civil* систему римского права приспособили к современным капиталистическим отношениям. Эту характеристику можно в большей или меньшей степени распространить и на другие европейские кодексы. Поэтому невозможно достаточно глубоко изучить гражданское право капиталистических стран, не зная хотя бы основ римского права. Между тем наблюдающееся расширение торговых и культурных связей Советского Союза со всеми другими странами требует от советского юриста глубокого знания и понимания гражданского права также и капиталистических стран.

В некоторых случаях торговые договоры СССР с капиталистическими странами предусматривают разрешение споров из внешне-торговых сделок по законам той страны, к которой принадлежат иностранные контрагенты СССР. Для охраны интересов Советского государства необходимо (уже в момент заключения каждой внешне-торговой сделки) хорошо знать и понимать иностранный закон, а это предполагает знание римского права.

3. Соками римского права пропитана и буржуазная теория гражданского права. Поэтому изучить достаточно глубоко буржуазное право, не зная права римского, невозможно. Между тем советскому юристу необходимо хорошо знать буржуазное право для того, чтобы бороться и преодолевать те положения буржуазного права, которые враждебны социалистическому правосознанию. Ряд терминов и понятий, укоренившихся в юридическом языке (например, реституция, симуляция, универсальное преемство, наследственная трансмиссия и т.д.), могут быть наилучшим образом устроены лишь при изучении их у самого истока образования. Конечно, в ряде случаев советское гражданское право успешно обходится без заимствования чужих терминов (например, в ст. 124 ГК вместо римского термина «цессия права» употреблен без всякого ущерба для дела термин «уступка права»). Но дело в том, что в буржуазном праве римские термины и понятия сохраняются, и потому советскому юристу необходимо отчетливо представлять себе их смысл.

4. Далее римское право, отличающееся четкостью определений, вообще хорошей юридической техникой, может помочь советскому юристу в приобретении навыков четко отграничивать и формулировать юридические категории.

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XIV. С. 672.

Овладение же юридической техникой необходимо и для законодательной работы, и для правильного применения закона. Законы должны излагаться не только понятным для всякого языком, но, кроме того, так, чтобы редакция закона, его текст вполне соответствовали тем мыслям, какие законодатель хотел выразить. Необходимо достигнуть таких формулировок, чтобы закон охватил все те отношения, которые законодатель желал урегулировать, но чтобы редакция закона не давала повода применять его к таким отношениям, на которые законодатель не имел в виду распространять действие этого закона. Закон есть общая норма, а общее должно охватить все богатство отдельного. Осуществление всех этих требований, предъявляемых законодателю, предполагает обладание высокой юридической техникой.

Равным образом и применяющий закон, делающий из общих норм выводы для отдельных конкретных случаев жизни, также должен обладать развитой юридической техникой. Юрист, применяющий закон, должен уметь проанализировать и общую норму закона, и фактический состав конкретного жизненного случая, и в конечном итоге сделать правильный вывод. Эта трудная задача может быть успешно разрешена только юристами, владеющими юридической техникой. Римское право, отличающееся точностью и чеканностью формулировок, будучи непригодным для нас по содержанию, может пригодиться именно как технический материал.

Раздел I

ИСТОЧНИКИ РИМСКОГО ПРАВА

§ 1. Понятие и виды источников права

1. Римский историк Тит Ливий назвал законы XII таблиц *«fons omnis publici privatique iuris»* источником всего публичного и частного права. Слово «источник» в этой фразе употреблено в смысле корня, из которого выросло могучее дерево римского права; Ливий хотел термином «источник» обозначить начало, от которого идет развитие римского права.

В юридической литературе различных народов по римскому праву, накопившейся за две тысячи лет (а равно в литературе по буржуазному праву и отчасти даже в литературе по социалистическому праву), выражение «источники права» употребляется в различных смыслах: 1) как источник содержания правовых норм; 2) как способ, форма образования (возникновения) норм права; 3) как источник познания права.

2. Конечным источником содержания права являются материальные условия жизни общества. «Ваше право, — писали К. Маркс и Ф. Энгельс в «Манифесте Коммунистической партии», обращаясь к буржуазии, — есть лишь возведенная в закон воля

вашего класса, воля, содержание которой определяется материальными условиями жизни вашего класса»¹.

Это соотношение между базисом и надстройкой необходимо иметь в виду, в частности, и при изучении права рабовладельческого общества. В соответствии с состоянием производительных сил основной производственных отношений при рабовладельческом строе является собственность рабовладельца на средства производства и на работника производства (раба). И в этих условиях жизни римского рабовладельческого общества — источник содержания норм римского права.

3. Другое значение, в котором употребляется в юридической литературе выражение «источники права», отвечает на вопрос, какими путями, по каким каналам возникает, образуется та или иная норма права. Из положения о том, что право выражает возведенную в закон (т.е. известным образом объективированную) волю господствующего класса (определяемую в конечном счете материальными условиями жизни общества на данном этапе развития), еще не видно непосредственно, каким же путем и в каких формах происходит это выражение воли господствующего класса. В этом определении отражено единство формы и содержания, но содержание может облекаться не в одну форму, а в различные, хотя и не любые формы.

Во избежание путаницы с первым значением термина «источники права» в данном случае правильнее говорить о формах образования права или о *формах правообразования* (или о формах выражения права). В римском праве на протяжении его истории формами правообразования служили: 1) обычное право; 2) закон (в республиканский период — постановления народного собрания; в эпоху принципата — сенатусконсулты, постановления сената, которыми вуалировалась воля принцепса; в период абсолютной монархии — императорские конституции); 3) эдикты магистратов; 4) деятельность юристов (юриспруденция). О каждой из этих четырех форм см. ниже, § 2–4.

4. Выражение «источники римского права» употребляется также в смысле источников познания римского права. Сюда относятся юридические памятники, например, кодификация императора Юсти-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 4. С. 443. См. также: Ленин В.И. Соч. Т. 25. С. 72.

ниана (см. ниже, § 5, п. 4–9); произведения римских юристов и т.д.; памятники литературы (не юридические), в особенности произведения римских историков: Тита Ливия (конец I в. до н.э. — начало I в. н.э.); Тацита (I–II вв. н.э.), Авла Геллия (вторая половина II в. н.э.), Аммиана Марцеллина (IV в. н.э.); римских антикваров («грамматиков»); Варрона (II–I вв. до н.э.), Феста (I в. н.э.)¹, римских ораторов (в особенности Цицерона, I в. до н.э.); других римских писателей: Плавта и Теренция, в комедиях которых немало указаний на состояние права, лириков и сатириков (Катулла, Горация, Ювенала и др.), философа Сенеки и др.

Важным источником познания римского права являются дошедшие до нас надписи на дереве, камне, бронзе (например, «Гераклейская таблица», бронзовая доска, на которой был изложен закон о муниципальном устройстве), на стенах построек (например, надписи, найденные при раскопках города Помпеи, засыпанного лавой при извержении Везувия в 79 г. н.э.) и т.д. В новое время, начиная со второй половины XIX в., надписи стали опубликовывать в специальном издании *Corpus inscriptionum latinarum* (Свод латинских надписей); над этим изданием особенно много поработали историки Моммзен, Дессау, Гюбнер, Гиршфельд и др. Наиболее важные с правовой стороны надписи даются в 7-м изд. (1909 г.) книги Брунса «Источники римского права» (*Brunn. Fontes iuris romani*). Изучению надписей посвящена специальная отрасль исторической науки — эпиграфика.

Ценным источником познания римского права являются папирусы, изучению которых также посвящена специальная отрасль исторической науки — папирология. Для римского гражданского (частного) права папирусы важны, во-первых, тем, что они позволяют судить о том, как нормы права преломлялись в действительной жизни (поскольку в папирусах мы имеем изложение различных договоров не в качестве общих типов, а конкретных договоров между определенными лицами, а также иных юридических актов и т.д.); во-вторых, папирусы содержат богатый материал для познания местных особенностей в праве отдельных провинций Римского государства. Есть папирусы, содержащие и документы общеимперского значения; например, на папирусе сохранился эдикт Антонина

¹ Во II в. н.э. жил другой грамматик, носивший также имя Фест, но менее известный.

Каракаллы (212 г., так называемая *Constitutio Antonina*) о предоставлении прав римского гражданства провинциалам. Для ознакомления с папирусами ценны издания: *Mitteis L. und Wilcken U. Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* (4 тома). Leipzig, 1912; *Meyer P.M. Juristische Papyri, Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*. Berlin, 1920. На русском языке: *Фрезе. О греко-египетских папирусах* (1908 г.); *Он же. Греко-египетские частноправовые документы* (1911 г.).

Для определения хронологии имеет большое значение нумизматика (изучение монет и т.п.).

§ 2. Обычное право и закон

1. В Институциях Юстиниана (см. ниже, § 5, п. 5) проводится различие между правом писаным (*ius scriptum*) и неписаным (*ius non scriptum*). Писаное право — это закон и другие нормы, исходящие от органов власти и зафиксированные ими в определенной редакции. Неписаное право — это нормы, складывающиеся в самой практике. Если такие сложившиеся в практике правила поведения людей в обществе не получают признания и защиты от государственной власти, они остаются простыми обычаями (так называемыми бытовыми); если обычаи признаются и защищаются государством как угодные и выгодные господствующему классу, они становятся юридическими обычаями, составляют классовое обычное право, а иногда даже воспринимаются государственной властью, придающей им форму закона. В работе «К жилищному вопросу» Энгельс писал: «На известной, весьма низкой ступени развития общества возникает потребность охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена продуктов, позаботиться о том, чтобы индивидуум подчинился общим условиям производства и обмена. Это правило, вначале выражающееся в обычае, становится затем законом»¹.

2. В каких именно формах объективируется право каждой определенной эпохи, не является делом исторической случайности. Как

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XV. С. 70.

содержание правовой части надстройки определяется ее базисом, производственными отношениями, так и формы права зависят от социально-экономических условий времени и места, от соотношения классовых сил, от всех вообще конкретных условий, определивших политику господствующего класса.

Само образование обычаев поясняется в «Немецкой идеологии» следующим образом: «...В наиболее ранние и примитивные эпохи... индивидуальные, фактические отношения, в самом грубом виде и составляют непосредственное право. С развитием гражданского общества, т.е. с развитием личных интересов до степени классовых интересов, правовые отношения изменились и их выражение цивилизовалось. Они стали рассматриваться уже не как индивидуальные отношения, а как *всеобщие*»¹. В результате неоднократного применения правило приобретает типический характер и благодаря признанию государства превращается в норму, обязательную для применения и на будущее время.

Правила поведения, складывающиеся в практике, имеются уже в догосударственной жизни, но тогда за отсутствием государства они еще не имеют характера правовых.

3. Обычное право представляет собой древнейшую форму образования римского права (как это наблюдается и в истории других государств). Нормы обычного права обозначаются в римском праве терминами: *mores majorum* (обычаи предков), *usus* (обычная практика); сюда же надо отнести: *commentarii pontificum* (обычаи, сложившиеся в практике жрецов); *commentarii magistratum* (обычаи, сложившиеся в практике магистратов) и проч., в императорский период применяется термин *conmetudo* (обычай).

В течение долгого времени писаных законов почти не было: при простоте хозяйственного строя и всей общественной и государственной жизни, при неразвитости оборота в законах не было необходимости, можно было обходиться обычным правом; к тому же на первых этапах развития издание закона как общей нормы представляло большие трудности. Предание, будто еще в царский (дореспубликанский) период издавались *leges regiae* — царские законы (в частности, легендарному царю Сервию Туллию приписываются 50 законов о договорах и деликтах), недостоверно. Даже исторический памят-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. IV. С. 325.

ник — законы XII таблиц (V в. до н.э.) — по существу представлял собой, по-видимому, преимущественно кодификацию обычаев (с некоторыми позаимствованиями из греческого права).

По мере укрепления и расширения государства неписаное обычное право становится неудовлетворительной формой ввиду неопределенности, медленности образования и вообще затруднительности регулировать в этой правовой форме возрастающий оборот. Обычное право уступает дорогу закону и другим формам правообразования. В императорский период обычное право встречает недружелюбное отношение еще и потому, что образование единого обычного права на огромной территории немыслимо, а местное обычное право не соответствовало централистическим устремлениям императорской власти. Фактически тем не менее местное обычное право имело немалое значение. «Какая разница, — пишет юрист¹, — выражает ли народ свою волю голосованием или же делами и фактами?» Но императоры вели решительную борьбу с обычаями, устранявшими действие закона, когда говорили, что закон *in desuetudinem abiit* (перестал применяться); примером такой *desuetudo* является факт утраты значения нормы XII таблиц о штрафе за личную обиду (*iniuria*).

Авторитет обычая в силу его долговременного применения (говорится в одном императорском законе. С.8.52.2) значителен, но он не должен быть сильнее закона.

4. В республиканский период законы проходили через народное собрание и назывались *leges*. Развитие жизни выдвигало этот источник права на первое место. Необходимо вместе с тем подчеркнуть, что законов в республиканском Риме все-таки издавалось не так много; получили огромное значение специфические римские формы правообразования: эдикты судебных магистратов и деятельность юристов (юриспруденция), см. ниже, § 3 и 4. Консерватизму, характеризующему римское право, эти последние формы правообразования соответствовали гораздо более, чем издание новых законов. Кроме законов XII таблиц² важное значение для гражданского права имеют: *lex Poetelia* (Пэтелиев закон), IV в. до н.э., отменивший продажу в рабство и убийство должника, не уплатившего долга; *lex Aquilia*

¹ D.1.3.32. § 1.

² Сведения об их издании даются в курсе истории государства и права зарубежных стран.

(Аквилев закон), примерно III в. до н.э., об ответственности за уничтожение и повреждение чужих вещей; *lex Falcidia* (Фальцидиев закон), I в. до н.э., об ограничении завещательных отказов (см. ниже, разд. VIII, гл. V, § 4) и др.

В период принципата народные собрания не соответствовали новому строю и потому должны были, естественно, утратить значение. Но так как в это время — первые три века н.э. — императорская власть еще была склонна прикрываться республиканскими формами, создавалось впечатление, что законы издавались сенатом (*сенатусконсульты*). По существу же это были распоряжения принцепсов, действовавшие *legis vice*, так как сенат раболепно принимал их предложения, содержащиеся в особых речах, произносившихся принцепсами, *orationes ad senatum* (см. D.2.15.8 и др.). В качестве примеров сенатусконсультов можно назвать *senatusconsultum Macedonianum* (I в. н.э.), лишивший исковой защиты договоры займа подвластного сына, *senatusconsultum Velleianum* (I в. н.э.), объявивший недействительными всякого рода вступления женщины в чужой долг, и др.

Окончательное укрепление императорской власти привело к тому, что единоличное распоряжение императора стало признаваться законом: «Что угодно императору, то имеет силу закона», а сам император «законами не связан» (*legibus solutus est*, D.1.31). Императорские распоряжения, носившие общее наименование «конституций», существовали четырех видов: а) эдикты — общие распоряжения, обращенные к населению (термин, уцелевший от республиканских времен, когда он имел совсем другое значение, см. ниже, § 3); б) рескрипты — распоряжения по отдельным делам (ответы на возбуждавшиеся перед императором ходатайства); в) мандаты — инструкции, дававшиеся императорами чиновникам; г) декреты — решения по поступающим на рассмотрение императора спорным делам. В период абсолютной монархии императорские законы стали именоваться *leges*; встречаются и новые термины: *leges generales*, *sanctio pragmatica* и др.

§ 3. Эдикты магистратов

1. Одной из форм правообразования, специфичной именно для римского права, являются эдикты магистратов.

Термин «эдикт» происходит от слова *dico* (говорю) и в соответствии с этим первоначально обозначал устное объявление магистрата по тому или иному вопросу. С течением времени эдикт получил специальное значение программного объявления, какое по установившейся практике делали (уже в письменной форме) республиканские магистры при вступлении в должность. Юрист Гай¹ писал, что особенно важное значение имели эдикты: 1) преторов (как городского, ведавшего гражданской юрисдикцией в отношениях между римскими гражданами, так и peregrinского, ведавшего гражданской юрисдикцией по спорам между peregrinami, а также между римскими гражданами и peregrinami) и (соответственно в провинциях) правителей провинций, а также 2) курульных эдилов, ведавших гражданской юрисдикцией по торговым делам (в провинциях — соответственно квесторов).

В своих эдиктах, обязательных для издававших их магистратов, эти последние объявляли, какие правила будут лежать в основе их деятельности, в каких случаях будут даваться иски, в каких — нет и т.д. Эдикт, содержащий подобного рода годовую программу деятельности магистрата, называли постоянным, в отличие от разовых объявлений по отдельным случайным поводам.

Формально эдикт был обязателен только для того магистрата, которым он был издан, и, следовательно, только на тот год, в течение которого магистрат находился у власти (отсюда принадлежащее Цицерону² название эдикта *lex annua*, закон на год). Однако фактически те пункты эдикта, которые оказывались удачным выражением интересов господствующего класса, повторялись и в эдикте вновь избранного магистрата и приобретали устойчивое значение (часть эдикта данного магистрата, переходившая в эдикты его преемников, называется *edictum tralaticium*).

2. Примерно с III в. до н.э. в Риме получила довольно заметное развитие торговля с другими италийскими общинами; затем стали развиваться торговые связи и с внеиталийскими странами. В то же время шел процесс сосредоточения земельной собственности в руках крупных землевладельцев, интересы которых оказывались иногда в противоречии с интересами рабовладельцев-коммерсантов. Наря-

¹ Институции. Кн. 1. § 6.

² *In Verrem*. 2, 1, 42, 109. Фест (27) называет эдикт *lex annuaria*.

ду с этим землевладельцы и купцы были одинаково заинтересованы в сохранении рабовладельческого строя.

Общественные отношения, таким образом, значительно усложнились, вследствие чего старые неподвижные и весьма ограниченные количественно нормы гражданского права перестали удовлетворять запросам жизни. Новые потребности стали получать удовлетворение, в частности, на почве эдиктов магистратов, в особенности преторского эдикта. Осуществляя руководство гражданским процессом, претор стал отказывать в иске при таких обстоятельствах, когда по букве гражданского права должна была бы быть предоставлена защита, и наоборот, давать иск в случаях, не предусмотренных в гражданском праве. Таким путем преодолевались трудности, возникавшие вследствие несоответствия старых норм гражданского права новому укладу общественных отношений. Праву придавался прогрессивный характер, хотя формально не отменялись исконные нормы, к которым консервативные римляне относились с особым почтением.

Ни претор, ни другие магистраты, издававшие эдикты, не были компетентны отменять или изменять законы, издавать новые законы и т.п.: *praetor ius facere non potest* (претор) не может творить право; например, Гай (Gai. 3.32) говорит, что претор не может дать кому-нибудь право наследования. Однако в качестве руководителя судебной деятельности претор мог придать норме гражданского права практическое значение или, наоборот, лишить силы то или иное положение гражданского права. Например, претор мог при известных условиях *защитить* несобственника как собственника и тем самым оставить без защиты того, кто был собственником по гражданскому праву, но он не мог несобственника превратить в собственника. Источник и объяснение этого противоречивого положения надо искать в особенностях римского государственного права: закон не может исходить от магистрата, закон выражает волю народа; магистрат же в силу принадлежащей ему особой власти, именуемой *imperium*, руководит деятельностью суда и в этом порядке дает судебную защиту новым общественным отношениям, нуждавшимся в защите и заслуживавшим ее.

3. Подобного рода правотворческая деятельность судебных магистратов развивалась постепенно. Сначала претор не посягал на авторитет и силу гражданского права и только помогал их осуществлению, подкрепляя общественные отношения, урегулированные гражданским правом, также и своими исками. По выражению юриста

Папиниана, претор в этих случаях действовал *iuris civilis adiuuandi gratia*, помогал применению гражданского права. Например, лицу, которое признавалось по гражданскому праву ближайшим законным наследником после другого лица, претор стал давать еще свои, предусмотренные эдиктом средства защиты права этого гражданского наследника, причем преторское средство защиты фактически было более действенным, чем защита по гражданскому праву. Далее претор сделал следующий шаг: с помощью своего эдикта он заполнил пробелы гражданского права (действовал *iuris civilis supplendi gratia*). Например, на случай, если у лица не будет ни одного из наследников, признаваемых гражданским правом, претор в своем эдикте обещает иск для защиты права на наследование некоторым другим лицам и, таким образом, создает новую категорию наследников. Наконец, эдикт претора стал включать такие пункты, которые были направлены на изменение и исправление гражданского права (*iuris civilis corrigendi gratia*). Например, когда старое родство, основанное на подчинении власти одного и того же главы семьи (так называемое агнатское родство, см. ниже, разд. II, гл. II, § 1, п. 3), стало терять свое значение, уступая место кровному родству, претор объявил в эдикте, что в известных случаях наследство фактически будет закреплено не за гражданским наследником, а за другим лицом. Претор не имел права отменять нормы гражданского права и не делал этого. Гражданский наследник не объявлялся утратившим свое право; он оставался номинально наследником, но так как преторский эдикт обеспечивал защиту другому лицу («преторскому» наследнику), у гражданского наследника оставалось только одно имя наследника (Gai. 3.32), *nudum ius* — голое право — в том смысле голое, что оно не было снабжено, покрыто исковой защитой.

Таким образом, преторский эдикт, не отменяя формально нормы гражданского права, указывал пути для признания новых отношений и этим становился формой правообразования. Давая средства защиты вопреки гражданскому праву (или хотя бы в дополнение гражданского права), преторский эдикт создавал новые нормы права.

Юрист Марциан (D.1.1.8) называет преторское право живым голосом гражданского права именно в том смысле, что преторский эдикт быстро откликался на новые запросы жизни и их удовлетворял.

4. В результате такой правотворческой деятельности преторов, курульных эдилов, правителей провинций сложилась наряду с *ius civile*, исконным гражданским правом, новая система норм, получив-

шая название *ius honorarium* (от слова *honores*, почетные должности, т.е. право магистратское), или *ius praetorium* — преторское право, так как наибольшее значение в этой правотворческой деятельности имел именно преторский эдикт.

5. Та особенность правотворчества преторов и других названных выше магистратов, что они, не имея законодательной власти, тем не менее создавали в порядке руководства судебной деятельностью новые нормы и институты права, вытеснявшие старые гражданские нормы и институты, получила яркое выражение в терминологии римских юристов.

Применительно к институтам гражданского права употреблялся термин *legitimus* (законный), не употреблявшийся в отношении институтов преторского права, а иногда даже противопоставлявшийся им; например, *legitima hereditas*, наследование по гражданскому праву, в противоположность наследованию по преторскому эдикту (*bonorum possessio*, см. ниже, разд. VIII); *iudicium legitimum* — судебное разбирательство на основе гражданского права, в противоположность гражданскому процессу на основе власти (*imperium*) претора; *actus legitimi* — акты гражданского права и т.д. Применительно к отношениям, регулируемым преторским эдиктом, употребляли, например, выражение *iustae causae* (справедливые, достаточные основания), но никогда не встречается выражение *legitimae causae* и т.д. Классические юристы термином *ius* обозначали только законы и древние обычаи. Только в период абсолютной монархии термин *legitimus* приобрел значение родового понятия, в связи с чем при кодификации Юстиниана была произведена в текстах классических юристов подстановка этого термина (так называемая интерполяция, см. ниже, § 5, п. 6) там, где сами классические юристы употребляли другие выражения; так, независимо от происхождения института (гражданский или преторский), употребляли термины *legitimum tempus* (законный срок — для приобретения права собственности по давности владения, см. ниже, разд. IV, гл. III, § 3, п. 4; для получения *in integrum restitutio*, восстановления прежнего состояния, см. ниже, разд. II, § 5, п. 3), *legitimae usurae* (законные проценты) и т.д.

6. Нормы преторского права, переходившие из эдикта в эдикт, получали значение обычного права и воспринимались гражданским правом; так, ответственность домовладыки по договорам подвластных, заключенным на основании *iussus*, распоряжения домовладыки,

была введена преторским эдиктом, а затем стала признаваться цивильным правом, и проч.).

7. Эдикты правителей провинций в значительной мере заимствовали содержание из преторского эдикта. Цицерон в письме к своему другу Аттику¹ рассказывает, как он, будучи в 51 г. до н.э. правителем провинции Киликии, издавал эдикт. Он разработал его, еще находясь в Риме, причем в качестве образца взял эдикт своего учителя, известного юриста Квинта Муция Сцевола. В первой части эдикта он определил финансовые вопросы, во второй — указал средства защиты, основанные на его *imperium*, и т.д.

8. Правотворчество претора и других судебных магистратов не могло сохранить своего былого значения по мере того, как усиливалась власть императоров, которые стремились наложить свою руку и на деятельность судебных органов. К тому же основные категории исков, необходимые для практики, уже были установлены.

Во II в. н.э. император Адриан возложил на юриста Юлиана кодификацию отдельных постановлений, содержащихся в преторских эдиктах. Выработанная Юлианом окончательная редакция «постоянного эдикта» (*edictum perpetuum*) была одобрена императором и объявлена постановлением сената неизменной; однако император оставил за собой право делать дополнения к эдикту.

С этого времени правотворческая деятельность претора (и других магистратов) прекратилась, и противоположность цивильного и преторского права стала утрачивать значение. Это сближение (говорится в Институциях — 2.10.3) происходило и путем обычая, практики и посредством издания соответствующих императорских распоряжений. Формально различие двух систем — цивильного и преторского права — просуществовало вплоть до Юстиниана (VI в. н.э.).

«Постоянный эдикт» в редакции Юлиана не дошел до нас, но сохранились фрагменты комментариев римских юристов к этому эдикту. С помощью названных комментариев в новое время сделаны попытки реконструкции эдикта².

¹ Cicero. Ad Atticum. VI.I.15.

² См.: Lenel O. Edictum perpetuum, 1883; французское издание (в двух томах). L'édit perpetuel, 1901–1903 гг., в дальнейшем эта работа переиздавалась на немецком языке.

§ 4. Деятельность юристов

1. В произведениях Цицерона формы деятельности римских юристов характеризуются терминами *respondere*, *cavere*, *agere*, а также *scribere*. Термином *respondere* обозначается консультационная работа римских юристов — дача гражданам, обратившимся к юристам, советов по возбуждавшим сомнение вопросам; *cavere* — ограждение интересов данного гражданина при совершении сделок, также путем совета, не включать какое-либо невыгодное условие и т.п.; для этой цели юрист часто составлял формуляр договора, писал другие деловые документы (эта форма деятельности обозначалась и термином *scribere* — писать); наконец, *agere* обозначало руководить процессуальными действиями сторон, но не вести дело в качестве адвоката.

2. Юристами в древнейшую эпоху были жрецы (понтифы), составлявшие как бы особую касту, представители которой толковали закон (*interpretatio*), причем не посвящали массы в свои юридические тайны. По преданию, некий Флавий, писец демократического реформатора Аппия Клавдия, похитил и обнародовал собрание формуляров или трафаретов исковых производств (*legis actiones*), а также календарь, содержащий указание, в какие дни можно вести судебные дела. Предание говорит об издании Флавием даже отдельного юридического сборника, получившего по его имени название *ius Flavianum*. Критики-историки ставят под сомнение существование этого сборника (во всяком случае, до нас он не дошел). На полстолетие позже первый консул из плебеев Тиберий Корунканий сделал свои консультации публичными. Юриспруденция перестала составлять монополию и тайну жрецов и оказалась доступной и светским лицам. Большинство римских юристов принадлежало к господствующему классу общества. Юристы занимали (в прошлом или в настоящем) высокое служебное положение. Римские юристы благодаря как этому внешнему обстоятельству, так и выдающемуся качеству их консультаций имели большой авторитет и влияние. Не имея, разумеется, законодательной власти, римские юристы тем не менее своей консультационной практикой непосредственно влияли на развитие права авторитетом своих научно-практических заключений (*auctoritas iurisprudentium*, авторитет юристов). Придавая своими толкованиями закона определенный смысл отдельным нормам, юристы в своей практике фактически создавали нормы, приобретавшие затем авторитетность, граничившую с обязательностью.

Деятельность юристов, по существу имевшая назначение помогать применению действующих норм права, фактически получила значение самостоятельной формы правообразования.

3. Правотворческий характер деятельности юристов получил в эпоху принципата (первые три века н.э.) и формальное признание. Надо заметить, что в этот период римская юриспруденция достигла особого расцвета — это эпоха классических юристов, классического права.

Несмотря на переход к монархии в форме так называемого принципата, юриспруденция не только не утрачивает своего правотворческого характера, но деятельность некоторых юристов приобретает даже еще большее значение. Господствующий класс и его представитель — принцепс — хотят иметь в юристах, принадлежавших, как правило, к тому же классу, для себя опору. Они ждут и действительно получают от юристов помощь в деле укрепления, на почве применения права, существующего рабовладельческого строя, в разрешении повседневно возникающих трудных коллизий ввиду все обострявшихся классовых противоречий, в выработке новых правовых форм, которые соответствовали бы потребностям развивавшейся экономической жизни.

Принцепсы были заинтересованы в сохранении исконного авторитета юристов, так как юристы в большинстве случаев проводили их политику. Желая сделать юриста непосредственным орудием своей политики, принцепсы, начиная с Августа, стали предоставлять наиболее выдающимся юристам особое право давать официальные консультации (*ius publice respondendi*). Заключение юристов, наделенных этим правом, приобрели на практике обязательное значение для судьи: эти заключения стали опираться на авторитет принцепса, предоставившего *ius respondendi* (давались *ex auctoritate principis*). Правотворчество юристов получило, таким образом, официальное признание.

Сила римских юристов, творчество которых сохранило свое значение в течение многих веков, заключалась в неразрывной связи науки и практики. Они творили право на почве разрешения конкретных жизненных казусов, с которыми приходили к ним и граждане, и представители государственной власти. Свои юридические конструкции римские юристы строили в соответствии с запросами жизни.

Для характеристики деятельности римских юристов показательно, например, следующие афоризмы: D.50.17.1, *Paulus: non ex*

regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat (не следует исходя из общего, отвлеченного правила черпать, создавать конкретное право; наоборот, нужно основываясь на существующем, живом праве строить общую норму); D.1.3.24, *Celsus: incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere* (неправильно давать ответы, консультации или решать дело, не имея в виду всего закона, а принимая во внимание только какую-нибудь его часть).

Римские юристы вели и обучение молодых людей, желавших посвятить себя юридической деятельности, также в тесной связи с практикой. Молодые юристы, с одной стороны, слушали теоретический курс права (эта форма обучения обозначалась словом *instituere*, почему учебники права назывались Институциями), а с другой стороны, присутствовали при консультациях, даваемых их учителями (это называлось *instruere*).

4. Из числа республиканских юристов следует назвать: Секста Элия Пэта Ката (II в. до н.э.), которому принадлежит сборник, охватывавший законы, толкования их и описание форм процесса, Марка Манилия, Юния Брута и Публия Муция Сцевола, о которых юрист Помпоний говорит, что они *ius civile fundaverunt*, основали гражданское право (D.1.2.2.39), Квинта Муция Сцевола (I в. до н.э.), Аквилля Галла, Цицерона.

К началу классического периода относятся два выдающихся юриста, как бы связывающих республиканскую юриспруденцию с классическим периодом, — это Лабейон и Капитон. От них ведут свое начало две школы юристов: прокульянская, названная по имени Прокула, ученика Лабейона, и сабиньянская — по имени Сабина, ученика Капитона.

Кроме названных классических юристов нужно выделить следующих: двух Цельзов (Цельза-отца и Цельза-сына; последний отличался смелыми юридическими конструкциями); Юлиана (редактора *Edictum perpetuum*, см. выше, § 3, п. 6); Помпония (от которого до нас дошли сведения по истории римской юриспруденции); Гая (автора элементарного учебника римского права — Институций). Наиболее знаменитые классические юристы конца II–III в. н.э. — Папиниан, Павел, Ульпиан.

Существует твердо укоренившийся традиционный взгляд, что с переходом к абсолютной монархии развитие римской юриспруденции утрачивает творческий характер.

Новейшие исследования в области источниковедения делают необходимым более осторожное суждение о состоянии юридической литературы с конца III в. и до V в. Конечно, такого высокого творчества, каким отличались работы Папиниана, Павла, Ульпиана, римские юристы этого времени не проявляли; однако при Диоклециане и Константине, например, появился ряд ценных работ, приспособивших с успехом высказывания классиков к новым социально-экономическим условиям, удовлетворявшим новые потребности. Но эти работы были или анонимными, или ввиду исключительного авторитета классических юристов приписывались последним. Так, уже давно поставлена под сомнение принадлежность «Сентенций» Павла этому классическому юристу; в настоящее время можно считать установленным, что это произведение представляло собой позднейшую переработку сочинений нескольких классических юристов, в том числе и Павла. Равным образом так называемая *Epitome* Ульпиана представляет, по всей вероятности, сокращение и переработку некоторых положений Гая, Ульпиана и Модестина, произведенную в IV в. н.э.

Несомненно, однако, что начиная с IV в. имели место известный упадок деятельности юристов и снижение ее творческого характера. Юристов используют уже не в качестве творцов права, а на должностях императорских чиновников. Показателем упадка является, между прочим, закон первой половины V в. о цитировании юристов: вместо былого творческого решения возникающих в жизни вопросов теперь применяют механические ссылки на выдающихся юристов, мнения которых признаны по этому закону обязательными. К ним относились Гай, Папиниан, Павел, Ульпиан и Модестин, а также те юристы, на которых ссылались эти пять юристов; при расхождении мнений названных юристов предписано руководствоваться мнением большинства из них, а при равенстве голосов — придерживаться мнения Папиниана.

5. Научно-литературные произведения римских юристов, дошедшие до нас лишь в незначительной части, и то в копиях, в подлинниках же ничто не дошло, можно разделить на следующие категории.

Во-первых, произведения, посвященные разработке гражданского права (в противоположность преторскому). Так как в этих произведениях юристы обыкновенно придерживаются плана, принятого Сабинном в его сочинении «О гражданском праве», то эта пер-

вая группа произведений юристов носит название «*libri ad Sabinum*» (такого рода произведения принадлежали Помпонию, Павлу, Ульпиану и др.).

Вторую группу сочинений составляют комментарии к преторскому эдикту (*libri ad edictum*). Такие комментарии были написаны Лабеоном, Гаем, Павлом, Ульпианом и др.

В третью группу можно отнести дигесты, объединявшие цивильное и преторское право; этим объясняется название «дигесты», т.е. собранное (дигесты римских юристов не следует смешивать с Дигестами — одной из частей Юстиниановой кодификации, см. ниже, § 5, п. 4).

Четвертую группу составляют учебники. Это институции; из них наибольшей популярностью пользовались Институции Гая (дошедшие до нас почти полностью, хотя в копии, составленной примерно на 300 лет позже написания этого произведения); далее, сборники правил (*regulae*), мнений (*sententiae*); наиболее известные — приписываемые Павлу.

Пятую группу образуют сборники казусов под заглавием «Вопросы» (Цельза, Помпония и др.), «Ответы» (Папиниана) и проч. Наконец, римскими юристами было написано много монографий по специальным вопросам.

§ 5. Кодификация римского права

I. Первые попытки кодификации, императорский период

1. Изобилие и разнохарактерность нормативного материала сделали в императорский период особенно настоятельной потребность в объединении и систематизации накопившегося материала.

Первые кодификационные попытки были сделаны частными лицами, составлявшими сборники императорских конституций. Так, известны два сборника императорских конституций, составленные в конце III в. — начале IV в. н.э.: *Codex Gregorianus*, объединивший конституции от Адриана (II в. н.э.) до конца III в. н.э., и *Codex Hermogenianus*, дополнивший первый сборник последующими конституциями, до Константина (начало IV в. н.э.).

2. В первой половине V в. была осуществлена первая официальная кодификация: император Феодосий II издал *Codex Theodosianus* (Феодосиев кодекс), в котором были собраны и систематизированы императорские конституции, начиная с Константина. Кодекс делился на 16 книг, книги — на титулы, внутри которых отдельные конституции расположены в хронологическом порядке. Конституции, появившиеся после издания кодекса, получили название Феодосиевых Новелл.

3. После разделения (в V в.) Римской империи на две половины (восточную и западную) западная половина оказалась под властью германских завоевателей. На ее территории образовались королевства: Вестготское, Остготское, Бургундское. В этих королевствах продолжало действовать римское право, причем короли издавали в помощь судам сборники, включавшие в себя извлечения из названных выше кодексов — *leges*, а также из сочинений наиболее известных юристов — *ius* (Гая, Павла, Папиниана). Таковы сборники: *Lex Romana Wisigothorum* (для Вестготского королевства), *Edictum Theodorici* (для Остготского королевства), *Lex Romana Burgundionum* (для Бургундского королевства).

Следует назвать также некоторые частные сборники, содержавшие компиляцию *leges* и *ius*. Таковы *Fragmenta Vaticana*, сборник, названный по месту открытия (в начале XIX в.) в Ватиканской библиотеке, относящийся к концу IV в. или началу V в. и содержащий отрывки из Папиниана, Павла, Ульпиана, в сопоставлении с императорскими конституциями; *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum* — также начала V в., сопоставление текстов Гая, Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и императорских конституций с Моисеевым законодательством и др.

II. Кодификация Юстиниана

4. Неизмеримо большее значение по сравнению с кодификацией Феодосия II имеет кодификационная работа, проведенная в первой половине VI в. при Юстиниане. В это время зарождаются планы воссоединения восточной половины империи с западной, находившейся тогда в руках варваров. Кроме того, интересы господствующего класса требовали единства права, определенности и ясности его содержания. Господствующий класс был заинтересован в том, чтобы явно устаревшие нормы были отменены и право было обновлено.

В соответствии с интересами господствующего класса Юстиниан поставил перед собой задачу собрать накопившийся огромный материал, притом не только *leges* (императорские законы, как было при предыдущих кодификационных работах до Феодосия II включительно), но также и *ius* (сочинения классиков). Весь собранный материал имелось в виду привести в соответствие с потребностями эпохи, устранить противоречия, отбросить все устаревшее. Руководящими началами, естественно, должны были служить укрепление императорской власти и обеспечение эксплуатации рабов (рабство на Востоке сохранилось прочнее, чем на Западе).

5. Для выполнения кодификации назначались особые комиссии. Активное участие в кодификации принимали выдающиеся юристы того времени — Трибониан, начальник императорской канцелярии и заведующий редактированием законов, и Феофил, профессор Константинопольской школы права.

Работа началась с собрания императорских законов. Комиссия, образованная для этой цели в 528 г., составила уже в 529 г. так называемый Кодекс первого издания, не дошедший до нас.

В 530 г. была образована комиссия для кодификации *ius*, сочинений классиков. В 533 г. был составлен и обнародован сборник извлечений из сочинений классических юристов под названием *Digesta* (собранное), или *Pandectae* (все вмещающее). Этот сборник, получивший обязательную силу, состоял из 50 книг, разделенных на титулы и фрагменты.

В том же 533 г. был обнародован элементарный учебник римского права — Институции, — получивший вместе с тем силу закона. Институции Юстиниана состояли из четырех книг, разделенных на титулы; в основу их содержания были положены Институции Гая.

Параллельно с этими кодификационными работами Юстиниан разрешил в законодательном порядке ряд наиболее спорных вопросов гражданского права. Эти законы, известные под названием «50 решений», были использованы в целях пересмотра только что изданного кодекса. В результате этого пересмотра в 534 г. появился кодекс нового издания (сохранившийся), состоявший из 12 книг, разделенных на титулы.

6. При составлении Дигест и отчасти кодекса кодификационные комиссии допускали изменения подлинного текста классических произведений и вставки. Такие изменения комиссия по составлению Дигест производила, основываясь на предоставленном ей праве

устранять все ненужное и устаревшее. Внесенные комиссией изменения и вставки носят наименование «интерполяции». Например, поскольку к VI в. многие обряды, термины, даже целые институты устарели, кодификаторы заменяли их современными.

Так, в древнейшем римском праве, для того чтобы передать в собственность другому лицу земельный участок, раба, рабочий скот, совершали торжественный обряд так называемой манципации (см. ниже, разд. V, гл. III, § 1, п. 4). Ко времени Юстиниана этот обряд давно вышел из употребления, и для того, чтобы передать какую-либо вещь в собственность другому, эту вещь просто передавали в фактическое владение приобретателя. Поэтому кодификаторы, встречая термин *mancipatio*, нередко заменяли его термином *traditio*. Иногда интерполяции были более сложными.

Историческая критика потратила немало труда, чтобы восстановить нодлинный текст классиков. Эта работа имеет особенно важное значение для марксистской науки истории права. Историк-марксист толкует содержание той или иной нормы в ее связи с социально-экономическими условиями эпохи, когда норма появилась. Поэтому необходимо знать, принадлежит ли данное место источников тому юристу, которому оно приписано в надписи соответствующего фрагмента и который жил, быть может, во II или III в., или же дошедший до нас текст принадлежит кодификаторам VI в.: социально-экономические условия II и VI вв. существенно различны, а потому для правильного понимания нормы необходимо знать, к какому времени она относится. Кроме того, раскрытие интерполяций помогает установить содержание римского права классического периода.

В новейшей литературе римского права различных стран подвергаются внимательному исследованию изменения классических текстов еще до кодификации Юстиниана; ставится трудная, но важная задача: очистить дошедшие до нас фрагменты классического римского права от позднейших наслоений, изменений и т.п.

Для того чтобы пояснить, каким образом источниковеды догадываются о наличии в том или ином тексте интерполяции, можно привести следующий простейший пример. В Дигестах есть фрагмент (1.7.2), имеющий надпись, свидетельствующую, что это — извлечение из 1-й книги Институций Гая. В этом фрагменте сказано, что одним из способов усыновления является усыновление *principis auctoritate* — распоряжением принцепса. Но Институции Гая дошли до нас и непосредственно, и там (1.98) говорится, что усыновление

совершается *populi auctoritate*, волей народа. Нетрудно догадаться, почему составители Дигест заменили слово «народа» словом «принцепса»: в VI в. о власти народного собрания давно забыли; власть была в руках императора, и, для того чтобы привести текст в соответствие с современным положением, кодификаторы прибегли к интерполяции.

Применялись и другие, более сложные приемы раскрытия интерполяции.

В науке римского источниковедения встречаются и необоснованные указания на интерполяции: исследователь иной раз «ищет» интерполяцию там, где для этого нет объективных оснований, — но в целом работа по раскрытию интерполяций дала ценные результаты.

7. Собранный в Дигестах материал состоял из трех больших групп: а) из сочинений классиков, относящихся к гражданскому праву (так называемые *libri ad Sabinum*; такое название дано потому, что Сабину принадлежал комментарий к гражданскому праву); б) из сочинений классиков, посвященных преторскому эдикту (*libri ad edictum*); в) из сочинений Папиниана и некоторых других, не попавших в две первые категории.

8. Составление трех названных сборников — Институций, Дигест, Кодекса — не могло, разумеется, остановить дальнейшее развитие жизни и устранить потребность в издании новых законов. Юстинианом был издан после окончания кодификационных работ ряд законов, которые известны под названием Новелл, т.е. новых законов. Новеллы объединены в сборник уже не Юстинианом, а позднее (до нас дошли некоторые частные собрания).

В Средние века Институции, Дигесты, Кодекс и Новеллы получили в своей совокупности название *Corpus iuris civilis* (Свод гражданского права).

В Восточной империи в течение примерно пяти веков после кодификации Юстиниана составленные им сборники служили базой научной и практической работы. По мере изменений в социально-экономической жизни и возникновения новых потребностей вносились частные поправки и производилась переработка отдельных частей Юстиниановой кодификации, например, *Базилики императора Льва Мудрого* (конец IX — начало X в.) и др.

На Западе в раннее Средневековье имела применение не Юстинианова кодификация, а названные выше сборники отдельных ко-

ролевств (особенно *lex Romana Wisigothorum*). Только в Италии после уничтожения Остготского королевства применялись Институции, Кодекс, Новеллы. Дигесты до середины XI в. на Западе не были известны. Около середины XI в. нашли рукопись Дигест (VI или VII в.), названную позднее флорентийской. Эта находка дала толчок для оживления римского права (прежде всего в Болонье с ее знаменитой юридической школой).

9. Сборники, составившие в Средние века *Corpus iuris civilis*, цитируются в настоящее время следующим образом. Название сборника обозначается начальной заглавной буквой: I. (Институции), D. (Дигесты), C. (Кодекс), N. (Новеллы). Затем (при цитировании трех первых сборников) ставятся два числа, из которых первое обозначает номер книги (на которые делятся эти сборники), а второе — номер титула (на которые делятся книги). После этого при цитировании Дигест и Кодекса ставится номер фрагмента (в Дигестах) или закона (в Кодексе), из которых составлен данный титул. В современных изданиях отдельные фрагменты разделены на параграфы, причем первому параграфу обычно предшествует вводная часть, *principium*; поэтому после номера фрагмента ставят номер параграфа или *pr.* (т.е. *principium*, начало). Таким образом, получается, например: D.4.8.9.2 — Дигесты, 4-я книга, 8-й титул, 9-й фрагмент, § 2. Иногда номер фрагмента выносится вперед с буквой *l.* (т.е. *lex*) или *fr.* (т.е. *fragmentum*), и получается: L.9.§2.D.4.8.

Институции не имеют внутри титула фрагментов, но разделены в современных изданиях на параграфы. Поэтому Институции цитируются следующим образом: I.2.22.1 — Институции, 2-я книга, 22-й титул, § 1.

Новеллы цитируются посредством указания номера новеллы, номера главы и параграфа: N28.C.4.2 — 28-я Новелла, 4-я глава (*caput*), § 2.

Раздел II

ИСКИ

§ 1. Возникновение государственного суда

1. Римский народ, подобно многим другим народам, до образования государственного суда пережил эпоху частной расправы с нарушителями права. Каждый, считавший неправомерно нарушенным свое право, расправлялся с обидчиком собственными силами и силами своей семьи (саморасправа). По мере развития общества такая форма борьбы с нарушением прав стала нетерпимой. «Благодаря разделению труда охрана сталкивающихся между собой интересов отдельных индивидов перешла в руки немногих, что повлекло за собой также и исчезновение варварского способа осуществления права»¹.

Переход от частной саморасправы к государственному суду происходил постепенно; посредствующими этапами явились: система регламентации частной расправы путем установления определенного порядка применения насилия к обидчику; далее — система выкупов (добровольных, а затем обязательных); наконец, передача дела защиты прав органам государства.

¹ *Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. IV. С. 325.*

2. Однако в развитом римском праве еще сохранились некоторые следы первоначальной эпохи саморасправы.

Самозащита, т.е. самоуправное отражение насилия, угрожающего нарушением права, являлась дозволенной: «*Vim vi repellere licet*» — «Насилие дозволяется отражать силой» (D.43.16.1.27) — и таким образом предупреждать нарушение права. При нарушении права запрещается применять силу для его восстановления, другими словами, самоуправно восстанавливать нарушенное право запрещалось (за редкими исключениями: так, допускалась самопомощь, если принятие немедленно необходимых мер могло повести к значительным потерям; например, если должник пытался сбежать от кредитора, кредитору дозволялось его догнать и силой заставить уплатить долг (D.42.8.10.16)). За недозволенное *самоуправство* применялись неблагоприятные последствия: по декрету Марка Аврелия кредитор, захвативший вещи должника для удовлетворения своего права требования, должен эти вещи вернуть; вместе с тем он утрачивает свое право требования (D.4.2.13). Другим законом (конца IV в. н.э.) установлено, что лицо, насильственно захватившее свою вещь у фактического владельца, лишается права собственности на эту вещь и должно ее вернуть тому, у кого она находилась во владении, а если выяснится, что в действительности захватчик и не имел на данную вещь права собственности, он должен был не только вернуть вещь, но и уплатить ее стоимость лицу, у которого вещь была захвачена (C.8.4.7).

За исключением указанных чрезвычайных случаев самозащиты защита прав от нарушений передается специальным (судебным) органам государства. Суд становится орудием классового принуждения и проведения в жизнь интересов господствующего класса.

3. В соответствии с различием публичного и частного права различались *iudicia publica* (суд по делам, непосредственно нарушающим интересы государства) и *iudicia privata* (гражданские суды по делам о частных правах граждан).

§ 2. Деление гражданского процесса на *ius* и *iudicium*

1. Характерной особенностью римского гражданского процесса в течение республиканского периода и периода принципата было деление процесса на две стадии производства, из которых первая назы-

валась *ius*, вторая — *iudicium*. Производство в этих двух стадиях не имеет ничего общего с современным различием судебных инстанций. Дело в том, что современный суд первой инстанции рассматривает дело от начала до конца и выносит решение по делу. Если это решение не обжаловано в течение установленного срока, оно вступает в законную силу и приводится в исполнение. В случае обжалования суд второй инстанции пересматривает состоявшееся решение. Римская же первая стадия процесса приводила к окончанию дела только в случае признания иска ответчиком, а такой вопрос, как видно из открытых в 1933 г. новых фрагментов Институций Гая, прямо ставился истном: «Требую, чтобы ты сказал „да“ или „нет“». По общему же правилу *in iure* спорное дело только подготавливалось к решению, а проверка обстоятельств дела и вынесение решения происходили во второй стадии — *in iudicio*. Таким образом, *ius* и *iudicium* — не две инстанции, а два этапа одного и того же производства; только прохождение дела через оба эти этапа по общему правилу приводило к его решению. Какими потребностями было вызвано деление римского процесса на две стадии и, следовательно, какие цели оно преследовало, наукой истории римского права не установлено.

2. Такая организация процесса существовала в течение ряда веков, была нормальным порядком (*ordo iudiciorum privatorum*). Поэтому, когда в период абсолютной монархии деление процесса на *ius* и *iudicium* отпало, процесс получил название чрезвычайного, экстраординарного (*extra ordinem*).

§ 3. Общее понятие о легисакционном, формулярном и экстраординарном процессах

1. Гражданский процесс республиканского Рима носил название легисакционного (*per legis actiones*).

В Институциях Гая выражения *lege agere*, *legisactio* объясняются двояко: или, по словам Гая, такие выражения происходят оттого, что эти формы процесса были созданы законами, или же оттого, что претензии сторон в легисакционном процессе должны быть выражены словами соответствующего закона (и, следовательно, только при условии, если данная претензия подходит под текст какого-нибудь закона и можно было ее осуществить).

Однако приведенное объяснение вызвало справедливое сомнение И.А. Покровского с той стороны, что в те отдаленные времена, когда появился легисакционный процесс, законов было еще очень немного. Может быть, *lege agere* означало «действовать законным образом», т.е. не прибегая к незакономерному насилию.

2. Стороны являлись в первой стадии (*in iure*) к судебному магистрату и здесь выполняли требуемые по ритуалу обряды и произносили установленные фразы, в которых истец выражал свою претензию, а ответчик — свои возражения. Магистрат активного участия в процессе не принимал, хотя также давал отдельные реплики по установленному ритуалу. Совокупность всех этих обрядов и фраз и носила название *legis actio*.

Для иллюстрации этой формы процесса можно изложить *legis actio sacramento in rem* (спор относительно вещи посредством пари). Эта процедура описана в Институциях Гая следующим образом. Стороны являлись к магистрату (*in ius*) и приносили с собой вещь, составлявшую предмет спора (если спор шел о недвижимости, приносили кусок земли, черепицы и т.п.). Истец, держа в руке *festuca* или *vindicta* (палку), налагал ее на вещь и произносил слова: «*Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*», т.е. «Я утверждаю, что этот раб по квиритскому праву принадлежит мне; как я сказал, так вот я наложил перед тобой *Vindicta*». Если ответчик молчал или положительно соглашался с этим заявлением, то иск считался признанным (*confessio in iure*, судебное признание), дело этим заканчивалось, и истец уносил или уводил с собой спорную вещь. Если же ответчик спорил, то он говорил и делал то же самое, что и истец, и, таким образом, на виндикацию истца отвечал контравиндикацией. Тогда магистрат, как бы разнимая спорящих, говорил: «*Mittite ambo rem*», т.е. «Оставьте оба вещь». После этого истец задает новый вопрос: «*Postulo, anne dicas qua ex causa vindicaveris?*» — «Требую от тебя ответа, на каком основании ты заявляешь притязание (на данную вещь)?» На это ответчик заявляет: «*Ius feci sicut vindictam imposui*», т.е. «Наложив виндикту (выразив притязание на вещь), я поступил по праву». На это истец отвечал: «*Quando tu iniuria vindicavisti, quinquaginta*» (или в зависимости от цены спорной вещи) «*quingenti aeris sacramento te provoco*» — «Поскольку ты претендуешь на вещь вопреки праву, я вызываю тебя установить залог в сумме 50 (или 500)». Ответчик делал взаимный вызов: «*Et ego te*» («И я тебя»). Магистрат после этого определял, у кого из спорящих должна была

оставаться спорная вещь до окончания процесса; та сторона, у которой оставалась вещь до решения спора, должна была выставить поручителей в обеспечение того, что, если вещь будет присуждена другой стороне, вещь со всеми плодами от нее будет выдана этой второй стороне. На этом производство *in iure* заканчивалось, и претор назначал присяжного судью для решения спора.

Заключительный акт производства *in iure* назывался *litis contestatio* — засвидетельствование спора. Стороны обращались к заранее приглашенным свидетелям: «*Testes estote*» — «Будьте свидетелями происшедшего». С этим моментом связывалось погашение иска, т.е. после того, как закончилось производство *in iure*, истец уже не мог заявить вторично то же самое притязание против того же ответчика, хотя бы дело и не было потом рассмотрено на второй стадии (*in iudicio*) и фактически удовлетворения по иску не наступило.

3. Кроме описанного обряда *legis actio sacramento* были еще следующие основные виды *leges actiones*: посредством наложения руки, путем взятия залога, в форме истребования назначения судьи, путем приглашения ответчика на суд.

Когда весь ритуал производства *in iure* был выполнен, дело переходило во вторую стадию, *iudicium*. В этой второй стадии назначенный магистратом по согласованию со сторонами присяжный судья (а по некоторым делам, например о наследстве, — судебная коллегия) проверял доказательства и выносил решение по делу.

4. В последние годы республики происходят серьезные изменения в хозяйственной жизни Рима. Вместо земледельческой общины с полунатуральным хозяйством вырастает огромное государство, ведущее широкую внутреннюю и внешнюю торговлю. Понятно, что легисакционный процесс, чрезвычайно сложный с обрядовой стороны и не открывавший возможности дать судебное признание вновь складывающимся отношениям (поскольку они не подходили под букву закона), оказался не соответствующим новым социально-экономическим условиям. Жизнь требовала, чтобы судопроизводству была придана иная, более гибкая форма. Такой упрощенный порядок гражданского процесса появился сначала в практике перегринского претора, так как к перегринам применять цивильные *leges actiones* было нельзя.

С течением времени и городской претор стал практиковать этот упрощенный порядок, который состоял в следующем. Претензия

истца и возражения ответчика заявлялись без каких-либо обрядностей, и все это неформальное производство *in iure* заканчивалось вручением истцу записки, адресованной судье, в которой указывались те предположения или условия, при наличии которых судье предписывалось удовлетворить иск, а при отсутствии этих условий — отказать в иске. Эта записка, содержащая условный приказ судье, называлась формулой. Отсюда новый процесс, сложившийся в последние годы республики и допущенный законом Эбуция к применению по желанию тяжущихся наряду с легисакционным, а затем двумя законами Августа (*duae leges Juliae*), окончательно установленный на место легисакционного, получил название формулярного (производство *per leges* заменено производством *per formulas*).

5. Отличие формулярного процесса от легисакционного не исчерпывается упрощением судебной процедуры. Самое основное заключалось в том, что теперь претор, давая исковую защиту, не был связан старым правилом об изложении иска в точных словах закона. Пользуясь своим *imperium*, претор получил возможность признавать новые отношения развивавшейся жизни или, наоборот, оставлять порой без защиты отношения, формально отвечающие закону, но по существу отмирающие вместе с этим законом, отказывая в подобного рода случаях в выдаче истцу формулы иска (см. выше, разд. I, § 3). В своем эдикте претор заранее объявлял, в каких случаях он будет давать исковую защиту, в каких — нет; при этом он объявлял и формулы исков. Таким образом, получалось, что судебная исковая защита стала не просто средством признания и охраны материальных гражданских прав, а основным моментом, по которому только и можно было судить о наличии материального гражданского права. Поэтому принято характеризовать римское частное право как систему исков.

6. *Составные части формулы.* Формула начиналась с назначения судьи («*Octavius iudex esto*» — «Пусть будет судьей Октавий»).

Затем шла важнейшая часть формулы — интенция, в которой определялось содержание претензии истца; тем самым из интенции было видно, какой вопрос ставился на рассмотрение суда. Претензия истца могла быть основана на нормах гражданского права; тогда она называлась *intentio in ius concepta*, а иск назывался *actio civilis*. Например, формула виндикационного иска собственника содержала следующую интенцию: «Если окажется, что вещь, относительно которой

идет спор, принадлежит по квинритскому праву Авлу Агерию (условное обозначение истца), то ты, судья...» и т.д.

Если требование истца нельзя было обосновать нормами гражданского права, а претор все же считал справедливым защитить это требование, то в интенции описывались те факты, на которых истец основывает свою претензию и при наличии которых следует иск удовлетворить. Например, лицо договорилось со своим должником, оспаривавшим долг, что, если первый присягнет в существовании долга, второй без суда уплатит требуемую сумму; это лицо присягнуло, однако должник все-таки не платит; тогда претор давал истцу формулу, в интенции которой указывался факт присяги; такая интенция называлась *in factum concepta*, а иск — *actio praetoria*.

Если истец указывал в интенции большую сумму, чем ему следует, то такое преувеличение требования (*pluspetitio*) приводило не только к отказу в удовлетворении иска в полной сумме, но и к полному освобождению ответчика ввиду погашающего действия литисконтестации (см. выше, п. 2), сохранившегося и при формулярном процессе.

Pluspetitio могла выразиться не только в превышении суммы иска, но также в преждевременности иска, в предъявлении не в надлежащем месте и т.п., причем и в этих случаях *pluspetitio* сопровождалась теми же последствиями.

Другая основная часть формулы называется кондемпнацией: в ней судье предлагалось удовлетворить иск, если интенция подтвердится, и отказать в иске в противном случае: «Если окажется, что ... то присуди Нумерия Негидия (условное обозначение ответчика)¹, а если этого не окажется, оправдай».

Если по характеру интенции судье трудно было судить, о каком отношении идет спор, впереди интенции в формуле описывалось это отношение, для чего включалась в формулу особая часть — демонстрация; например: «Если Авл Агерий вел дела Нумерия Негидия и при этом... и т.д.»

По некоторым судебным делам (например, по искам о разделе общей собственности) судья иногда был вынужден (например, вви-

¹ Условные обозначения истца и ответчика употреблялись в объявляемых в эдикте типах исков; в конкретном деле, разумеется, формула содержала действительные имена истца и ответчика.

ду неделимости вещи) присудить вещь одной из сторон, а другую сторону компенсировать установлением какого-нибудь нового права за счет первой стороны (например, права на денежные выплаты и проч.). Полномочие поступить таким образом судье давалось в специальной части формулы, называвшейся *adiudicatio*.

Перечисленные части формулы называются основными, хотя *demonstratio* и *adiudicatio* включались далеко не во всякую формулу.

В формуле могли быть также второстепенные части: а) эксцепция, б) прескрипция.

Эксцепция буквально значит «изъятие», «исключение». В случае включения эксцепции в формулу судья, установив правильность интенции, должен удовлетворить иск, «за исключением того случая, если...». Таким образом, в форме эксцепции ответчик выдвигал свои возражения против иска. Однако не всякое возражение ответчика называлось эксцепцией. Если, например, в интенции говорится, что ответчик должен истцу 100 сестерциев, а ответчик заявляет, что он ничего не должен, это — отрицание иска, а не эксцепция. Если же ответчик подтверждает, что он действительно принял на себя обязательство уплатить 100 сестерциев (т.е. интенция им не отрицается), но заявляет, что это произошло вследствие примененного со стороны иска насилия (так что кондемпнация, несмотря на подтверждение интенции, не должна иметь места), то такая ссылка называлась эксцепцией. В приведенном примере эксцепция могла быть заявлена, когда бы истец ни предъявил иск. Такая эксцепция называется погашающей, или уничтожающей. В отличие от таких эксцепций возможны эксцепции отсрочивающие. Например, против иска истца ответчик ссылается на состоявшееся между сторонами соглашение не взыскивать долга в течение двух лет; эксцепция имеет тогда применение лишь в том случае, если иск предъявлен ранее этого срока.

Наконец, прескрипцией (буквально — надписание) называлась часть формулы, которая следовала непосредственно за назначением судьи. Нередко такая надпись делалась для того, чтобы отметить, что в данном случае истец ищет не все, что ему причитается, а только часть. Такая оговорка была нужна ввиду указанной выше (п. 2) особенности римского процесса; однажды предъявленный из какого-либо правоотношения иск уже не мог быть повторен; включением прескрипции истец предупреждал погашающее действие литискон-

тестации и обеспечивал себе возможность в дальнейшем довызывать остальную часть причитающейся суммы.

7. Как в легисакционном, так и в формулярном процессе судебное решение обжалованию не подлежало¹. Оно сразу вступало в законную силу и признавалось за истину (в отношении сторон по данному процессу); *res iudicata pro veritate accipitur* (D.50.17.207). Разрешенный судом вопрос не может быть вторично предметом спора между теми же сторонами. Если вопреки этому предъявляется новый иск, против него дается *exceptio rei iudicatae*, т.е. возражение, что дело уже было разрешено судом.

Особенностью формулярного процесса было, между прочим, то, что condemnation в иске определялась в денежной форме. Исполнение судебного решения в случае удовлетворения иска производилось так, что первоначальное притязание исков заменялось новым обязательством, вытекающим из самого судебного решения и снабженным особым иском (*actio iudicati*), соответствующим современному исполнительному листу. Если ответчик оспаривал существование законного решения по делу и возражал против *actio iudicati*, а между тем подтвердить свои возражения не мог, он отвечал в двойном размере.

Если добровольного платежа по *actio iudicati* не поступало, производилось принудительное взыскание. Магистрат мог арестовать должника до уплаты долга (личное взыскание) или же обратить взыскание на его имущество. В последнем случае кредиторы вводились во владение имуществом должника, которое продавалось с публичных торгов.

8. *Экстраординарный процесс*. Еще в классическую эпоху наряду с нормальным гражданским процессом, делившимся на две стадии: *ius* и *iudicium*, — стали встречаться случаи, когда спорные дела граждан разбирались магистратом без передачи решения дела присяжному судье (см. ниже, § 5). Такой особый, чрезвычайный (*extra ordinem*) порядок рассмотрения понемногу стал применяться и по таким делам, где раньше давалась формула. К концу III в. н.э., т.е. при переходе к абсолютной монархии, этот экстраординарный (*extra ordinem*)

¹ Однако за принципом признавалось право вытребовать любое дело и осуществить надзор за правосудностью решений. См.: *Aymard A. et Auboyer J. Rome et son empire*. Paris, 1954. P. 294 (*Histoire générale des civilisations*, II).

процесс, не делившийся на *ius* и *iudicium*, совершенно вытеснил собой формулярный процесс. Императорская власть не доверяла выборным судьям (хотя их «выборность» и в период принципата была больше на словах, чем на деле); императоры стали вести борьбу с нарушениями права (а тем самым и рабовладельческого строя) непосредственно сами или через своих чиновников.

В экстраординарном процессе судебные функции осуществляются административными органами: в Риме и Константинополе (в связи с разделением империи на западную и восточную) — *praefectus urbi* (начальником городской полиции), в провинциях — правителем провинции, а по менее важным делам — муниципальными магистратами. Однако нередко императоры принимали судебные дела и к своему личному рассмотрению.

Рассмотрение дел утратило публичный характер и происходило в присутствии лишь сторон и особо почетных лиц, которые имели право присутствовать при рассмотрении дел. При неявке истца к слушанию дела дело прекращалось; при неявке ответчика — дело рассматривалось заочно.

В противоположность процессу классического периода в экстраординарном процессе было допущено апелляционное обжалование вынесенного решения в следующую высшую инстанцию. Таким образом, на решение *praefectus urbi* можно было приносить жалобы императору, на решение правителя провинции — *praefectus praetorio* (начальнику императорской гвардии), а на его решения — императору.

Судебные решения в экстраординарном процессе приводились в исполнение органами государственной власти по просьбе истца. В случае присуждения ответчика к выдаче определенной вещи она отбиралась принудительно (*manu militari*), если в течение двух месяцев ответчик не передавал ее добровольно.

Если присуждалась денежная сумма, судебные исполнители отбирали у ответчика соответствующую сумму или какую-нибудь вещь, которую продавали для удовлетворения претензии истца. Обращение взыскания на все имущество должника имело место лишь в том случае, если заявлены претензии несколькими кредиторами несостоятельного должника, причем он не передает добровольно имущество для их удовлетворения.

Правило республиканского процесса об окончательном погашении однажды предъявленного иска — хотя бы по нему и не состоя-

лось решение — в экстраординарном процессе не применяется. Значение *res iudicata* — судебного решения, вступившего в законную силу (см. выше, п. 7), — остается непоколебимым.

§ 4. Понятие и виды исков

1. Судебные магистраты, главным образом преторы, имели в силу своего *imperium* право отказать в судебной защите отношения, хотя бы оно и подходило под нормы гражданского права, и наоборот, дать судебную защиту в случае, не предусмотренном нормами гражданского права.

Поэтому практически первостепенное значение имел вопрос, дает ли претор в данном случае иск (*actio*). Ответ на этот вопрос можно было найти в преторском эдикте. Смысл термина *actio* в эпоху легисакционного процесса сводился к определенной деятельности лица, выражавшейся в выполнении установленного ритуала. В классическом римском праве *actio* есть предусмотренное эдиктом судебного магистрата средство добиться путем судебного процесса решения, соответствующего интересам данного лица.

Постепенно формулы исков в практике претора типизируются, т.е. вырабатываются типические формулы для отдельных категорий исков.

2. Среди многочисленных различных исков необходимо выделить следующие важнейшие виды.

Actio in rem (вещный иск) и *actio in personam* (личный иск). Юрист Павел противопоставляет¹ право собственности на вещь, с одной стороны, и право требовать от другого лица что-либо сделать или чего-либо не делать (воздержаться от определенного действия), с другой стороны; право собственности (как и некоторые другие права) может быть нарушено любым третьим лицом, причем заранее неизвестно, кто именно является возможным нарушителем права. Поэтому принято говорить, что для защиты такого права иск дается против любого третьего лица, какое будет нарушать право данного лица; иск в этом случае называется *actio in rem* — «вещный иск». Термин *actio in rem* показывает, что отвечает по иску тот, у кого находится вещь,

¹ D.44.7.3.

или вообще тот, кто посягает на данную вещь. По современной терминологии это называется абсолютной защитой.

В противоположность *actio in rem* иск, именуемый *actio in personam*, дается для защиты правоотношения личного характера между двумя или несколькими определенными лицами. Например, А обязался что-то сделать для В; В имеет право требовать совершения этого действия именно от А и ни от кого другого. Следовательно, нарушить право В в данном случае может только А, ибо никто другой не принимал на себя обязательства совершить для В данное действие. Таким образом, возможный нарушитель такого рода права известен заранее, и иск возможен только против этого лица. Поэтому иск в этом случае носит название *actio in personam* (личный иск). По современной терминологии это относительная защита.

3. Другое важное различие исков: *actio stricti iuris* — иск строгого права и *actio bonae fidei* — иск, построенный на принципе добросовестности. Основное значение этого различия заключается в том, что при рассмотрении исков строгого права судья связан буквой договора, из которого вытекает иск; а при рассмотрении исков *bonae fidei* положение судьи свободнее: он имеет право принимать во внимание возражения ответчика, основанные на требованиях справедливости, хотя бы в формулу иска и не было включено особой эксцепции (например, при *actio bonae fidei* судья учитывает ссылку ответчика на *dolus* со стороны истца, т.е. на то, что истец допустил обман), даже если в формулу иска не включено специальной эксцепции по этому поводу.

4. Одним из средств для осуществления правотворчества без изменений буквы закона служила *actio utilis*, т.е. иск по аналогии. Эту разновидность исков можно пояснить на следующем примере. Если одно лицо неправомерно уничтожает или повреждает чужое имущество, то по Аквиллиеву закону (республиканского периода, приблизительно III в. до н.э.) причинитель вреда отвечает лишь при условии, если вред причинен *corpore corpori*, т.е. телесным воздействием на телесную вещь. С помощью иска (из Аквиллиева закона) в форме *utilis* претор распространил защиту потерпевшего и на те случаи, когда вред причинен виновным образом, но без непосредственного телесного воздействия на вещь, например, лицо виновным образом уморило чужое животное голодом.

5. *Actio ficticia* (иск с фикцией). В тех случаях, когда претор признавал необходимым распространить предусмотренную законом защиту на какое-то новое, не предусмотренное в законе отношение, он иногда предлагал (в формуле) судье допустить существование некоторых фактов, которых в действительности не было, и с помощью такой фикции подвести новое отношение под один из существующих исков. В формуле этот прием выражался следующим образом: если окажется то-то и то-то, в таком случае, *если бы было то-то*, ты, судья, присуди, и т.д. Например, когда назрела потребность допустить передачу требования от одного лица к другому, то для защиты нового лица претор стал давать иск, в котором судье предлагалось предположить (допустить фикцию), что новое лицо, которому передано право требования, является наследником первого лица — а на наследника переходили права и обязанности (см. ниже, разд. VIII). Тем самым лицо, которому передано право требования, получало исковую защиту.

6. Различались иски *штрафные* и иски *об удовлетворении*, или *о восстановлении нарушенного состояния имущественных прав* (так называемые реиперсекюторные, *actiones rei persecutoriae*). Иногда из одного и того же факта вытекали одновременно и штрафной, и реиперсекюторный иски; например, потерпевший от кражи мог предъявить и иск о возврате похищенного (реиперсекюторный иск), и иск о взыскании штрафа (штрафной иск).

7. Специальную категорию составляли кондикции (*condictiones*). В чем состояло отличие кондикции от *actiones*, спорно. Можно определить кондикции как иски, основанные на гражданском праве, в которых не указывалось, из какого основания они возникали (абстрактные иски). Например, истец мог потребовать с помощью кондикции платежа известной суммы, причем в формуле иска не указывалось (и это было безразлично), обязан ли ответчик уплатить эту сумму по договору займа или на основании специального письменного договора и т.п., лишь бы долг в этой сумме существовал.

§ 5. Особые средства преторской защиты

1. Помимо предоставления исков преторы, пользуясь принадлежащей им властью (так называемым *imperium*), оказывали иногда за-

щиту особыми средствами, своими безусловными (в противоположность формуле иска) непосредственными распоряжениями, хотя с течением времени и здесь преторы в некоторых случаях перешли на путь условных распоряжений.

2. Интердикты (запрещения). Так назывались распоряжения претора о немедленном прекращении каких-то действий, нарушающих общественный порядок и интересы граждан. Первоначально претор давал интердикты после расследования фактов, на которые ссылалось обращающееся к нему лицо (например, приходил гражданин с жалобой на то, что другой гражданин самовольно прогнал его с земельного участка, находящегося во владении жалобщика; претор проверял, действительно ли первый владел участком земли, а второй насильно прогнал его с этого участка, и после этой проверки предоставлял защиту). Поскольку в этом случае фактические обстоятельства дела проверялись до предоставления интердикта просителю, интердикт был категорическим и безусловным распоряжением. С течением времени, по мере увеличения числа дел, претор стал давать интердикты без проверки фактов, в виде условного распоряжения («если подтвердятся факты, на которые ссылается заявитель»), и тогда интердикты с процессуальной стороны стали похожи на иски. Важнейшая категория интердиктов — владельческие интердикты (см. ниже, разд. V, гл. II, § 3).

3. *Restitutio in integrum* (восстановление в первоначальное положение). В особо уважительных случаях претор позволял уничтожить наступившие юридические последствия (например, расторгнуть заключенный договор) ввиду того, что он признавал несправедливым применение в подобного рода случаях общих норм права. Постановление о таком восстановлении прежнего положения или о реституции претор выносил после предварительного выяснения обстоятельств дела (*causa cognita*). Так, например, лицо в возрасте до 25 лет, заключившее невыгодную для себя сделку (хотя формально законную), могло получить от претора разрешение не считаться с этой сделкой; такую льготу претор давал, принимая во внимание неопытность лица. Равным образом лицо, которое терпит значительный ущерб от сделки, заключенной под влиянием угроз или обмана и проч., также могло получить от претора реституцию и т.д.

§ 6. Исковая давность

1. Лицо, частное право которого нарушено, имеет в своем распоряжении исковую защиту. Воспользоваться ею или нет, т.е. предъявить иск или не предъявлять, всецело зависит от управомоченного лица. Однако государство не может предоставить управомоченному на предъявление иска лицу решать вопрос, предъявлять иск или нет, без всякого ограничения во времени. Состояние неопределенности, которое создается ввиду непредъявления иска в течение продолжительного времени после того, как возник повод для его предъявления, создает вредную, с хозяйственной точки зрения, неуверенность, неустойчивость отношений. Для предупреждения таких неблагоприятных последствий устанавливается известный максимальный срок (давностный срок), в течение которого управомоченное лицо может требовать рассмотрения его иска. Истечение такого срока называется теперь исковой давностью.

2. Классическое римское право знало только нечто подобное тому, что теперь называют исковой давностью. Именно классическому праву были известны *законные сроки* предъявления исков. Отличие законного срока от исковой давности заключается в следующем. Законный срок сам по себе (независимо от активности или бездействия управомоченного) прекращает право на иск; исковая давность оказывает действие ввиду бездеятельности истца. Поэтому если отпадает повод для немедленного предъявления иска, например, вследствие того, что ответчик подтвердил свой долг, течение давностного срока прерывается и начинается течение исковой давности заново; течение же законного срока не прерывается, хотя бы управомоченное лицо получило от должника подтверждение долга, и т.п.

3. Только в V в. н.э. в римском праве появилась и исковая давность (в указанном выше смысле). Срок исковой давности был установлен в 30 лет. Начало течения этого срока определяется моментом возникновения искового притязания. Например, по иску собственника течение давностного срока начинается с того момента, когда вещь собственника неправомерно удерживается другим лицом или собственник вообще встретил препятствия к осуществлению своего права; по обязательству из займа — с того дня, когда лицо, давшее займы, получает право требовать возврата данной займы суммы, и т.д. Течение давности может приостанавливаться на то время, ког-

да существуют препятствия для предъявления иска, признаваемые правом уважительными, например, отсутствие по государственному делу; после отпадения такого препятствия течение давности продолжается.

Течение давности может быть, как указано выше, прервано (признанием требования со стороны обязанного лица; предъявлением иска). В этом случае истекшее до перерыва время в расчет не принимается; может начаться только новая давность, например, если после признания долга платежа не последовало.

Раздел III

ЛИЦА

§ 1. Понятие «лица» и правоспособности

1. Рабовладельческое общество признавало лицом (*persona*), т.е. существом, способным иметь права, не каждого человека. В этом обществе было особенно наглядно доказательство того положения, что правоспособность (способность быть субъектом, носителем прав) не есть прирожденное свойство человека, а представляет, как и само государство и право, надстроечное явление на базе экономических отношений данного общества. Другими словами, правоспособность коренится в экономическом строе данного общества в данный период его развития.

В Риме существовал многочисленный класс людей — рабы, которые были не субъектами, а объектами прав. Варрон (I в. до н.э.) делит орудия на немые (например, повозки), издающие нечленораздельные звуки (скот), и одаренные речью (рабы). Раб называется *instrumentum vocale*, говорящим орудием.

С другой стороны, современное различие лиц физических (т.е. людей) и юридических (т.е. различного рода организаций, наделенных правоспособностью) в Риме разработано не было, хотя и было известно в практике (см. § 7 данного раздела).

2. Тому, что теперь называется правоспособностью, в Риме соответствовал термин *caput*. Полная правоспособность слагалась из трех основных элементов или состояний (*status*):

- 1) *status libertatis* — состояние свободы;
- 2) *status civitatis* — состояние гражданства;
- 3) *status familiae* — семейное состояние.

С точки зрения *status libertatis*, различались свободные и рабы; с точки зрения *status civitatis*, — римские граждане и другие свободные лица (латины, перегрины); с точки зрения *status familiae*, — самостоятельные (*sui iuris*) отцы семейств (*patres familias*) и подвластные какого-либо *pater familias* (лица *alieni iuris*, «чужого права»). Таким образом, полная правоспособность предполагала свободное состояние, римское гражданство и самостоятельное положение в семье.

Изменение в каком-либо из статусов носило название *capitis deminutio*. Изменение в *status libertatis* называлось *capitis deminutio maxima* (наивысшее, наиболее существенное); изменение *status civitatis* называлось *capitis deminutio media* (среднее); изменение *status familiae* обозначалось как *capitis deminutio minima* (наименьшее).

3. Разумеется, регламентация правоспособности не была одинаковой во все периоды римской истории. Вместе с развитием экономических отношений шло развитие и правоспособности свободных людей. По мере превращения Рима из небольшой сельскохозяйственной общины в огромное государство с развитой внешней торговлей острые различия в правоспособности отдельных групп свободного населения (римских граждан, латинов, перегринов) стали сглаживаться, пропасть между свободным и рабом по-прежнему оставалась. В конце концов был достигнут крупный для того времени результат — формальное равенство свободных людей в области частного права (конституция Каракаллы 212 г.). «У греков и римлян неравенства людей играли гораздо большую роль, чем какое бы то ни было равенство... Во время Римской империи все эти различия постепенно исчезли, за исключением различия между свободными и рабами; вместе с этим возникло, по крайней мере для свободных, то равенство частных лиц, на основе которого развилось римское право»¹.

4. Обладание тем или иным статусом могло быть предметом спора. На этой почве появились специальные средства защиты право-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XIV. С. 103.

способности — так называемые статутные иски; например, иск о признании лица вольноотпущенником, предъявляемый против того, кто задерживает этого человека как раба, и т.п.

§ 2. Правовое положение римских граждан

1. Римское гражданство можно было приобрести прежде всего путем рождения в законном браке от римских граждан, а затем — путем отпущения на свободу из рабства, а также посредством дарования римского гражданства иностранцу.

Прекращалось римское гражданство или смертью, или в результате *capitis deminutio maxima*. Эта последняя после различных исторических изменений в эпоху Юстиниана наступала в случае присуждения к наиболее тяжелым уголовным наказаниям и проч., в случаях захвата римского гражданина во власть врагов или по крайней мере недружественного народа (впрочем, в случае последующего возвращения на римскую территорию такое лицо восстанавливалось во всех правах; это называлось *ius postliminii*).

2. Правоспособность римского гражданина в области частного права слагалась из двух основных элементов: *ius conubii*, т.е. права вступать в законный брак, при котором дети получали права римского гражданства, а отцу принадлежала власть над детьми (см. ниже, разд. IV, § 4), и *ius commercii* — по определению Ульпиана (*Regulae* 19, 3), *emendi vendendique invicem ius*, т.е. право торговать, совершать сделки, следовательно, приобретать и отчуждать имущество.

Существенное значение имело деление римских граждан на свободнорожденных и вольноотпущенников (*libertini*); последние не только находились в зависимости от своих патронов, т.е. отпустивших их на свободу, но нередко и эксплуатировались ими.

В III в. н.э. формально было провозглашено равенство в правоспособности. В действительности полного уравнивания не произошло. В частности, неравенство вызывалось образованием в период империи *сословий*, которое сопровождалось прикреплением к профессиям. Различались следующие сословия: сенаторы¹, всадники, во-

¹ Примерно с Августа в состав сенаторов стала входить, кроме родовой знати, служилая знать (нобилитет), т.е. потомки лиц, занимавших курульные должности.

енное сословие, городские декурионы или куриалы, торговцы, ремесленники, крестьяне. Сословные и иные социальные различия особенно сильно давали о себе знать в области налогового обложения и вообще в публичном праве, но они сказывались и в области частного права, например, не допускался брак между сенатором и вольноотпущенницей и проч.

3. В современном праве различают правоспособность и дееспособность, т.е. способность совершать действия с соответствующими юридическими последствиями. Римское право не знало соответствующих категорий, однако и в Риме не за каждым лицом признавалась способность совершать действия с юридическими последствиями.

Дееспособность человека всегда и везде зависит прежде всего от возраста лица, так как понимание смысла совершаемых действий и способности владеть собой и трезво принимать то или иное решение приходит лишь с годами. В римском праве различались: *infantes* (до 7 лет) — вполне недееспособные; *impuberes* (мальчики от 7 до 14 лет, девочки от 7 до 12 лет).

Impuberes признавались способными самостоятельно совершать такие сделки, которые ведут к одному лишь приобретению для несовершеннолетнего (без каких-либо потерь или установления обязанностей). Для совершения действий, которые могут привести к прекращению права несовершеннолетнего или к установлению его обязанности, требовалось разрешение опекуна (*auctoritas tutoris*), которое должно было даваться непременно при самом совершении сделки — не раньше и не позже. Опекуном был обычно ближайший родственник по указанию отца несовершеннолетнего, сделанному в его завещании, или по назначению магистрата. Опекун обязан был заботиться о личности и имуществе несовершеннолетнего. Отчуждать имущество несовершеннолетнего опекун не имел права, за исключением случаев, когда это было безусловно необходимо.

Если несовершеннолетний совершал сделку без разрешения опекуна, такая сделка юридически обязывала его только в пределах полученного от нее обогащения.

Третью ступень возраста составлял период с 14 (для женщин — с 12) до 25 лет. В этом возрасте лицо было дееспособно. Но по просьбе таких лиц претор (в последние годы республики) стал давать им возможность отказаться от заключенной сделки и восстановить то имущественное положение, какое было до совершения сделки, — так

называемая реституция, *restitutio in integrum* (см. выше, разд. II, § 5, п. 3). Со II в. н.э. за лицами, не достигшими 25 лет, стали признавать право испросить себе куратора (попечителя). Источники римского права не дают материала для того, чтобы определить, чем попечительство отличается от опеки. Исторически эти два института сложились так, что опека назначалась над несовершеннолетними, а также (вплоть до классического периода) над женщинами, независимо от возраста; попечительство же устанавливалось в отношении совершеннолетних, не достигших 25 лет, а также в отношении душевнобольных.

Если совершеннолетний, не достигший 25 лет, испрашивал назначение попечителя, он становился ограниченным в своей дееспособности в том смысле, что для действительности совершаемых им сделок, с которыми связано уменьшение имущества, требовалось согласие (*consensus*) попечителя, которое могло быть дано в любое время (заранее или при совершении сделки, или в виде последующего одобрения). Молодые люди в возрасте 14 (12)–25 лет могли без согласия попечителя совершать завещание, а также вступать в брак.

На дееспособность физического лица влияли также всякого рода душевные болезни. Душевнобольные и слабоумные признавались недееспособными и находились под попечительством. Телесные недостатки влияли только в соответствующей сфере деятельности; например, так как договор стипуляции совершался в форме устного вопроса и ответа, то его не могли совершать ни немые, ни глухие, и т.п.

Ограничивались в дееспособности также расточители, т.е. лица слабовольные, не способные соблюдать необходимую меру в расходовании имущества и потому так расточающие его, что создавалась угроза полного разорения. Расточителю назначали попечителя, после чего расточитель мог самостоятельно совершать только такие сделки, которые направлены лишь на приобретение; кроме того, расточитель признавался ответственным за деликты (правонарушения). Сделки, связанные с уменьшением имущества или с установлением обязательства, расточитель мог совершать только с согласия попечителя. Составлять завещание расточитель не мог.

В течение ряда веков существовали серьезные ограничения правоспособности и дееспособности для женщин. В республиканском римском праве женщины находились под вечной опекой: домовла-

дыки, мужа, ближайшего родственника. В конце классического периода было признано, что взрослая женщина, не состоящая под властью ни отца, ни мужа, самостоятельна в управлении и распоряжении своим имуществом, но не вправе принимать на себя в той или иной форме ответственность по чужим долгам. В праве Юстиниановой эпохи ограничения правоспособности и дееспособности женщины были ослаблены, но равноправия полов все-таки не было и тогда (D.1.5.9, Паниниан: «...по многим постановлениям нашего права женщины находятся в худшем положении, чем мужчины»).

4. В качестве обстоятельства, отражавшегося на правовом положении римского гражданина, следует упомянуть еще умаление чести. Одной из самых серьезных форм умаления чести была *infamia*, бесчестье. *Infamia* наступала: а) как следствие осуждения за уголовное преступление или за особо порочащее частное правонарушение, в результате присуждения но искам из таких отношений, где предполагается особая честность (например, из договора поручения; товарищества, хранения, см. ниже, разд. VII), из отношения по поводу опеки и т.п.; б) непосредственно в силу нарушения некоторых правовых норм, касающихся брака (считалась за *infamis* вдова, вступившая в новый брак до истечения года после смерти первого мужа), или ввиду занятия позорной профессией (например, сводничеством и т.п.). В классическом праве ограничения, связанные с *infamia*, были довольно значительны. *Personae infames* не могли представлять других в процессе, а также назначить процессуального представителя себе; таким лицам не разрешалось вступать в законный римский брак с лицом свободнорожденным, они были ограничены в области наследственного права.

От *personae infames* отличались *personae turpes* — это лица, которые признавались общественным мнением бесчестными по общему характеру своего поведения. Наиболее существенным ограничением *personae turpes* было ограничение в области наследования.

Имела немаловажное значение и третья форма бесчестья — *intestabilitas*. Еще в законах XII таблиц было постановление, что лицо, участвовавшее в сделке в качестве свидетеля и отказавшееся потом дать на суде показание по поводу этой сделки, признается *intestabilis*, т.е. не способным так или иначе участвовать ни в качестве стороны, ни в качестве свидетеля в совершении сделок, требующих участия свидетелей (например, не способно составить завещание).

§ 3. Правовое положение латинов и перегринов

1. *Латинами* первоначально назывались жители Лациума, получившие латинское гражданство до середины III в. до н.э. (это *latini veteres*, древние латины). Затем так же стали называть членов колоний, образованных Латинским Союзом, и колоний, устроенных Римом на завоеванных территориях (*latini coloniarii*). После союзнической войны (90–89 гг. до н.э.) *ius Latini* право латинского гражданства стали понимать как технический термин, обозначающий определенную категорию правоспособности. Такая правоспособность предоставлялась («жаловалась») отдельным лицам и целым областям.

Правовое положение *latini veteres* не отличалось (в области имущественного права) от положения римских граждан; *ius conubii* они имели только в тех случаях, иногда это право было специально предоставлено. С 268 г. до н.э. права латинского гражданства в этом виде уже не предоставлялись. *Latini coloniarii* не имели *ius conubii* (см. выше, § 2, п. 2), *ius commercii*, а также способности вести гражданский процесс (*ius legisactionis*); эта категория латинов в большинстве случаев не имела права составлять завещание *latini coloniarii*.

Латинам была открыта возможность легко приобретать права римского гражданства. Первоначально для этого было достаточно переселиться на постоянное жительство в Рим. Но так как подобные переселения сильно сокращали население латинских городов, то с начала II в. до н.э. было установлено требование, чтобы при такого рода переселении латин оставлял в родном городе мужское потомство. После союзнической войны в I в. до н.э. все латины, жившие в Италии, получили права римского гражданства.

Latini coloniarii получали права римского гражданства разными способами; в частности, римское гражданство приобреталось ими в том случае, если они в родном городе прослужили в должности магистрата; в некоторых латинских городах римское гражданство получали также латины, исполнявшие обязанности декуриона (члена муниципального сената).

2. *Перегринами* назывались чужеземцы, как не состоявшие в подданстве Рима, так и римские подданные, но не получившие ни римской, ни латинской правоспособности. Такие «чужаки» в древнейшую эпоху считались бесправными. С развитием хозяйственной жизни это бесправие стало нетерпимым, и перегрины были признаны правоспособными по системе *ius gentium* (см. выше, Введение).

В начале III в. Каракалла предоставил права римского гражданства всем поданным Римского государства.

§ 4. Правовое положение рабов

1. С самых древних времен, к которым относятся наши сведения о Римском государстве, и вплоть до конца его существования римское общество было рабовладельческим; деление на рабовладельцев и рабов было первым делением на классы.

Социальное положение рабов было неодинаковым на разных этапах римской истории. В древнейшую эпоху рабы в каждой отдельной семье были немногочисленны; они жили и работали совместно со своим хозяином и его подвластными и по бытовым условиям не очень резко отличались от них. По мере завоеваний число рабов сильно увеличилось, и рабство стало «основой всего производства»¹. Они стали жить отдельно от своих господ; не только исчезла прежняя патриархальность отношений, но осуществлялась беспощадная эксплуатация рабов. Раб исполняет огромную изнурительную работу, а содержится в самых тяжелых условиях; несколько сноснее были условия жизни рабов, принадлежавших самому государству. Произвол и эксплуатация со стороны рабовладельцев толкали рабов на восстания.

2. Правовое положение рабов определялось тем, что раб — не субъект права; он — одна из категорий наиболее необходимых в хозяйстве вещей, так называемых *res mancipi*, «наряду со скотом или как привесок к земле»².

Власть рабовладельца над рабом беспредельна; она является полным произволом; господин может раба продать, даже убить. Раб не может вступить в брак, признаваемый законом; союз раба и рабыни (*contubernium*) — отношение чисто фактическое.

3. *Пекулий*. Если тем не менее кое-какие проблески признания личности раба имели место, то это происходило в интересах само-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. IV. С. 13.

² Маркс К. Формы, предшествующие капиталистическому производству // Вестник древней истории. 1940. № 1. С. 22.

го рабовладельца, имело целью расширить и углубить эксплуатацию рабов.

На этой почве сложился институт рабского пекулия. Термином «пекулий», происходящим, вероятно, от слова *pecus* — «скот», называлось имущество, выделяемое из общего имущества рабовладельца в управление раба (этот институт практиковался и в отношении подвластных детей, см. ниже, разд. IV, § 4).

Управлять имуществом невозможно без совершения различных сделок (купли-продажи, найма и др.). Поэтому, не признавая раба правоспособным лицом, признали, однако, юридическую силу за совершаемыми им сделками, разумеется, в таких пределах, какие соответствовали положению пекулия как формы эксплуатации. Именно рабы, имеющие пекулий, признавались способными обязываться, но приобретать права для себя не могли; все их приобретения автоматически ноступали в имущество господина. Впрочем, раб мог приобрести право требования, но без права на иск, «натурально» (см. ниже, разд. VI, гл. I, § 2). Реализация такого права была возможна только в случае отпущения раба на свободу: *si manumisso solvam, liberor*, т.е. если я уплачу рабу после его освобождения, это — законный платеж.

Таким образом, предоставление рабу пекулия и признание в известной мере юридической силы за действиями раба позволяли рабовладельцу шире эксплуатировать раба не только для выполнения различных физических работ, но и для совершения через его посредство юридических действий, а это было важно для рабовладельцев по мере развития рабовладельческого способа производства и роста товарно-денежных отношений.

Разумеется, такое примитивное построение, что по сделкам раба права приобретаются господином, а обязанности ложатся на раба, с которого ввиду его неправопоспособности получить нельзя, не могло сохраниться с развитием торговли, с усложнением хозяйственной жизни. Желających вступать в сделки с рабами при полной безответственности по этим сделкам самого рабовладельца нашлось бы немного. Правильно понятый интерес рабовладельца требовал, чтобы третьи лица, с которыми вступал в деловые отношения раб, могли рассчитывать на возможность осуществления своих прав по сделкам с рабами. Поэтому претор ввел ряд исков, которые давались как дополнительные к неснабженному иском обязательству самого раба против рабовладельца.

Факты выделения имущества в самостоятельное управление раба стали с развитием хозяйственной жизни расценивать как согласие домовладыки нести в пределах пекулия ответственность по обязательствам, которые принимались рабом в связи с пекулием. Таким образом, если сделка совершена рабом на почве управления выделенным ему пекулием, рабовладелец отвечал перед контрагентом раба по *actio de peculio*, в пределах пекулия (если раб, имея пекулий в сумме 500, купил что-то на 700, к его господину продавец мог предъявить этот иск только в сумме 500). Впрочем, если господин получил по сделке раба увеличение имущества, так называемое обогащение, в большей сумме, он отвечал в пределах обогащения (но уже по другому иску: *actio de in rem verso*, буквально — «иск о поступившем в имущество»).

Если господин назначил раба приказчиком (*institor*) в своем торговом предприятии или вообще приставил его к такому делу, с которым неизбежно связано совершение сделок, рабовладелец отвечает по сделкам, относящимся согласно общепринятым взглядам к кругу деятельности данного приказчика, и т.п. Например, если раб-приказчик закупил товар для предприятия и не расплатился за него, господин несет ответственность по *actio institoria*, в размере стоимости товара; но если раб по просьбе покупателя принял от него вещи на хранение, господин по этой сделке как не относящейся к сфере полномочий приказчика не отвечает (если раб был поставлен шкипером на корабле, иск назывался *actio exercitoria*).

Наконец, если господин просто уполномочил раба на совершение той или иной сделки, т.е. дал распоряжение, *iussus*, контрагент раба получал против господина *actio quod iussu*. Если раб совершит правонарушение (например, уничтожит или повредит чужие вещи), к рабовладельцу потерпевший мог предъявить *actio noxalis* (*nox* — вред). В этом случае рабовладелец был обязан или возместить причиненный вред, или выдать виновного раба потерпевшему для отработки суммы причиненного вреда.

4. Рабство устанавливалось следующими способами:

(1) Рождением от матери-рабыни (хотя бы отцом ребенка было свободное лицо; наоборот, если отец — раб, а мать — свободная, ребенок признавался свободным).

(2) Взятием в плен или просто захватом лица, не принадлежащего к государству, связанному с Римом договором.

(3) Продажей в рабство (в древнейшую эпоху).

(4) Лишением свободы в связи с присуждением к смертной казни или к работам в рудниках (присужденный к смертной казни рассматривался как раб).

Прекращается рабство манумиссией (отпущением на свободу).

В некоторых случаях раб, отпущенный на свободу, возвращался обратно в состояние рабства (например, вследствие проявления грубой неблагодарности в отношении лица, отпустившего раба на свободу).

§ 5. Правовое положение вольноотпущенников

1. В классическом римском праве правовое положение вольноотпущенника определялось в зависимости от прав лица, отпустившего на волю; например, раб, отпущенный на свободу квирическим собственником, приобретал права римского гражданина, а отпущенный на свободу лицом, право собственности которого опиралось не на цивильное право, а на преторский эдикт (см. ниже, разд. V, гл. III, § 1, п. 5), приобретал только латинское гражданство. При Юстиниане эти различия были сглажены: если манумиссия выполнена в соответствии с законом, вольноотпущенник становился римским гражданином.

2. Однако, даже приобретая римское гражданство, вольноотпущенник (или либертин) по своему правовому положению не вполне приравнивался к свободнорожденному (*ingenuus*).

В области частного права существовали, во-первых, некоторые специальные ограничения правоспособности вольноотпущенника; например, до Августа вольноотпущеннику запрещалось вступать в брак с лицом свободнорожденным; запрещение брака вольноотпущенника с лицом сенаторского звания сохранялось вплоть до Юстиниана. Во-вторых, либертин находился в зависимости от своего бывшего господина, именовавшегося его патроном.

3. Так, патрон имел право: а) на *obsequium* — почтительность либертина в отношении патрона; это имело, например, практическое значение в том отношении, что вольноотпущенник не мог вызывать патрона на суд и, следовательно, был беззащитен против произвола патрона; б) на *operae* — выполнение услуг для патрона (это, по существу, моральная обязанность, но она обыкновенно подкреплялась договором и превращалась в юридическую). Обязанность либерти-

на выполнять *operae* приводила к такой разнузданной эксплуатации, что претор, хотя он стоял, конечно, на страже интересов господствующего класса, был вынужден все-таки выступать с некоторыми ограничительными мерами; в) на *bona*, т.е. патрону в известной мере принадлежало право на наследование после вольноотпущенника, а также право на алименты со стороны вольноотпущенника.

(Эксплуататорский характер отношений патрона к вольноотпущеннику подчеркивался тем, что такое право принадлежало в случае нужды не только самому патрону, но и его детям и родителям.)

§ 6. Правовое положение колонов

1. Под именем колона в классическую эпоху подразумевали арендатора земли (мелкого фермера), формально свободного, хотя экономически зависимого от землевладельца. Распространение мелкой земельной аренды было вызвано экономическим положением Римского государства. С прекращением завоевательных войн, дававших Риму огромные массы рабов, прилив рабской силы приостановился, а невыносимые условия, в которых содержались рабы, приводили к тому, что их смертность значительно превышала рождаемость. Рабской силы не стало хватать для обработки земли. Процветавшее в последние годы республики плантаторское хозяйство с рабским трудом перестало быть выгодным; римские землевладельцы стали предпочитать сдавать землю в аренду мелкими участками нередко даже не за денежное вознаграждение, а за известную долю урожая (арендаторы-дольщики, *coloni partiarii*) и с возложением на арендатора также обязанности обрабатывать и землю собственника («барщина»). Эти мелкие арендаторы по маломощности своих хозяйств в большинстве случаев были вынуждены прибегать к займам у своих хозяев и оказывались в долговой от них зависимости. В период абсолютной монархии положение колонов осложнилось еще в связи с налоговой политикой императоров. Колоны были обложены натуральной податью, причем в налоговых документах они приписывались к соответствующим земельным участкам.

2. Эти обстоятельства приводили к тому, что, с одной стороны, землевладелец зорко следил за тем, чтобы его неоплатный должник — арендатор не уходил с участка, а с другой стороны, и государство было озабочено тем, чтобы земли не оставались без обра-

ботки и чтобы налоги с земли и подати с самого колона поступали исправно. На этой почве фактическое бесправие колонов стало превращаться в юридическое путем издания соответствующих постановлений. В IV в. закон запретил свободным арендаторам, сидящим на чужих землях, оставлять арендуемые участки, а землевладельцам было запрещено отчуждать свои земли отдельно от колонов, сидящих на них. В результате колоны из свободных (хотя бы формально-юридически) людей превращаются в крепостных, в «рабов земли». Колонат в этом смысле был зародышем феодализма.

На положение крепостных переводились иногда покоренные народы, переселявшиеся на римскую территорию. В некоторых провинциях (например, в Египте) подобного рода отношения были известны еще до завоевания этих провинций Римом. В колонат перерастало иногда также и пользование пекулием со стороны рабов, которые прикреплялись в этих случаях к земельным участкам. Последнее обстоятельство еще более стирало различия между рабом и крепостным колоном. Колон становится лицом, хотя и свободным, но очень близким по социальному и юридическому положению к рабу. Колон является связанным с землей, которую он сам не может оставить по своей воле и от которой не может быть оторван против своей воли. Колон имеет право вступать в брак, иметь собственное имущество. Но он прикреплен к земле, притом не только лично: дети его также становятся колонами. Подобно рабам колоны могли в отдельных случаях отпускаться на свободу, но это освобождение означало для них и «освобождение» от земельного участка, которым они кормились.

§ 7. Юридические лица

1. Римские юристы не разработали понятия юридического лица как особого субъекта, противопоставляемого лицу физическому, ввиду того что отношения, на почве которых возникают юридические лица, в римской жизни не были достаточно развиты. Тем не менее уже в законах XII таблиц упоминались различные частные корпорации — религиозного характера (*collegia sodalicia*), профессиональные объединения ремесленников и т.п. С течением времени количество корпораций (как публичного характера, так и частного) росло.

В древнереспубликанском праве еще не было имущества корпорации; это была общая собственность членов корпорации, но только неделимая, пока существовала корпорация. В случае прекращения корпорации имущество делилось между последним составом членов. Корпорация как таковая не могла выступать и в гражданском процессе.

Вместе с тем римские юристы стали обращать внимание на то, что в некоторых случаях имущество не принадлежит отдельным гражданам, а закрепляется за каким-то объединением или организацией так, что все это объединение в целом и отдельные его члены оказываются в отношении имущественных прав обособленными. Так, римский юрист Марциан замечает, что театры, ристалища и тому подобное имущество принадлежит самой общине как некоему целому, а не отдельным ее членам, и если община имеет раба, то это не значит, что отдельные граждане (члены городской общины) имеют какую-то долю права на этого раба¹. Другой юрист (Алфен)² приводил следующее сравнение.

Время от времени на корабле приходится сменять то одну часть, то другую; и может наступить момент, когда все составные части корабля сменяются, а корабль будет все тот же. Так утверждал Алфен, и в легионе одни выбывают, другие вновь вступают, а легион остается все тем же. Наконец, третий юрист (Ульпиан)³ говорил, что в корпоративном объединении (*universitas*) не имеет значения для бытия объединения, остаются ли в нем все время одни и те же члены или только часть прежних, или все заменены новыми; долги объединения не являются долгами отдельных его членов, и права объединения ни в какой мере не принадлежат отдельным членам объединения.

2. Таким образом, римские юристы отмечали тот факт, что в некоторых случаях права и обязанности принадлежат не отдельным лицам и не простым группам физических лиц (как это имеет место при договоре товарищества), а целой организации, имеющей самостоятельное существование, независимо от составляющих ее физических лиц. Это последнее положение наглядно выражается при сравнении *universitas* или *collegium* (корпорации) с товариществом

¹ D.1.8.6.1.

² D.5.1.76.

³ D.3.4.7.1–2.

(*societas*). Смерть одного из участников товарищества или его выход из состава товарищества влечет за собой прекращение товарищества; если даже оставшиеся товарищи будут продолжать то дело, для которого образовалось товарищество, это рассматривается юридически как молчаливое заключение нового товарищеского договора в ином составе. Напротив, смерть одного из членов *universitas* или выход из *universitas* никакого влияния на существование *universitas* не оказывает (разве лишь убыль членов будет так велика, что не окажется необходимого по закону минимального числа членов). Равным образом, вступление новых членов в *universitas* нисколько не изменяет этого объединения, тогда как присоединение к членам товарищества нового лица означает образование нового товарищества.

Еще одно различие: в товариществе у каждого из членов есть определенная доля в имуществе, которая при его выбытии выделяется ему; напротив, в *universitas* все имущество принадлежит самому объединению, и потому выбывающий член не имеет права требовать выделения какой-либо доли этого имущества.

3. Название «юридическое лицо» римскому праву не было известно; новейшие исследования¹ показали, что в латинском языке даже не было специального термина для обозначения учреждения². Римскими юристами не была разработана и сущность этого явления. Они ограничиваются лишь признанием факта принадлежности прав различным организациям. Они сравнивали эти организации с человеком, с лицом физическим, и говорили, что организация действует *personae vice* (вместо лица, в качестве лица), *privatorum loco* (вместо отдельных лиц, на положении отдельных лиц). В этом можно видеть зародыш «теории фикции юридического лица», наявившейся в Средние века и получившей распространение в буржуазной теории права³.

Отдельные примеры такого рода субъектов, встречающиеся в источниках: казна (республиканская — *aerarium*, императорская — *fiscus*), муниципии, различные союзы лиц одной профессии (булоч-

¹ См.: Eberhard F. Bruck. Ueber römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte. Berlin, 1954. С. 70.

² «Учреждения» появляются после принятия христианства под названием *piae causae* (благотворительные заведения).

³ Об этом см. в учебнике: Теория государства и права. М., 1955.

ников, мясников, ремесленников и т.д.), *decuriae apparitorum* (союз низших государственных служащих), благотворительные учреждения и др.

4. Возникновение юридических лиц. По законам XII таблиц допускалась почти полная свобода образования коллегий, ассоциаций и т.п. Члены подобного рода объединений были вольны принять для своей деятельности любое положение (устав), лишь бы в нем не было ничего нарушающего публичные законы¹. Этот порядок свободного образования коллегий, заимствованный, по словам Гая, из законодательства Солона, т.е. из греческого права, просуществовал до конца республики. С переходом к монархии свободное образование коллегий стало возбуждать подозрения со стороны принцев и оказалось политически неприемлемым. Еще Юлий Цезарь, воспользовавшись в качестве повода некоторыми злоупотреблениями, имевшими место на почве свободного образования коллегий, распустил все корпорации, кроме возникших в древнейшую эпоху. После этого Август издал специальный закон, по которому ни одна корпорация (кроме религиозных и некоторых привилегированных, например, похоронных товариществ) не могла возникнуть (с юридическим ее признанием) без предварительного разрешения сената и санкции императора (так называемая разрешительная система).

5. Прекращалось юридическое лицо с достижением цели его деятельности, с распадением личного состава (классические юристы признали в качестве минимального числа членов — трех), с принятием деятельности организации противозаконного характера.

6. Правоспособность юридических лиц в Риме понималась несколько своеобразно по сравнению с современным ее пониманием. Например, юридическое лицо признавалось способным иметь права патроната, носившие почти семейный характер, и не считалось (за немногими исключениями) способным получать имущество по наследству и т.п.

Дела юридического лица вели избравшиеся для этой цели (на основании устава) физические лица (по современной терминологии — органы юридического лица), например, в благотворительных учреждениях — *oecopotus*, в городских общинах — *actor* (D.3.3.74) и т.д.

¹ D.47.22.4.

Раздел IV

СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

§ 1. Римская семья. Агнатское и когнатское родство

1. Семья в древнейший известный нам период римской истории представляет, по словам Энгельса¹, законченный тип промежуточной патриархальной семьи, объединявший под властью главы семьи, *paterfamilias*, жену, детей, других родственников, кабальных, а также рабов. Термином *familia* обозначались первоначально рабы в данном хозяйстве, а потом — все относящееся к составу домашнего хозяйства: и имущество, и рабочая сила (жена, подвластные дети, рабы). Глава семьи и властелин древнейшей семьи — домовладыка, единственный полноправный гражданин, квирит (термин, производимый многими исследователями от греческого *kyrios* — «власть», т.е. имеющий власть).

2. Строй древнейшей семьи, равно как и институт права собственности, в ту пору еще отражает на себе черты первой, догосударственной, формации — черты первобытнообщинного строя, характеризующегося общественной собственностью на средства производства и на продукты производства. В догосударственную пору такой общиной

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 41.

в Риме являлся род — *gens*. С образованием государства внутри рода происходит имущественная дифференциация; власть внутри рода попадает в руки наиболее богатых семей, во главе каждой из которых стоял домовладыка.

Домовладыка первоначально имел одинаковую власть (*manus*) над женой, детьми, рабами, вещами; всех их — и жену, и детей, и имущество — домовладыка мог истребовать с помощью одинакового (так называемого виндикационного) иска. Лишь постепенно эта власть дифференцировалась и получила разные наименования: *manus mariti* (над женой), *patria potestas* (над детьми) и т.д.

3. Подчинением власти одного и того же *paterfamilias* определялось и первоначальное родство, так называемое *агнатское* родство. Поэтому дочь, выходящая замуж и поступавшая под власть нового домовладыки, переставала быть агнатской родственницей своего отца, братьев и т.д.; и, наоборот, постороннее лицо, усыновленное домовладыкой, становилось его агнатом.

4. В древнейшее время власть домовладыки была безгранична и потому сопровождалась полным бесправием подвластных. Постепенно, однако, эта власть стала принимать более определенные границы; одновременно личность подвластных стала постепенно получать признание в частном праве. Ослабление власти домовладыки явилось следствием изменения производственных отношений, разложения патриархальной семьи, развития торговли, предполагавших известную самостоятельность взрослых членов семьи.

По мере развития хозяйства и ослабления патриархальных устоев получало все большее значение родство по крови, так называемое *когнатское* родство, в конце концов полностью вытеснившее агнатское родство.

§ 2. Брак

1. *Понятие брака.* Семья образуется посредством брака. Брак определяется римским юристом Модестином как «союз мужа и жены, соединение всей жизни, общность божественного и человеческого права» (D.23.2.1). Это идеалистическое определение брака не соответствовало действительному положению: даже в классическую эпоху, когда римское право достигло наивысшего развития, женщина далеко не была равноправным товарищем своего мужа.

Римское право вплоть до Юстиниана различало *matrimonium iustum*, или *matrimonium iuris civilis*, — законный римский брак (между лицами, имевшими *ius conubii*, см. выше, разд. III, § 2, п. 2), и *matrimonium iuris gentium* — брак между лицами, не имевшими *ius conubii*. От брака отличается конкубинат — дозволенное законом постоянное (а не случайное) сожительство мужчины и женщины, однако не отвечающее требованиям законного брака. Конкубина не разделяла социального состояния мужа, дети от конкубины не подлежали отцовской власти. Несмотря на моногамный характер римской семьи, для мужчины в республиканскую эпоху считалось допустимым наряду с *matrimonium* с одной женщиной состоять в конкубинате с другой (напротив, всякое сожительство женщины с другим мужчиной, кроме мужа, давало в древнереспубликанском праве мужу право убить жену).

В доюстиниановом праве различали брак *cum manu mariti*, т.е. брак с мужней властью, в силу которой жена поступала под власть мужа (или его домовладыки, если муж сам был подвластным лицом), и брак *sine manu*, при котором жена оставалась подвластной прежнему домовладыке либо была самостоятельным лицом. Брак *sine manu* по внешности был похож на конкубинат, но отличался от него специальной *affectio maritalis* — намерением основать римскую семью, иметь и воспитывать детей (*liberorum quaerendorum causa*).

2. Условия вступления в брак.

(1). Необходимо было свободное согласие жениха и невесты, а если они находились под властью домовладыки, то также согласие домовладыки (впрочем, если домовладыка отказывал в согласии без достаточного основания, его можно было принудить через магистрат).

(2) Требовалось достижение брачного совершеннолетия (14 лет — для мужчин, 12 лет — для женщин).

(3) Не допускался брак лица, состоявшего в непрекращенном браке.

(4) Необходимо было, чтобы вступающие в брак лица имели *ius conubii* (см. выше, разд. III, § 2, п. 2). До Юстиниана на этом основании не могли заключить законного римского брака некоторые категории чужеземцев: брак между римским гражданином и чужеземкой считался недопустимым по политическим соображениям; целью этого запрещения было помешать чужеземке путем вступления по браку в семью римского гражданина получить права римского гражданства.

По законодательству Юстиниана, когда права римского гражданства имели почти все подданные Римского государства, отсутствие *conubium* могло быть следствием близкого родства или свойства (свойством называется отношение между одним из супругов и родственниками другого супруга).

3. Родство определяется по линиям и степеням. Лица, происходящие одно от другого (например, отец и дочь, внук и бабка), называются родственниками по прямой линии. Родственники по прямой линии, происходящие от данного лица, называются его нисходящими (сын, внук, правнук); наоборот, прямые родственники, от которых произошло данное лицо, называются его восходящими (отец, дед, прадед). Лица, происходящие не одно от другого, а от общего предка, называются родственниками по боковой линии; например, братья, дядя и племянник и т.д. Степень родства определяется числом рождений, устанавливающих родство двух данных лиц; например, дед и внук — родственники второй степени, двоюродные братья — четвертой степени (их общий корень — дед, от которого произошли, допустим, *A* и *B*, а от них — *C* и *D*, всего четыре рождения).

4. Брак признавался ничтожным между родственниками по прямой линии, а также между теми боковыми родственниками, из которых хотя бы один стоит к общему предку в первой степени родства (так, недопустим брак между братом и сестрой, между теткой и племянником и т.п.). Аналогичные правила применялись и к свойственникам; так, не допускался брак между одним из братьев и женой другого брата (умершего) и т.п.

5. Помимо изложенных условий законности брака предъявлялись еще некоторые специфические римские требования: например, провинциальный магистрат не мог вступать в брак с гражданкой данной провинции (этим запретом имелось в виду, с одной стороны, предупредить возможное давление на волю вступающих в брак, а с другой стороны, препятствовать усилению влияния магистрата посредством семейных связей).

6. Заключение брака. Брак в Риме заключался неформально: достаточно было выражения согласия вступающих в брак (конечно, в предположении, что все условия законного брака налицо) и отведения невесты в дом жениха. Если брак заключался *cum manu mariti* (с мужней властью), то для установления власти мужа требовалось совершение определенных формальных актов.

7. Брачный союз *прекращался*: а) смертью одного из супругов, б) утратой свободы одним из супругов, в) разводом. Развод в классическую эпоху был свободным и допускался как по обоюдному согласию супругов (*divortium*), так и по одностороннему заявлению отказа от брачной жизни (*repudium*). В период абсолютной монархии были установлены существенные ограничения развода. Развод по обоюдному согласию супругов был запрещен Юстинианом. Односторонние заявления о разводе были допущены в случае, если другой супруг нарушил верность, покушался на жизнь первого супруга или допустил какое-то другое виновное действие. Допускался развод и без вины другого супруга, но по уважительной причине (например, неспособность к половой жизни; желание поступить в монастырь, в чем сказалось влияние церкви). Односторонний развод без уважительной причины сопровождался наложением штрафа, но брак все же считался прекращенным.

§ 3. Личные и имущественные отношения между супругами

1. При браке *cum manu mariti* жена поступала под власть мужа на одинаковых основаниях с его детьми; она была *filiae loco* (на положении дочери). Первоначально власть мужа была неограниченной, но по мере развития хозяйственной жизни и на ее основе общего культурного развития власть мужа была введена в известные рамки, например, отпало право убить жену, продать в кабалу и т.д. Но принцип главенства мужа и подчинения жены проводился последовательно в течение всего того времени, пока существовала практика браков *cum manu*.

При браке *sine manu* жена остается под властью своего отца, т.е. остается в составе прежней семьи, а если до брака жена была самостоятельна (*persona sui iuris*), она сохраняла самостоятельность и по вступлении в брак. Тем не менее главенство мужа сказывалось и при браке *sine manu*. Жена получала имя и сословное положение мужа; местожительство мужа было обязательным местожительством и для жены; муж мог искомым порядком истребовать жену от всякого третьего лица, у которого она находилась, и т.п. Оба супруга были обязаны относиться друг к другу с уважением; поэтому, если один из супругов имел основание предъявить к другому иск, связанный для

ответчика с бесчестьем, этот иск заменялся другим, и т.п. Нарушение супружеской верности давало оскорбленному супругу основание для развода, приводило к решению в его пользу вопроса о возврате приданого (см. ниже, п. 3) и проч.; при этом последствия нарушения верности были гораздо тяжелее для жены, чем для мужа.

2. Имущественные отношения. При браке *sit tani* все имущество жены поступало в полную собственность мужа, сливаясь нераздельно с имуществом, принадлежавшим ему до брака. Даже в случае прекращения брака имущество, принесенное женой, не возвращалось ей; она получала лишь известную долю в порядке наследования в случае смерти мужа.

При браке *sine tani* имущество супругов оставалось раздельным. Даже простое управление имуществом жены принадлежало мужу при браке *sine tani* только тогда, когда жена сама передаст ему имущество для этой цели; в таком случае отношения между супругами определялись на основании договора-поручения.

Приобретения жены во время состояния в браке (*sine tani*) также поступают в ее имущество; впрочем, если относительно каких-либо вещей возникал спор между супругами по вопросу о праве собственности, то применялась презумпция, что каждая вещь принадлежит мужу, пока жена не докажет, что право собственности на данную вещь принадлежит ей.

3. Приданое. Этим термином обозначаются вещи или иные части имущества, предоставляемые мужу женой, ее домовладкой или третьим лицом *ad onera matrimonii ferenda*, для облегчения материальных затруднений семейной жизни.

В древнереспубликанский период, когда браки почти всегда были *sit tani*, специальной регламентации правового положения приданого не было. Поэтому, если не было особого соглашения по этому вопросу, то приданое не выделялось из всего остального имущества, приносимого женой, приданое полностью поступало в собственность мужа.

Когда вошли в практику браки *sine tani*, для приданого как имущества, передававшегося мужу, был установлен особый правовой режим. Приблизительно за два века до н.э. стало входить в правило заключать при установлении приданого устное соглашение с мужем (так называемую *cautio rei uxoriae*), по которому муж принимал на себя обязательство возвратить приданое в случае прекращения брака (вследствие ли развода или смерти супруга). При отсутствии тако-

го соглашения приданое юридически оставалось в имуществе мужа навсегда, но в силу бытовых воззрений муж считал себя обязанным оставлять его по завещанию в пользу жены. На случай, если брак прекратится разводом, претор стал давать жене иск о частичном возврате приданого в качестве штрафа за необоснованный развод.

В классический период (первые три века н.э.) приданое получает специальную регламентацию. В течение брака муж является собственником приданого, принципиально имеющим право распоряжения этим имуществом. Однако в ограждение интересов жены законом Августа было введено запрещение мужу отчуждать принесенные в приданое земельные участки, если нет прямо выраженного согласия на то жены. В случае прекращения брака приданое подлежит возврату. Если при установлении брака было заключено по этому поводу специальное соглашение, на его основе и давался иск о возврате приданого: обыкновенно это была *actio ex stipulatu* (иск из соглашения о возврате приданого), переходившая и на наследников жены; это был иск строгого нрава (см. выше, разд. II, § 4, п. 3), муж возвращал приданое безусловно и в полном размере. Если специального соглашения заключено не было, претор давал жене иск, так называемую *actio rei uxoriae*. Это был иск *bonae fidei* (см. там же); он давался жене, но не ее наследникам (так что, если брак прекращался смертью жены, приданое оставалось за мужем); возвращая приданое, муж имел право удержать известную его долю на содержание оставшихся при нем детей, на покрытие произведенных на дотальное имущество издержек в виде штрафа, если развод наступал по вине жены, и т.п.

При Юстиниане правила о возврате приданого были упрощены путем объединения двух названных исков. Независимо от того, было ли заключено соглашение о возврате приданого или нет, жена и ее наследники получают теперь *actio ex stipulatu*, по которой возвращается приданое полностью, но за вычетом суммы необходимых издержек, понесенных мужем.

4. В императорский период сложился обычай, по которому муж, получая приданое, со своей стороны делал соответствующий вклад в семейное имущество в форме дарения в пользу жены. Сначала это дарение совершалось до брака (так как дарения между супругами запрещались) и поэтому называлось предбрачным даром (*donatio ante nuptias*). Юстиниан разрешил совершать это дарение и во время брака, почему его стали называть *donatio propter nuptias* (дарение ввиду брака). По размеру это имущество соответствовало приданому.

Во время брака оно оставалось в собственности и управлении мужа; в случае расторжения брака по вине мужа оно переходило к жене; в договоре обыкновенно предусматривалось право жены требовать выдачи этого имущества также в случае смерти мужа.

§ 4. Отцовская власть

1. Гай (I.1.55) называет институт отцовской власти *ius proprium civium Romanorum* — строго национальным институтом римских граждан — и добавляет: «...едва ли существуют еще другие люди, которые имели бы такую власть над своими детьми, какую имеем мы, т.е. римские граждане».

Самостоятельным лицом (*persona sui iuris*) был только отец; сыновья и дочери были (*personae alieni iuris*) лицами чужого права.

Подвластный сын имеет и *libertas*, и *civitas*; в области публично-го права он стоит (если он взрослый) наряду с отцом, может занимать публичные должности (только не может быть сенатором). Но в семье он всецело подчинен отцовской власти, притом независимо от возраста, даже когда он уже состоит в браке и, быть может, имеет своих детей. Власть над детьми принадлежала именно отцу, а не обоим родителям.

2. Отцовская власть *возникает* с рождением сына или дочери от данных родителей в законном браке, а также путем узаконения или усыновления.

Всякий ребенок, рожденный замужней женщиной, считался сыном или дочерью ее мужа, пока не будет доказано противное (*pater est quem nuptiae demonstrant*, D.2.4.5, отец — тот, на кого указывает факт брака).

Отцовская власть могла быть установлена путем *узаконения* детей от конкубины. Узаконение есть признание законными детей данных родителей, рожденных ими вне законного брака. Узаконение могло быть произведено: а) последующим браком родителей внебрачного ребенка; б) путем получения соответствующего императорского рескрипта; в) путем зачисления сына в члены муниципального сената (курии), а дочери — путем выдачи замуж за члена муниципального сената (на членах муниципальных сенатов лежала обязанность пополнять из своих средств недоимки по налогам, вследствие чего это звание принималось неохотно, и императорам

приходилось вводить различные поощрительные меры; к их числу относилось и узаконение).

В отличие от узаконения, дававшего положение законных детей лицам, рожденным от данных родителей, но вне брака, *усыновление* устанавливало отцовскую власть над посторонним лицом.

Усыновление различалось двух видов: если усыновлялось лицо, не находящееся под отцовской властью (*persona sui iuris*), это называлось *arrogatio*; если же усыновление производилось в отношении лица, находящегося под отцовской властью (*persona alieni iuris*), оно называлось *adoptio*.

По праву Юстиниана *arrogatio* совершалось путем получения на то императорского рескрипта, *adoptio* — путем занесения в судебный протокол (*apud acta*) соглашения прежнего домовладыки усыновляемого с усыновителем в присутствии усыновляемого.

Необходимые условия усыновления: а) усыновлять может, как правило, только мужчина (женщина — в виде исключения, а именно если она до усыновления имела детей и их потеряла); б) усыновитель не должен быть подвластным (должен быть *persona sui iuris*); в) усыновитель должен быть старше усыновляемого не меньше чем на 18 лет (так как, по выражению римских юристов, «усыновление подражает природе», *adoptio naturam imitatur*, D.I.7.40.1).

В отношении *аррогации* требуется еще, чтобы магистрат произвел расследование обстоятельств дела и выяснил, не отразится ли усыновление невыгодно на интересах усыновляемого.

В результате *arrogatio* самостоятельное лицо поступает под отцовскую власть со всеми ее последствиями, в том числе со взаимным (между усыновителем и усыновленным) правом наследования. Последствием *adoptio* было прекращение родительской власти прежнего домовладыки и установление власти усыновителя.

3. Личные права и обязанности родителей и детей коренным образом были различны на разных этапах римской истории. В древнейшее время отец имел в отношении своих детей право жизни и смерти, право продажи детей и т.п. С течением времени эта суровая власть смягчалась. В конце концов власть отца свелась к его праву применять домашние меры наказания детей, к обязанности детей оказывать уважение родителям, в связи с чем дети не могли предъявлять к родителям порочащих исков, не могли вступать в брак без согласия родителей и т.п.

Родители и дети взаимно были обязаны в случае необходимости предъявлять друг другу алименты.

Отцу предоставлялся иск против всякого третьего лица, удерживающего его подвластного (так называемая *fili vindicatio*).

4. *Имущественное положение подвластных детей.* Подвластный сын имеет *commercium*, т.е. может совершать имущественные сделки. Но все, что он приобретает, осуществляя этот *commercium*, автоматически (независимо от его воли, в отличие от представительства, см. ниже, разд. VI, гл. III, § 5) поступает в имущество отца: по исконному римскому правилу подвластный «не может иметь ничего своего»¹. Однако обязанным по сделкам подвластного признавался он сам, хотя никакого собственного имущества подвластный в республиканский период не имел. В случае совершения подвластным правонарушения, деликта, потерпевшему давался (как и в случае правонарушения раба, см. разд. III, § 4, п. 3) особый иск, *actio noxalis* (от слов *noxae dedere* — «выдать головой для возмещения вреда»); отцу принадлежало право или уплатить потерпевшему сумму понесенного им ущерба, или выдать подвластного в кабалу потерпевшему на срок, необходимый для отработки суммы причиненного ущерба. Если правонарушитель переходил под власть другого домовладыки, то и ответственность по *actio noxalis* переходила на нового домовладыку: *noxae caput sequitur*, — ответственность следует за (виновным) лицом.

С развитием торговли, с оживлением хозяйственных связей такое положение стало невыгодным для самого домовладыки. Фактическая невозможность что-либо взыскать с подвластного и юридическая безответственность домовладыки по сделкам подвластного приводили к тому, что третьи лица не склонны были вступать в сделки с подвластными. Между тем хозяйственный интерес домовладыки требовал широкого использования подвластных (как и рабов) не только для совершения в хозяйстве различных фактических услуг и работ, но также и юридических действий. На этой хозяйственной основе, с одной стороны, расширяются имущественная правоспособность и дееспособность подвластного, а с другой стороны, признается ответственность домовладыки по сделкам подвластных.

Выше (разд. III, § 4) уже указывалось, что в Риме вошло в обычай выделять подвластному сыну, а равно и рабу имущество в само-

¹ Gai.2.87.

стоятельное управление: стадо, сельскохозяйственный участок и т.д. Такое имущество называлось *peculium*. На этой почве складывались такие же отношения, какие описаны выше по поводу рабского пекулия. Равным образом третьи лица, вступившие в сделки с подвластным, имели к домовладыке такие же дополнительные иски, какие давались из сделок рабов (*actio de peculio*; *actio de in rem verso*; *actio institoria*; *actio exercitoria*; *actio quod iussu*).

Пекулий — имущество, предоставляемое подвластному только в управление и пользование; собственником пекулия остается домовладыка. В случае смерти подвластного пекулий не переходит по наследству, а просто возвращается в непосредственное обладание отца. Наоборот, в случае смерти домовладыки пекулий переходит к его наследникам наряду со всем остальным его имуществом. Если подвластный сын освобождается от отцовской власти и отец при этом не потребовал возврата пекулия, пекулий остается подаренным сыну.

В связи с выделением пекулия подвластному произошли и некоторые другие изменения. Общим принципом древнеримского семейного права была недопустимость каких-либо обязательств внутри семьи ни между домовладыкой и подвластным, ни между подвластными одного и того же домовладыки.

В связи с практикой выделения подвластному пекулия было признано возможным установление обязательственных отношений между членами одной и той же семьи, но только эти обязательства не были снабжены исковой защитой, а были лишь «натуральными» (см. ниже, разд. VI, гл. I, § 2).

С течением времени наряду с названным видом пекулия, носившим название *peculium profecticium* — поступившим от отца, появились другие виды пекулия, значительно расширившие имущественную самостоятельность подвластных и сделавшие их настоящими участниками гражданского оборота. Именно в начале принципата появляется так называемый *peculium castrense* (военный пекулий), т.е. имущество, которое сын приобретает на военной службе или по поводу военной службы (жалованье, военная добыча, подарки при поступлении на военную службу и т.п.). Военный пекулий состоял не только в фактическом управлении подвластного, но и принадлежал ему на праве собственности, впрочем, с одним ограничением: если подвластный умирал, не оставив завещательного распоряжения относительно военного пекулия, это имущество поступало к домовладыке на тех же основаниях, как и обыкновенный пекулий.

С начала IV в. н.э. юридическое положение военного пекулия было распространено на всякого рода приобретения сына, сделанные на государственной, придворной, духовной службе, а также в качестве адвоката (*peculium quasicastrense*). Установлением права собственности подвластного сына на военный и квазивоенный пекулий расширение имущественной самостоятельности сына не остановилось. В период абсолютной монархии за подвластным признали право собственности на имущество, получаемое по наследству от матери и вообще приобретаемое с материнской стороны.

Право собственности сына на имущество матери ограничивалось лишь тем, что отцу принадлежало право пожизненного пользования и управления этим имуществом; впрочем, сын не подвергался и этому ограничению, если имущество было приобретено вопреки воле отца или если лицо, предоставившее имущество, поставило соответствующее условие. При Юстиниане развитие этого института закончилось так, что все, приобретенное подвластными не на средства отца, признано было принадлежащим подвластным.

Отцовская власть *прекращается*: а) смертью домовладыки (лица, состоящие под властью не непосредственно, например, внуки при живом их отце, со смертью домовладыки постунают под власть того, кто стоял между домовладыкой и подвластным, в данном примере — под власть отца); б) смертью подвластного (достижение совершеннолетия не прекращало отцовской власти); в) утратой свободы или гражданства домовладыкой или подвластным; г) лишением домовладыки прав отцовской власти (за то, что он оставил подвластного без помощи, и т.п.); д) приобретением подвластным некоторых почетных званий.

Отцовская власть прекращалась также эманципацией подвластного, т.е. освобождением из-под власти по воле домовладыки и с согласия самого подвластного. В праве юстинианового времени эманципация совершалась: а) получением императорского рескрипта, заносившегося в протокол суда; б) заявлением домовладыки, также заносившимся в судебный протокол; в) фактическим предоставлением в течение продолжительного времени самостоятельного положения подвластному.

Эманципация могла быть отменена ввиду неблагодарности эманципированного в отношении прежнего домовладыки, например, нанесения тяжких обид.

Раздел V

ВЕЩНЫЕ ПРАВА

Права вещные и обязательственные

1. Классификация имущественных прав на вещные и обязательственные права не упоминается у римских юристов. Они говорили о различии *actiones in rem* (иски вещные) и *actiones in personam* (иски личные) (см. выше, разд. II, § 4, п. 2).

Разграничение же вещных и обязательственных прав выработано позднейшими учеными, однако на материале, содержащемся у римских юристов. Так, классический юрист Павел¹ подметил различие двоякого положения лица, которому нужна какая-то вещь для удовлетворения той или иной потребности. Одно дело, если лицо приобретает себе необходимую вещь в собственность, другое дело, если оно договаривается с собственником вещи о том, что этот последний обязуется предоставить вещь в пользование первого лица на известный срок. Между этими двумя способами удовлетворения потребности в вещи разница не только в том, что в первом случае лицо приобретает вещь не на время, а навсегда, во втором же случае вещь предоставляется или на определенный срок, о котором договорились эти два лица, или впрямь до востребования со стороны того, кто предоставил вещь.

¹ D.44.7.3.

Еще важнее другое различие. Когда лицо приобретает вещь в собственность, оно получает возможность непосредственного воздействия на вещь (пользования вещью, уничтожения ее, передачи другому лицу и т.д.), непосредственного в смысле независимости от какого-либо другого лица. Напротив, во втором случае, когда лицо, нуждающееся в известной вещи, вступает в соглашение с ее собственником о том, что этот последний обязуется предоставить данному лицу свою вещь на некоторое время, возможность воздействовать на вещь и более ограниченная (пользоваться вещью, но не уничтожать ее), и условная: фактически вещь поступит к первому лицу лишь в том случае, если лицо, обязавшееся передать эту вещь, действительно ее передаст. Другими словами, тот, кому необходима вещь, не будет иметь непосредственной возможности воздействовать на вещь, как в первом случае, а только через посредство лица, обязавшегося ее дать; если это лицо не исполнит принятого на себя обязательства, с него можно по римскому праву потребовать возмещения убытков, причиненных его неисправностью, но нельзя принудить к передаче вещи.

2. В тех случаях, когда лицо имеет такое право на вещь, которое предоставляет его носителю возможность непосредственного воздействия на вещь (когда предметом права является вещь), право называется *вещным* (т.е. правом на вещь); в тех же случаях, когда у субъекта нет непосредственного права на вещь, а только есть право требовать от другого лица предоставления вещи, такое право называется правом *обязательственным*. Таким образом, различие вещных и обязательственных прав проводится по объекту права: если объектом права является вещь, то перед нами право вещное; если объектом права служит действие другого лица, так что субъект права может лишь требовать совершения условленного действия или воздержания от него, — это право обязательственное.

3. Из такого различия по объекту права вытекает то различие в защите, которое римские юристы выражают противопоставлением *actiones in rem* и *actiones in personam* (см. выше, разд. II, § 4, п. 2). Поскольку вещное право имеет объектом вещь, телесный предмет, а на телесный предмет может посягнуть каждый, вещное право защищается иском против всякого нарушителя права, кто бы им ни оказался; вещное право пользуется *абсолютной* (т.е. против всякого нарушителя) защитой (*actio in rem*).

Обязательственное право состоит в праве лица требовать от одного или нескольких, но точно определенных лиц совершения известного действия. Поэтому нарушителями обязательственного права могут быть одно или несколько определенных лиц, и только против них субъект права может предъявить иск (*actio in personam*). В этом смысле защита обязательственного права имеет *относительный характер*.

4. К вещным правам относится право собственности (в связи с которым изучается также фактическое владение вещью) и право на чужие вещи. В последнюю группу входят: сервитутное право, залоговое право (или право залога), а также эмпитевзис (вещное право долгосрочного, отчуждаемого, наследственного пользования чужим сельскохозяйственным участком за вознаграждение) и суперфиций (вещное долгосрочное, наследственное и отчуждаемое право пользоваться за вознаграждение строением на чужом городском земельном участке).

Владение

§ 1. Понятие и виды владения

1. Владение в смысле фактического обладания вещами является тем отношением, на почве которого складывался исторически институт права собственности. «Собственное основание частной собственности, владение, есть факт, необъяснимый факт, а не право. Лишь благодаря юридическим определениям, которые общество дает фактическому владению, последнее приобретает качество правового владения, частной собственности»¹.

Не забывая этой исторической связи «владения» и «права собственности» (оставившей свой след в разговорной речи, нередко отождествляющей эти два понятия), необходимо иметь в виду, что в более развитом римском праве «владение» и «право собственности» — различные категории, которые могли совпадать в одном и том же лице, но могли и разъединиться.

Владение представляло собой именно фактическое обладание, однако связанное с юридическими последствиями, прежде всего снабженное юридической защитой. Юридическая защита владения характерна тем, что она давалась вне зависимости

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 635.

от того, имеет ли данный владелец вещи право собственности на нее или нет.

2. Однако не всякое фактическое обладание лица вещью признавалось в римском праве владением. Проводилось различие между *владением* в точном смысле (*possessio, possessio civiles*) и простым *держанием* (*detentio*, иногда называвшимся *possessio naturalis*).

Для наличия владения (*possessio*) необходимы были два элемента: *corpus possessionis* (буквально — «тело» владения, т.е. само фактическое обладание) и *animus possessionis* (намерение, воля на владение). Однако не всякая воля фактически обладать вещью признавалась владельческой волей. Лицо, имеющее в своем фактическом обладании вещь на основании договора с собственником (например, получивший ее от собственника в пользование, на хранение и т.н.), не признавалось владельцем, а было держателем на чужое имя (*detentor alieno nomine*). Между тем нельзя сказать, что пользователь или хранитель вещи не имеет воли обладать вещью, — воля у него есть, но воля обладать *от имени другого*. Для владения же в юридическом смысле была необходима воля обладать вещью *самостоятельно*, не признавая над собой другого лица, воля относиться к вещи, *как к своей* (*animus domini*). Такая воля есть у подлинного собственника у лица, которое в силу добросовестного заблуждения считает себя за собственника, хотя на самом деле собственником не является (так называемый добросовестный владелец); наконец, у незаконного захватчика чужой вещи, прекрасно знающего, что он не имеет права собственности на данную вещь, и все-таки проявляющего волю владеть вещью как своей.

Напротив, такой владельческой воли, именно в смысле намерения относиться к вещи как к собственной, нет, например, у арендатора: он обладает вещью, обладает в своем интересе, но самим фактом платежа арендной платы он уже признает над собой юридическое господство собственника (лицо, относящееся к вещи как к своей, не станет платить кому-то за пользование этой вещью). Поэтому арендатор в римском праве считался держателем арендованной вещи на имя ее собственника.

Таким образом, *владение* (*possessio*) можно определить как *фактическое обладание лица вещью, соединенное с намерением относиться к вещи как к своей* (обладать независимо от воли другого лица, самостоятельно); *держание* же (*detentio*) — как *фактическое обладание вещью без такого намерения* (обладание на основе договора с другим

лицом, вообще несамостоятельное, а также и обладание ненамеренное, бессознательное и т.д.).

Практическое значение различия владения и держания выразилось в том, что в то время как владельцы (*possessores*) защищались от всяких незаконных посягательств на вещь непосредственно сами, арендатор как «держатель от чужого имени» мог получить защиту только через посредство собственника, от которого получена вещь. Этим вскрывается социальное значение такого построения: отсутствие собственной владельческой защиты арендатора, необходимость для него обращаться за помощью к собственнику позволяли собственнику тем сильнее осуществлять эксплуатацию арендатора, принадлежавшего обычно к малоимущим слоям населения.

3. Что касается *corpus possessionis*, то в более отдаленную эпоху в малоразвитом праве этот элемент владения понимался в грубом физическом смысле обладания (в руках, в доме, на дворе). В дальнейшем *corpus possessionis* стали понимать не так грубо, а более утонченно: стали признавать, что *corpus possessionis* имеется во всех тех случаях, когда при нормальных условиях для лица обеспечена возможность длительного беспрепятственного проявления своего господства над вещью. Такую общую формулировку позволяют дать многочисленные конкретные примеры, имеющиеся в источниках римского права. Так, римские юристы считали, что дикие звери и птицы лишь до тех пор остаются в нашем владении, пока они состоят под нашей охраной (в клетке и т.п.) и не вернулись в естественное состояние свободы; прирученное (домашнее) животное не выходит из нашего владения, даже если оно уйдет со двора, лишь бы оно не потеряло привычку возвращаться обратно; если передаются товары, находящиеся в кладовой, то достаточно простого вручения ключей от этой кладовой, чтобы получить *corpus possessionis* в отношении передаваемых товаров; и т.д.

Классический юрист Павел (D.41.2.1.21) не связывает *corpus possessionis* непременно с физическим держанием вещи: для наличия владения нет необходимости взять вещь *corpore et tactu* (буквально — «телом и прикосновением»), так сказать, забрать в кулак, осязая. По отношению к некоторым вещам (например, зданию, колоннам и т.п.) это вообще немыслимо; в таких случаях достаточно охватить вещь *oculis et affectu* (глазами и намерением). Так, римские юристы говорили, что, если кто хочет приобрести владение земельным участком, ему не нужно обходить *omnes glebas*, каждую пять зем-

ли, достаточно явиться хотя бы на одно место участка, лишь бы было намерение владеть всем участком. Юрист Цельз шел дальше и признавал достаточным для приобретения владения, чтобы передающий участок показал его приобретающему с какого-нибудь высокого места, например, с башни (D.41.2.18.2) и т.д.

Богатая казуистика, содержащаяся в Дигестах, позволяет определить *corpus possessionis* как такое положение лица в отношении вещи, в каком нормально находятся собственники в отношении своих вещей: если по нормальным условиям предполагается нахождение вещей в жилище собственника (например, платье, домашняя обстановка и т.п.), а если такого рода вещь находится в конкретном примере за пределами жилища, *corpus possessionis* ее признать нельзя; если же сложили бревна, кирпичи и т.д. даже не во дворе, а перед воротами дома, названные строительные материалы все же считаются находящимися в фактическом владении данного лица, потому что в жизни для этих вещей такое положение нормально, и т.д.

4. Владелец фактически проявляет вовне, законно или незаконно, собственническое отношение к вещи. Равным образом и предметом владения по римскому праву могли быть те же самые вещи, на которые возможно право собственности. Ввиду изложенного соотношения между владением и правом собственности в литературе римского права предлагалось (Иерингом) определить владение как «видимость собственности».

5. *Виды владения.* Владельцем вещи по умолчанию является ее собственник, так как по умолчанию вещи находятся в обладании тех, кому они принадлежат. Собственник имеет и право владеть вещью (*ius possidendi*). В этом смысле он является законным владельцем. Владельцы, фактически обладающие вещью с намерением относиться к ней как к собственной, но не имеющие *ius possidendi* (права владеть), признаются незаконными владельцами.

Незаконное владение, в свою очередь, может быть двух видов: незаконное добросовестное и незаконное недобросовестное владение.

Добросовестным владение в римском праве признается в тех случаях, когда владелец не знает и не должен знать, что он не имеет права владеть вещью (например, лицо, приобретшее вещь от несобственника, выдавшего себя за собственника). Примером недобросовестного владения может служить владение вора, который знает, что вещь не его, и тем не менее ведет себя так, как будто вещь принадлежит ему.

Различие добросовестного и недобросовестного владения имело значение в ряде отношений: так, только добросовестный владелец мог приобрести по давности право собственности (см. ниже, гл. III, § 3, п. 4); в тех случаях, когда собственник предъявлял иск об изъятии его вещи от фактического владельца, недобросовестный владелец вещи строже отвечал за сохранность вещи, за плоды от вещи и т.д., чем добросовестный владелец, и проч.

6. Принято выделять в особую группу несколько случаев владения, когда в силу особых причин владельческая защита давалась лицам, которых по существу нельзя признать владельцами в римском смысле слова; в литературе римского права принято в этих случаях говорить о так называемом производном владении. К числу производных владельцев относится, например, лицо, которому вещь заложена (см. ниже, гл. IV, § 7). Это лицо держит вещь не от своего имени, не как свою, а как чужую с тем, чтобы вернуть вещь собственнику, как только будет уплачен долг, обеспеченный залогом. Но если бы принявшего вещь в залог не признали владельцем, то получилось бы, что в случае нарушения его обладания вещью он мог бы оказаться беззащитным, так как сам он не имел бы владельческой защиты, а собственник, на имя которого лицо держит вещь, мог не оказать ему защиты, так как он заинтересован скорее истребовать вещь для себя. Эта особенность отношения привела к тому, что лицо, получившее вещь в залог, хотя и не имело *animus domini*, получило в виде исключения самостоятельную владельческую защиту.

Другой пример производного владения. Два лица спорят о том, кому из них принадлежит данная вещь. Не доверяя один другому, они передают вещь впредь до разрешения их спора в судебном порядке на сохранение какому-то третьему лицу (так называемая секвестрация). Это третье лицо вовсе не имеет намерения относиться к вещи как к своей. Оно держатель, но неизвестно, от чьего имени, так как о праве собственности на вещь идет спор; следовательно, в случае нарушений неизвестно, к кому же хранитель вещи (секвестор) должен обратиться за защитой. Поэтому за таким лицом была признана самостоятельная владельческая защита.

§ 2. Установление и прекращение владения

1. Римские юристы считали, что владение приобретается *corpore et animo*, но недостаточно одного *corpus* или одного *animus*. Это означа-

ет, что владение устанавливается для данного лица с того момента, когда у него соединились и телесный момент (*corpus possessionis*) в изложенном выше (§ 1, п. 3) смысле, и владельческая воля в смысле намерения относиться к вещи как к своей.

2. Установить и доказать *corpus possessionis*, факт обладания данного лица данной вещью, по общему правилу не представляет особых затруднений. Но как установить намерение, с которым данное лицо обладает вещью? Лицо является на земельный участок, вснахивает его, засеивает и т.д.; лицо обладает лошадью, ездит на ней и т.п. Как узнать, делает ли оно все это «с намерением относиться к вещи как к своей» или признавая над собой какого-то собственника, т.е. как простой держатель вещи?

Ответ наращивается сам собой: необходимо выяснить так называемую *causa possessionis*, т.е. то правовое основание, которое привело к обладанию лица данной вещью. Одно лицо получило вещь нутем покупки, сопровождавшейся вручением вещи от продавца; другое получило такую же вещь по договору найма во временное пользование. Осуществляя свое пользование, оба они совершают, быть может, одинаковые действия, но для первого лица эти действия являются показателем владельческой воли, а для второго они лишь выражение его зависимого держания.

По поводу этого критерия в литературе римского права выразилось следующее сомнение: поскольку вор в римском праве признавался хотя и незаконным, и недобросовестным, но все-таки владельцем, то неужели римское право требовало и допускало, чтобы лицо, просившее защитить его фактическое владение, ссылалось бы в доказательство своего владения на то, что оно вещь украло? Такое абсурдное положение не могло иметь места потому, что доказывать *causa possessionis* вообще прямо не требовалось. Исходным положением было то, что если лицо фактически пользуется вещью для себя, то предполагалось, что у него есть и намерение относиться к вещи как к своей. А если другая сторона желала это предположение опровергнуть, то ей и нужно было сослаться на то, что лицо получило вещь по такому основанию, которое исключает владельческую волю (например, что вещь получена по договору найма).

3. В отношении *animus possessionis* (владельческой воли) применялся принцип: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (D.41.2.3.19) — никто не может изменить сам себе основание владения. Названный принцип не имел такого смысла, что если лицо в данный момент об-

ладает вещь, допустим, по договору найма, и следовательно, является держателем вещи, то оно никогда и ни при каких условиях не может превратиться во владельца или, наоборот, владелец никогда не может стать держателем. Такая перекалфикация в практике бывала нередко. Например, лицо отдало другому свою вещь на хранение. Хранитель признавался держателем вещи. Но до истечения срока хранения он мог купить полученную на хранение вещь у того, кто передал ему ее на хранение. Для передачи права собственности по римскому праву недостаточно одного договора купли-продажи, нужна еще фактическая передача вещи. Однако в данном примере вещь уже находится у покупателя, она ему была передана по договору хранения. Бесцельно было бы требовать, чтобы хранитель вернул вещь продавцу, а тот вторично передал бы ее тому же самому лицу, но уже не как хранителю, а как покупателю. Вещь при указанной обстановке считалась нереданной на новом основании без новой фактической ее передачи (это называют *traditio brevi manu*, передача «короткой рукой»). Намерение обладателя вещи в силу нового основания (купля-продажа) считалось изменившимся: лицо из держателя превращалось во владельца.

Возможно обратное: лицо, являющееся одновременно и собственником, и владельцем вещи, продает ее, причем договаривается с покупателем, что в течение, например, месяца вещь останется у продавца (для пользования, хранения и т.п.). И в этом случае фактической передачи вещи не произошло, но в силу нового основания прежний владелец превращался в держателя (который будет держать вещь на имя покупателя); в Средние века такое превращение владельца в держателя назвали *constitutum possessorium*.

Таким образом, изменить основание владения было можно, но не простым изменением намерений лица, ни в чем не выразившемся вовне, а только путем совершения соответствующих договоров, как в приведенных примерах, или путем иных действий прежнего держателя в отношении владельца и т.п. Правило «никто не может изменить себе основание владения» понимается, следовательно, только в том смысле, что не считаются с одним изменением внутренних намерений лица, не проявившемся вовне.

4. Владение может быть приобретено не только лично, но и через представителя, т.е. через лицо, действующее от имени и за счет другого лица. Классический юрист Павел говорит по этому поводу так: «Мы можем приобрести владение через представителя, опеку-

на или попечителя. Но если названные лица приобретут владение от своего имени не с тем намерением, чтобы только оказать нам услугу, они не могут приобрести для нас. Наоборот, если сказать, что мы не приобретаем владение и через тех, которые захватывают владение от нашего имени, то оказалось бы, что не имеет владения ни тот, кому вещь передана (т.е. представитель), так как у него нет владельческой воли, ни тот, кто передал вещь, так как он уступил владение» (D.41.2.1.20).

Из этого видно, что для приобретения владения через представителя требовались следующие условия. Представитель должен был иметь полномочие приобрести владение для другого лица, будет ли это полномочие вытекать из закона, как у опекуна, или из договора. Давая представителю такое полномочие, лицо тем самым заранее выражало свою владельческую волю (*animus possessionis*). Другой элемент владения (*corpus possessionis*) осуществлялся в лице представителя; но требовалось, чтобы представитель, приобретая вещь, имел намерение приобрести ее не для себя, а для представляемого.

При наличии названных условий владение представляемого лица считалось возникшим в тот момент, когда представитель фактически овладел для него вещью, хотя бы в этот момент представляемый еще не знал о факте овладения вещью.

5. Прекращение владения. Владение утрачивалось с утратой хотя бы одного из двух необходимых элементов — *corpus possessionis* или *animus possessionis*. Так, владение лица прекращалось, как только вещь выходила из обладания лица (в указанном выше, § 1, п. 3, смысле) или лицо выражало желание прекратить владение (отчуждало вещь). Владение прекращалось в случае гибели вещи или превращения ее во внеоборотную вещь (см. ниже, гл. III, § 1, п. 6).

Если владение осуществлялось через представителя, то оно прекращалось помимо воли владельца в том случае, если прекратилась возможность обладания вещью и в лице представителя, и в лице представляемого, пока тот или другой из них еще могли проявлять свою власть над вещью, вещь считалась во владении представляемого.

§ 3. Защита владения

1. В отличие от держания владение пользовалось самостоятельной владельческой защитой. Характерная черта владельческой защиты за-

ключалась в том, что в процессе о владении не только не требовалось доказательства права на данную вещь, но даже и не допускалась ссылка на такое право. Для того чтобы получить защиту владения, необходимо установить факт владения и факт его нарушения. В источниках римского права эта мысль выражена с явным преувеличением: «Между собственностью и владением нет ничего общего» (D.41.2.12.1). Преувеличение здесь в том, что по умолчанию вещь владеет тот, кому она принадлежит на праве собственности; в этом смысле в большинстве случаев между владением и собственностью общее есть.

Поскольку во владельческом процессе доказывались только факты, а вопрос в том, кому принадлежит право на владение данной вещью, оставался в стороне, владельческий процесс являлся, с одной стороны, более легким в отношении доказывания претензии (доказать право собственности на вещь нередко представляет большие трудности); с другой стороны (в силу той же причины), владельческая защита имела только предварительный (или провизорный) характер: если в результате спора о владении вещь присуждалась не тому, кто имел на нее право, то этот последний мог затем предъявить свой собственнический иск (виндикацию). Если ему удавалось доказать свое право собственности (а не только факт владения), он мог истребовать вещь от фактического владельца.

Владельческая защита, построенная на выяснении одних только фактов (владения и его самоуправного нарушения), вне зависимости от вопроса о праве на владение данной вещью, называлась поссессорной (*possessorium*); защита прав, требующая доказательства наличия у данного лица права, называлась петиторной (*petitorium*).

2. В литературе римского права является спорным вопрос: как объяснить *основание*, по которому государство оказывало защиту владельцу, не проверяя правомерности его владения и даже не позволяя другой стороне в процессе ссылаться на свое право владеть данной вещью? Среди различных точек зрения, выражавшихся по данному вопросу, следует отметить две, пользующиеся наибольшим признанием.

Одно объяснение¹ сводится к следующему. Совпадение в одном лице и собственника, и владельца встречалось настолько часто

¹ Представители этой точки зрения: германский ученый *Иеринг*. Об основании защиты владения (рус. пер. 1883 г.); в русской литературе: *Муромцев С.А.* Очерки

в жизни, что можно было предполагать (пока не доказано иное), что, кто владеет вещью, тот и собственник, и обратно — раз у данного лица нет вещи во владении, следовательно, ему не принадлежит и право собственности. Исходя из нормального, постоянно наблюдаемого в жизни совпадения в одном лице владельца и собственника, государство в целях наилучшей защиты собственника облегчало его положение как владельца тем, что охраняло владение, не требуя доказательств права собственности и не позволяя затягивать процесс ссылкой ответчика на его право собственности. Если же в отдельном конкретном случае оказывалось, что вещь находилась во владении незаконного владельца, который получил защиту благодаря указанной особенности владельческого процесса, то претендующему на эту вещь лицу предоставлялась возможность прибегнуть к петиторному процессу, доказать свое право собственности и истребовать вещь. Это объяснение во многом соответствует нормам римского права: владельцами по римскому праву могли быть только те же лица, которые были способны приобретать право собственности; предметами владения признавались только вещи, на которые могло быть право собственности (нельзя владеть публичной дорогой, общественным театром и т.п.).

Другое часто встречающееся объяснение сводится к тому, что упрощенная владельческая защита была одной из мер борьбы с самоуправством¹. Фактически сложившиеся отношения не должны нарушаться по усмотрению отдельных лиц, считающих, что вещи должны находиться во владении не тех, кто ими фактически обладает, а в их владении. Изменение фактического положения вещей возможно только через посредство суда, т.е. путем предъявления иска. Если же лицо посягало на чужое фактическое владение помимо суда, государство ограждало владельца, даже если он и не имел права на владение. Это объяснение можно было бы признать удовлетворительным, например, для современного буржуазного права, не различающего «владельцев» и «держателей». Но применительно к римскому праву оно не соответствует той особенности римского права, что зна-

общей теории гражданского права (1877 г.); *Он же*. Гражданское право древнего Рима (1883 г.).

¹ Представители этой точки зрения: *Savigny*. Das Recht des Besitzes. 1-е изд. 1803; в русской литературе: *Покровский И.А.* История римского права. 1917.

чительные массы фактических обладателей вещей, но являющихся только держателями, не пользовались владельческой защитой.

При этом объяснении остается без ответа вопрос, почему самоуправное посягательство на обладание вещью держателя (например, хранителя вещи, арендатора и т.п.) является менее опасным и не дает этому фактическому обладателю вещи основания получить скорую и облегченную защиту.

Таким образом, более правдоподобным объяснением основания посессорной защиты в римском праве надо признать первое из двух, изложенных выше.

3. Владение защищалось не исками (*actiones*), а интердиктами (см. разд. II, § 5, п. 2).

Владельческие интердикты давались или для того, чтобы защитить от самовольных посягательств на вещь владельца, еще не утратившего владения, т.е. чтобы удержать за ним владение (это *interdicta retinendae possessionis* — интердикты «об удержании владения»), или же для того, чтобы вернуть утраченное владение (*interdicta recuperandae possessionis* — интердикты «о возврате владения»).

Классическое право знало два интердикта, направленных на удержание владения: *interdictum uti possidetis*, для защиты владения недвижимостью, и *interdictum utrubi*, для защиты владения движимой вещью. *Interdictum uti possidetis* назван так по начальным словам преторской формулировки интердикта «как вы теперь владеете... так и должно остаться, я (претор) не позволю применять насилие, направленное на изменение существующего владения». По интердикту *uti possidetis* защита обеспечивалась не всякому владельцу, а только тому, кто владеет недвижимостью, *nec vi nec clam nec precario ab adversario*. Это значит, что владельческая защита не дается тому, кто захватил недвижимость силой (*vi*), от того, кто является другой стороной в процессе (*ab adversario*), не дается, далее, защита тому, кто захватил недвижимость тайно (*clam*) по отношению к другой стороне — противнику в процессе; наконец, не получает защиты тот, кто получил недвижимость от противника в процессе в пользование до востребования (*precario*) (D.43.27.1. пр.).

Таким образом, если незаконный захватчик недвижимости просил защитить его владение от посягательств не того лица, у которого он незаконно захватил эту недвижимость, а от посягательств со стороны какого-то третьего лица, то незаконный захватчик получал защиту с помощью интердикта *uti possidetis*. Если же его противником

в процессе был как раз тот, в отношении кого у него имеется один из трех названных пороков владения (получение вещи *vi, clam* или *precario*), то по интердикту *uti possidetis* недвижимость присуждалась во владение другой стороне.

В последнем случае исход дела был таков, что интердикт, предъявленный одним лицом для удержания своего владения, приводил к возвращению владения другой стороне в процессе. Это необычно для гражданского процесса: гражданский процесс вообще кончается или присуждением в пользу истца, или отказом в иске, но не присуждением в пользу ответчика, как в данном случае.

Поэтому интердикт *uti possidetis* называют «двойным» в том смысле, что хотя здесь есть, конечно, заявитель, инициатор процесса, но нет истца и ответчика; каждая сторона может оказаться на положении ответчика. *Interdictum utrubi* также получил название по начальному слову интердикта: «Где (*utrubi*, т.е. у кого из сторон) вещь...» и т.д. Интердиктом *utrubi* защищалось владение движимыми вещами. Защита давалась тому, кто за последний год провладел вещью больше времени, притом получил вещь в отношении другой стороны без тех же трех пороков, которые служили препятствием для защиты и по предыдущему интердикту (D.43.31.1). Таким образом, и *utrubi* был интердиктом «двойным»; процесс и в этом случае мог закончиться закреплением владения не за тем, кто предъявил интердикт, а за другой стороной.

При Юстиниане давался единый интердикт для удержания владения, а именно *uti possidetis*, как для защиты владения недвижимыми, так и движимыми вещами.

В другую категорию владельческих интердиктов, а именно интердиктов для возврата владения (*recuperandae possessionis*), относились интердикты *unde vi* и *de precario*. *Interdictum unde vi* дается юридическому владельцу недвижимостью, насильственно (*vi*) лишенному владения. В процессе по интердикту *unde vi* не допускалась не только ссылка ответчика на свое право собственности, но даже и ссылка на то, что лишившийся вследствие насилия владения недвижимостью сам приобрел владение *vi, clam* или *precario* в отношении ответчика. В случае подтверждения факта насильственного отнятия у истца недвижимости ответчик по интердикту *unde vi* присуждался к возвращению истцу недвижимости со всеми плодами и приращениями (за время после отнятия владения) и к возмещению убытков (D.43.16.6 и др.).

При Юстиниане *interdictum unde vi* был распространен и на случай тайного самовольного захвата недвижимости в отсутствие владельца (С.8.4.11).

Interdictum de precario давался лицу, предоставившему свою вещь другому в так называемое прекарное пользование, т.е. в бесплатное пользование до востребования, если лицо, взявшее вещь на этих условиях, не возвращало ее по первому требованию. Этот интердикт не являлся последовательно поссessorным, так как в случае его предъявления ответчик мог выставить в качестве возражения не только ссылку на невозможность вернуть вещь, наступившую помимо вины ответчика, но также и ссылку на то, что в данное время ответчик — уже собственник вещи (D.43.16.2. рг. 4, § 3 и др.).

4. Добросовестный владелец, помимо интердиктов, имел еще специальное средство защиты — *actio in rem Publiciana*. Этот иск давался лицу, владение которого отвечало всем требованиям, необходимым для приобретения вещи по давности, за исключением лишь истечения давностного срока (см. ниже, гл. III, § 3, п. 4). Для того чтобы дать такому владельцу защиту, претор включал в формулу иска предписание судье предположить, что истец провладел давностный срок и, следовательно, приобрел право собственности.

Таким образом, *actio Publiciana* служит примером «иска с допущением фикции» (см. разд. II, § 4, п. 5).

Поскольку *actio Publiciana* предполагала добросовестность владения истца, а также законный способ приобретения владения (не приведший к приобретению права собственности только в силу некоторого обстоятельства, например, потому, что отчуждатель вещи сам не имел на нее права собственности), этот иск нельзя назвать владельческим (поссessorным) средством защиты; скорее это средство защиты *права* (так называемое петиторное средство).

Добросовестный владелец получал защиту по *actio Publiciana* только против недобросовестных владельцев, но не против собственника или такого же, как и истец, добросовестного владельца. *Actio Publiciana* давалась также для защиты так называемого «преторского собственника» (об этом см. ниже, гл. III, § 1, п. 5).

Право собственности

§ 1. Понятие права собственности и развитие этого института в Риме

1. Основоположники марксизма-ленинизма характеризуют римское право как систему права, построенного на начале частной собственности.

«Римляне, собственно, впервые разработали **право частной собственности**, абстрактное право, частное право, право абстрактной личности»¹.

«Римское право (говорит Энгельс) настолько является классическим юридическим выражением жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует чистая частная собственность, что все позднейшие законодательства не могли внести в него никаких существенных улучшений»². В «Анти-Дюринге» Энгельс называл римское право наиболее совершенной... формой права, покоящегося на частной собственности»³.

Исторически индивидуальной собственности отдельного гражданина предшество-

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. I. С. 635.

² Там же. Т. XVI. Ч. 1. С. 446.

³ См.: Там же. Т. XIV. С. 104.

вала общественная собственность племени, родового объединения, семьи.

2. В развитии римского права особенно большое значение имело право собственности на землю. В одном из писем к Ф. Энгельсу¹ К. Маркс высказал такое мнение, что внутреннюю историю Рима до эпохи Августа «...можно целиком свести к борьбе мелкого землевладения с крупным, разумеется вводя те модификации, которые обуславливаются существованием рабства».

Земля с самого начала римской истории стала сосредоточиваться в руках патрициев, а плебеи-земледельцы страдали от малоземелья. Можно считать установленным², что борьба плебеев с патрициями представляла собой на первом плане именно борьбу за землю, и лишь наряду с этой борьбой шла борьба за расширение политических прав плебеев.

В республиканский период одновременно существовали и государственная, общинная, и частная собственность на землю. «Общинная собственность — в качестве государственной собственности *ager publicus* отделена... от частной собственности»³.

Развитие рабовладения, а также ростовщичества имело последствием преимущественное развитие частной собственности. В руках богатых патрициев сосредоточивались большие земельные владения (латифундии). В частности, богатые патриции увеличивали свое землевладение путем захвата земель за счет *ager publicus*. Завоевательные войны очень расширили этот государственный земельный фонд. Земля из состава *ager publicus* формально могла быть получена только во временное пользование, но каждым гражданином. Однако фактически эту землю захватывали только богатые, так как только у них были средства, необходимые для освоения земли. К тому же ввиду влияния этих людей государство не отбирало у них землю, и временное пользование превращалось в право собственности.

Параллельно с образованием крупных землевладений (латифундий) шло обезземеливание мелких крестьян. Крупное землевладение, пользовавшееся дешевым рабским трудом, производило настолько

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XXII. С. 89 — письмо Маркса к Энгельсу от 8 марта 1855 г.

² См.: Машкин Н.А. История древнего Рима. М., 1949. С. 127.

³ Маркс К. Формы, предшествующие капиталистическому производству // Вестник древней истории. 1940. № 1. С. 19.

дешевый хлеб, что мелкое крестьянское хозяйство не могло с ним конкурировать. К тому же на рынке стал появляться дешевый заморский хлеб. Кроме того, именно крестьянство вынесло на себе тяжесть продолжительных войн; в крестьянском хозяйстве в результате войн оказалось и сокращение рабочих рук, и запустение земель. Скольконибудь развитого кредита в Риме не было. Поэтому для мелкого, да и среднего крестьянства не было другого пути, кроме продажи своей земли богатым людям и превращения в пролетариев (в понимании того времени пролетарий — неимущий человек, который не может дать государству ничего, кроме *proles*, своего потомства, своих детей, который живет на помощь от государства в виде бесплатной раздачи хлеба и т.п. или на подачки от богачей, которым пролетарии продавали свой голос на выборах).

3. Для обозначения права собственности в Риме пользовались термином *dominium*, а примерно с конца республиканского периода — также *proprietas*. Термин *dominium* обычно добавляется словами *ex iure Quiritium*, т.е. по праву квиритов, римских граждан; этим добавлением обозначали, что право собственности (главным образом на землю) первоначально принадлежало римскому народу, а затем в виде права частной собственности — римским гражданам.

Право квиритской собственности было недоступно для перегринов и не распространялось на провинциальные земли.

4. Земли вокруг Рима, а затем — вообще италийские, равно как рабы и скот, служившие для обработки земли, были наиболее ценными в хозяйстве римского крестьянина, были его основными средствами производства. Названные важнейшие вещи носили наименование *res mancipi* (этот термин происходит от слов *manus* — «рука» и *capio* — «беру», однако, как видно из названных категорий *res mancipi*, нельзя сказать, что это такие вещи, которые можно забрать в руки; *manu capere* означало «захватить своей рукой», своевольно; видимо, в самые отдаленные времена происходил односторонний захват этих вещей).

Другие вещи, кроме перечисленных, назывались *res nec mancipi*.

Практическое значение этого деления вещей состояло в том, что приобретение права собственности на вещь, принадлежащую к числу *res mancipi*, не могло происходить путем неформальной передачи такой вещи собственником другому лицу; для этой цели требовалось совершение либо манципации, т.е. торжественного обряда, предположившего наличие передаваемой вещи или ее символа (на-

пример, комка земли как символа земельного участка) и состоявшего в произнесении особых формул в присутствии пяти свидетелей и весовщика, взвешивании на весах металла и проч., либо *in iure cessio* (буквально — «уступка на суде»), т.е. посредством мнимого судебного спора.

Формы *mancipatio* и *in iure cessio* имели место во всех отраслях частного права (включая и право семейное). В этих формальностях, которые требовались при отчуждении *res mancipi*, некоторые исследователи усматривают общественный контроль, т.е. пережиток эпохи общественной собственности, а отсюда делают вывод, что право индивидуальной собственности на *res mancipi* возникло позднее, чем на другие вещи. Однако в сохранившихся источниках познания римского права нет надежных данных для суждения о происхождении деления вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi*. Введение такого сложного обряда, как манципация, некоторые исследователи объясняют тем, что римский законодатель в интересах сохранения крепкого крестьянского хозяйства стремился сложной формой отчуждательной сделки предупредить легкомысленное отчуждение самого необходимого в хозяйстве имущества.

Ко времени абсолютной монархии различие *res mancipi* и *res nec mancipi* отпало. Составители кодификации Юстиниана даже произвели соответствующие изменения классических текстов (интерполяции, см. выше, разд. I, § 5, п. 6); например, слово *mancipatio* заменили словом *traditio*, означавшим неформальную передачу вещи.

5. Когда римское общество утратило прежний патриархальный характер, когда хозяйственная жизнь стала более развитой, оборот — более оживленным, подвижным, соблюдение сложных форм манципации и *in iure cessio* стало крайне затруднительным. Нередки стали такие случаи, когда при отчуждении *res mancipi* вещь просто (без всяких формальностей) передавалась отчуждателем (например, продавцом) приобретателю (покупателю). Однако по цивильному праву получалось, что, поскольку не исполнена ни манципация, ни *in iure cessio*, вещь (несмотря на ее передачу и даже несмотря на уплату приобретателем покупной цены) продолжала оставаться в собственности отчуждателя (продавца).

Такой вывод не соответствовал принципам действующего права, так как приводил к тому, что продавец, получивший за проданную и переданную вещь ее цену, мог истребовать вещь обратно от покупателя, а возможность такого результата нарушала прочность деловых

отношений, вселяя неуверенность и подрывая стимулы к совершению приобретательных сделок. Положение было исправлено без отмены гражданского требования сложных формальных способов приобретения *res mancipi*, а в порядке регулирования претором дела защиты частных прав. Именно в тех случаях, когда отчуждатель вещи, не смущаясь тем, что он сам же эту вещь продал и передал приобретателю, предъявлял, опираясь на сохранившееся за ним формально право квинритской собственности, свой собственнический иск (виндикацию) об истребовании вещи, претор по просьбе приобретателя вещи (ответчика) приходил последнему на помощь. Именно он включал в формулу иска эксцепцию, что вещь должна быть присуждена истцу лишь при том условии, если она не была им продана и передана ответчику; потому такая эксцепция и называлась *exceptio rei venditae et traditae*; другое ее название — *exceptio doli*, т.е. возражение о том, что истец, предъявляя свою виндикацию, поступает недобросовестно.

Таким образом, претор защищал приобретателя вещи от виндикационного иска собственника. Однако положение приобретателя продолжало оставаться непрочным; он мог утратить вещь при таких обстоятельствах, что защитить свои интересы в порядке владельческого интердикта было невозможно, а собственнического иска он предъявить не мог, так как по гражданскому праву собственником оставался отчуждатель вещи. Поэтому приобретателю, не оформившему приобретения права собственности, преторский эдикт предоставил особый иск — *actio in rem Publiciana*. В формуле этого иска претор предлагал судье удовлетворить иск, если окажется, что, провладей истец установленный давностный срок (см. ниже, § 3, п. 4), он стал бы квинритским собственником данной вещи, т.е. в формулу вводилась фикция (как будто истец провладел давностный срок); следовательно, этот иск являлся одним из примеров *actio ficticia*.

Actio Publiciana в этом случае давалась против любого лица, у которого оказывалась вещь (абсолютная защита). Разумеется, если вещь попадала во владение квинритского собственника и приобретателю приходилось предъявлять свою *actio Publiciana* к квинритскому собственнику, последний выставлял против иска ссылку на свое квинритское право (*exceptio iusti domini*). Однако претор обессиливал это возражение, давая истцу реплику, что «вещь продана и передана».

В итоге оказывалось, что лицо, приобретшее вещь без соблюдения требуемых формальностей, получало всестороннюю защиту как

в случаях, когда ему приходилось выступать в качестве ответчика, так и в тех случаях, когда он должен был выступать истцом. Вследствие этого хотя приобретатель вещи (при указанных выше обстоятельствах) и не становился собственником, но вещь прочно закреплялась в его имуществе, *in bonis*; отсюда пошло обозначение данного отношения термином «бонитарная», или иреторская, собственность (другой пример подобного рода отношения см. в разд. VIII, гл. I § 1, п. 2 о наследственном праве).

6. Параллельно с развитием бонитарной собственности создался особый институт (в конце республики) — право собственности перегринов (получивших особые иски в эдикте *praetor peregrinus*) и право собственности на земли в провинциях. С развитием оборота эта перстрота видов права собственности стала неудобной.

Различие права собственности квиристов и перегринов смягчалось по мере ассимиляции *ius civile* и *ius gentium* (см. Введение, § 1, н. 5); различие права собственности на италийские земли и земли в провинциях теряло свое значение в связи с предоставлением *ius Italicum* провинциальным городам, с одной стороны, и с распространением земельного налога (*vectigal*), первоначально взимавшегося только с провинциальных земель, на земли италийские, с другой стороны. Постепенно сглаживалась разница между квиритской и бонитарной собственностью, равно как утрачивало значение деление вещей *res mancipi* и *res nec mancipi*. В результате получалось единое (по выражению классиков марксизма — абстрактное) право собственности, перешедшее в последующие эксплуататорские формации.

7. Не всякая вещь могла быть предметом права частной собственности; наряду с этим не всякая вещь, принадлежащая лицу на праве частной собственности, могла быть предметом распоряжения или, как нередко выражаются, быть предметом оборота. Так, например, текущая вода (*aqua profluens*) как вечно изменяющаяся в своем составе, воздух (атмосфера), как не поддающийся исключительному (обособленному) обладанию по своей беспредельности, не состояли ни в чьей частной собственности, являлись *res omnium communes* («общими всеми вещами»), разумеется, до тех пор, пока не произошло «обособление»; вода, взятая из реки в бочку, составляла обычный предмет частной собственности. Такие вещи, как яды, а в римских условиях — запрещенные книги, находясь в частной собственности граждан, не могли быть предметом оборота. Обе эти категории вещей, т.е. те вещи, которые не могут быть предметом права частной

собственности, и те вещи, которые не могут быть предметом распоряжения (оборота), охватывались одним общим наименованием — *res extra commercium* (вещи, изъятые из оборота); остальные вещи в противоположность изъятым из оборота назывались вещами, находящимися в обороте, *res in commercio*.

Кроме названных выше примеров вещей, изъятых из оборота, к этой категории относились также: *res divini iuris* — вещи, предназначенные служить религиозным целям (храмы, жертвенники) или вообще признаваемые священными (городские стены, могилы и др.); *res publicae* — государственные вещи, предназначенные служить государственным целям (например, крепости, тюрьмы и т.д.), в том числе и такие, на которые установлено общественное пользование, *usus publicus*, каковы: публичные дороги, публичные реки, театры и т.п. (D.18.1.6 пр.).

Res publicae не только не состояли в собственности граждан; они не предмет частной собственности и Римского государства или римской общины. Публичные вещи были изъяты из частной собственности и из частного оборота. Это сказывалось, между прочим, в том, что если римский магистрат сдавал такую публичную вещь в аренду, отношение рассматривалось не как сделка частного права, а как административное распоряжение.

§ 2. Содержание права частной собственности

1. Право собственности является наиболее широким по объему правом на вещь. Римские юристы не оставили точного определения права собственности, но упоминали об основных правомочиях собственника. Собственнику принадлежало *ius utendi* (право пользования вещью), *ius fruendi* (право извлечения плодов, доходов), *ius abutendi* (право распоряжения). К этим элементам содержания права собственности можно было бы добавить *ius possidendi* (право владеть вещью), *ius vindicandi* (право истребовать вещь из рук каждого ее фактического обладателя, безразлично, владельца или держателя).

2. Однако перечень отдельных правомочий собственника не является и не может являться исчерпывающим. Принципиальный взгляд римских юристов на право частной собственности таков, что собственник имеет право делать со своей вещью все, что ему прямо не запрещено.

Отсюда следует, что при всей широте права собственности оно не является все-таки неограниченным. С древнейших времен был установлен ряд *законных ограничений* права собственности, главным образом на недвижимости. Так, например, еще по законам XII таблиц собственник земли обязан был допускать на свою землю соседа для сбора (через день) плодов, упавших с соседнего участка; каждый из соседей должен был терпеть проникновение на свою землю всякого рода *immissiones* (дыма, пара, копоти и т.д.) с соседнего участка, если такого рода «воздействие» вызывалось нормальным использованием соседнего участка.

§ 3. Приобретение и утрата права частной собственности

1. Факты, с наступлением которых лицо приобретает право собственности, называются *способами* приобретения права собственности (*modus acquirendi*), а те юридические факты (в особенности сделки), которые служат основанием для приобретения права собственности, называются *титолом* приобретения (*titulus acquirendi*).

Способы приобретения права собственности делятся на первоначальные и производные. Первоначальным называется такой способ приобретения, при котором право приобретателя устанавливается независимо от предыдущего права на данную вещь. К этой категории относятся прежде всего такие способы приобретения, с помощью которых приобретается вещь, никому не принадлежащая (захват бесхозяйных вещей), а затем — и такие, когда у приобретаемой вещи есть собственник, но право приобретателя возникает совершенно независимо от этого предыдущего права (приобретения по давности владения, см. ниже, п. 4).

При производном способе приобретения право приобретателя основывается на праве предшествующего собственника, выводится из его права.

Практическое значение различия первоначальных и производных способов приобретения вытекает из того, что, поскольку при производном способе право передается одним собственником другому, получает применение правило: «Никто не может передать другому больше прав, чем имел бы сам». При первоначальном приобретении права собственности нет «проводателя», ограниченность

правомочий которого могла бы отразиться на содержании права приобретателя.

2. Производное приобретение. Важнейшим и наиболее распространенным способом приобретения права собственности была передача вещи (*traditio*). Разумеется, не всякая передача вещи вела к переходу права собственности от одного лица к другому. Когда собственник отдавал свою вещь на хранение, в пользование, в заклад, он также совершал передачу, но в этих случаях передача не сопровождалась переходом права собственности. Переход права собственности посредством традиции имел место только тогда, когда вещь передавалась и принималась с намерением передать — получить ее в собственность. Таким образом, *традицию как способ приобретения права собственности можно определить как передачу одним лицом другому фактического владения вещью с целью передачи права собственности на эту вещь.*

Римское право отчетливо разграничивало обязательственный договор об отчуждении вещи (куплю-продажу) и само отчуждение в смысле перехода права собственности (передачу вещи). *Traditio*, или передача вещи, также была договором, так как предполагала соглашение между передающим вещь и принимающим, но договором, имеющим вещноправовые последствия — переход права собственности. Если в этом отношении воля передающего и воля принимающего не соответствовала одна другой, *traditio* не могла привести к переходу права собственности от одного лица к другому.

Сложнее обстояло дело, если по вопросу о переходе права собственности соглашение сторон достигнуто, но было разногласие относительно цели традиции (*causa*). По этому вопросу в сочинениях различных юристов даются различные ответы. Так, юрист Юлиан (D.41.1.36) приводит такие примеры: передается земельный участок, причем передающий имеет в виду передачей участка исполнить волю завещателя, а принимающий считает основанием передачи обязательство по договору; передается денежная сумма, причем передающий преследует цель дарения, а принимающий берет деньги взаймы. Юлиан высказывается в том смысле, что это разногласие относительно цели передачи не препятствует переходу права собственности от одного лица к другому. Напротив, Ульпиан (D.12.1.18 pr.) рассуждал так, что, поскольку в последнем случае нет соглашения ни о передаче в дар, ни о передаче взаймы, традиция не имеет силы.

Это разногласие юристов сводится к тому, является ли *traditio* сделкой абстрактной (т.е. отвлеченной от преследуемой в конкретном случае цели, *causa*, и потому приводящей к переходу права собственности независимо от осуществления цели) или же сделкой каузальной (т.е. предполагающей для своей действительности осуществление цели, *causa*, откуда и название «каузальная сделка»). Юлиан стоял на точке зрения абстрактности традиции; точка зрения Юлиана может быть признана господствующей в литературе римского права.

Таким образом, *traditio* как способ приобретения права собственности предполагала следующие элементы: а) переход владения вещью к приобретателю по воле отчуждателя; б) так называемую легитимацию на передачу, т.е. право передающего вещь на ее отчуждение, такое право нормально принадлежит собственнику, но уполномочен на отчуждение иногда и не собственник (заложенный кредитор); в) соглашение сторон о том, что владение вещью передается для перенесения права собственности на передаваемую вещь; г) не должно быть запрещения для передающего вещь отчуждать ее (например, такое запрещение было установлено для мужа в отношении отчуждения земельного участка, полученного им в приданое за женой; см. разд. IV, § 3, п. 3).

3. Первоначальное приобретение. Захват бесхозной вещи (*occipatio rei nullius*). В римском праве существовало правило, что вещь, не изъятая из оборота, но и не имеющая собственника, поступает в собственность того, кто первый ее захватит, *primo occipanti* (первому захватившему), с намерением присвоить себе. Путем такого захвата можно было приобрести право собственности на вещи, которые вообще еще не имели собственника (дикие животные, рыбы в реке и т.п.), а также на вещи, брошенные собственником (т.е. вещи, от которых собственник отказался).

Брошенные вещи не следует смешивать с вещами потерянными и спрятанными. В каком случае надо признать вещь брошенной, в каком потерянной или спрятанной, решается на основании всей обстановки каждого случая. Если лицо находит какую-нибудь ветошь, старые тряпки и т.п., оно вправе считать найденные вещи выброшенными; если же оно замечает какую-то более или менее ценную вещь, нет основания предполагать, что вещь выброшена собственником, скорее, можно считать, что вещь потеряна. Если лицо, нашедшее потерянную вещь, захватит ее себе, это приравнивалось по римскому

праву к краже. Нашедший вещь обязан был принять меры к отысканию ее собственника. Все расходы, связанные с хранением вещи и отысканием собственника, нашедший вправе был переложить на последнего; но специального вознаграждения за находку римское право в отличие от современного не предусматривало.

Спрятанные вещи вообще продолжали находиться в собственности того лица, которому они принадлежали до этого. Но если вещи спрятаны так давно, что установить и отыскать их собственника невозможно, они признавались кладом (*thesaurus*). В древнем римском праве клад рассматривался как составная часть вещи, в которой он спрятан (обычно земли), а потому принадлежал собственнику этой вещи. Начиная со II в. н.э. в целях поощрения отыскания кладов (и, следовательно, включения спрятанных имуществ в оборот) клад стал признаваться принадлежащим в половине собственнику земли, в которой клад открыт, и в другой половине — лицу, открывшему клад.

4. Приобретение права собственности по давности владения. Юрист Гай в своем комментарии к провинциальному эдикту (D.41.3.1) говорил, что приобретение права собственности по давности владения введено по соображениям «общественного, публичного блага» (*bono publico*), чтобы не создавалось на большие промежутки времени, а то и навсегда неуверенности и неопределенности в собственнических отношениях; интересы собственников (тех вещей, которые закрепляются по давности владения за другими лицами) подобного рода правилом не нарушаются, так как в их распоряжении был достаточный промежуток времени, чтобы отыскать и истребовать свои вещи.

Из этих слов Гая видна сущность приобретения права собственности по давности владения. Лицо получает вещь в свое владение добросовестно. Оно имеет основание считать себя собственником. Объективно же положение иное: право собственности принадлежит другому лицу, и если это последнее лицо предъявляет иск об изъятии вещи и доказывает на суде свое право собственности, добросовестному владельцу приходится отдавать вещь. Однако если в течение определенного предусмотренного в законе срока иск об изъятии вещи не предъявлялся, то целесообразность требовала, чтобы положение добросовестного владельца получило окончательное закрепление, чтобы никакие дальнейшие потрясения в его хозяйстве на почве истребования вещи ее прежним собственником не могли

иметь места. Провладев (при наличии известных предположений, о которых речь ниже) вещь в течение установленного (давностного) срока, владелец превращался в собственника. Его право не выводилось из права прежнего собственника, а возникало заново; поэтому приобретательная давность относится к первоначальным способам приобретения права собственности.

Таким образом, *приобретательную давность можно определить как такой способ приобретения права собственности, который сводится к признанию собственником лица, которое фактически провело вещь в течение установленного законом срока и при наличии определенных условий.*

В классическом праве институт приобретательной давности имел двойственный характер на почве различия *ius civile* и *ius gentium*. В *ius civile* приобретательная давность (*usucapio*) признавалась еще в эпоху XII таблиц. Сроки владения в ту пору были установлены очень короткие (для земельных участков — два года, для остальных вещей — один год); условия приобретения были простые: кроме факта владения требовалось только, чтобы вещь не была краденой.

В провинциальном эдикте появился другой вид давности — *longi temporis praescriptio*, — назначение которой состояло в том, чтобы распространить действие давности по субъекту — на peregrinos, по объекту — на провинциальные земли. Сроки этой новой давности были более продолжительны: 10 лет, если приобретающий по давности и то лицо, которому в связи с давностным владением угрожает утрата права, живут в одной провинции (*inter praesentes* — между присутствующими), и 20 лет, если эти два лица живут в разных провинциях (*inter absentes* — между отсутствующими). Юстиниан объединил оба эти вида давности (*usucapio* и *longi temporis praescriptio*). Условия приобретения права собственности по давности в конечном итоге определялись следующим образом: а) необходимо владение вещью; б) притом добросовестное; в) владение должно иметь законное основание (*iustus titulus*), которое могло бы само по себе привести к приобретению права собственности, если бы не помешало этому какое-то внешнее препятствие, например, владение имеет в качестве законного основания куплю-продажу и последующую передачу вещи, не сделавшие покупателя собственником потому, что продавец сам не имел права собственности на вещь; г) владение должно продолжаться в отношении движимых вещей — 3 года, в отношении недвижимых — 10 или 20 лет (как было при *longi temporis praescriptio*);

д) наконец, необходима была способность вещи к приобретению по давности (*res habilis*); такой способностью не обладают вещи, изъятые из оборота, вещи краденые (хотя бы данный владелец был добросовестным) и некоторые другие.

5. Спецификация (переработка вещей). Этим именем называется изготовление из данного материала новой вещи (*переработка одной вещи в другую*), например, сделана ваза из металла, мебель из досок и т.п. Если и материал, и труд принадлежали одному лицу, вопрос о праве собственности решался просто: новая вещь принадлежала тому же лицу. Но если труд по переработке приложен к чужому материалу, то классические юристы решали вопрос по-разному: одни (сабинианцы) признавали собственником вещи того, чей был материал; другие (прокулянцы) считали, что вещь должна принадлежать тому, кто ее сделал, с обязательством оплатить собственнику материала стоимость этого материала (Gai.2.79).

В литературе римского права сделана попытка (профессором Московского университета П.Э. Соколовским в книге, изданной на немецком языке: *Die Philosophie im Privatrecht*. Halle, 1902. Bd. I. S. 69—111) объяснить различие взглядов римских юристов влиянием греческих философских течений. Прокулянцы находились, с этой точки зрения, под влиянием Аристотеля и перипатетиков, считавших, что при всей важности материи новая вещь — *nova species* — создается только благодаря новой форме, какая придана материи. В решении же вопроса сабинианцами сказалось влияние стоической философии, придававшей решающее значение материи.

В законодательстве Юстиниана вопрос был решен следующим образом: если, несмотря на переработку, вещь можно возвратить опять в первоначальный вид (например, изготовленную из металла вазу переплавить в слиток металла), вещь принадлежит собственнику материала; если же это невозможно (например, в случае изготовления мебели из досок), вещь поступает в собственность того, кто произвел спецификацию, но при условии его добросовестности и с обязательством вознаградить собственника материала в размере полученного обогащения (J.2.1.25).

6. Соединение и смешение вещей. Если какая-нибудь вещь присоединялась к другой вещи так, что превращалась в ее составную часть, она в силу утраты самостоятельного существования поступала в собственность того, кому принадлежала эта другая вещь. Например, бревно, использованное лицом, не имеющим на него права

собственности, при возведении своего строения, не составляло предмета отдельного права собственности, а принадлежало собственнику строения, причем последний обязан был возместить собственнику бревна двойную его стоимость (если по какой-либо причине — пожара, перестройки и т.п. — бревно отделялось от здания, прежнее право собственности на него восстанавливалось, если двойная стоимость бревна не была получена).

В случае присоединения вещи к другой (в качестве ее составной части) право на присоединившуюся вещь принадлежало собственнику основной вещи заново, и потому приобретение в этом случае надо признать первоначальным, а не производным.

Такого рода присоединение вещей имеет место, когда производятся посевы, насаждения, возведение строений, которые рассматривались в Риме как *pars soli*, часть земли (отсюда правило: *superficies solo cedit* — строение поступает в собственность того, кому принадлежит земля).

От составной части вещи нужно отличать вещи принадлежности (к какой-то главной вещи) или *принадлежности главной вещи*. Составная часть не имеет самостоятельного физического существования, вследствие чего на нее и не может быть права собственности, отдельного от права собственности на всю вещь в целом. Принадлежность вещи имеет самостоятельное физическое существование, но хозяйственно она тяготеет к другой вещи, являющейся по отношению к ней главной вещью. Это «тяготение» выражается в том, что совместное использование обеих вещей (главной и принадлежности) хозяйственно является более целесообразным, чем раздельное их использование. Примером таких вещей в римских условиях могли служить земельный участок (главная вещь) и сельскохозяйственный инвентарь (принадлежность). Юридическое значение принадлежности заключалось в том, что если актом воли управомоченных лиц (или законом) не было установлено в конкретном случае отдельного права на принадлежностную вещь, то на нее распространялись те же правоотношения, какие установлены относительно главной вещи (за отсутствием иного соглашения или указания закона «принадлежность следует за главной вещью»).

Смещение вещей представляет собой такое их соединение, когда нельзя указать, какая из вещей поглотила другую (когда они, так сказать, поглотили взаимно друг друга), например, сплав из двух металлических предметов. Смещение приводит к установлению права

общей собственности лиц, имевших право собственности на вещи, подвергшиеся смешению. Если смешаны однородные сыпучие тела (например, зерно одного сорта, принадлежащее разным собственникам, ссыпано в одно общее зернохранилище), то за каждым собственником признается индивидуальное право на то количество, которое принадлежало ему до смешения.

7. Утрата права собственности. Право собственности утрачивается: а) если вещь погибает физически (например, вещь сломана или разбита) либо юридически (вещь становится изъятой из оборота); б) если собственник отказывается от своего права (будет ли то сопровождаться передачей права другому лицу или без такой передачи, например, собственник просто выбрасывает свою вещь); в) если собственник лишается права помимо своей воли (вследствие конфискации вещи, приобретения на вещь права собственности другим лицом в силу давностного владения и проч.).

§ 4. Право общей собственности (сособственность)

1. В некоторых случаях одна вещь принадлежит не одному собственнику, а нескольким сообща. Это отношение римские юристы так и называют — *communio* (общность); в современном гражданском праве в таких случаях говорят о праве общей собственности, или сособственности; впрочем, последний термин — *condominium* — был известен и римским юристам.

Римский юрист Цельз характеризует отношение общей собственности так, что каждый из сособственников «*totius corporis pro indiviso pro parte dominium habet*»¹, т.е. имеет долевое право собственности на всю вещь в целом; ему принадлежала, следовательно, не доля вещи, а доля права на вещь. Понимание отношения права общей собственности в качестве долевого права на всю вещь приводило к тому, что, если право собственности одного из участников этой общности почему-либо отпадало, право другого — расширялось; например, отказ от права собственности со стороны одного из двух участников общности приводил к тому, что право другого начинало осуществляться полностью.

¹ D.13.6.5.15.

2. Общая собственность осуществлялась всеми участниками совместно. Доли участия каждого из них могли быть или равные, или неравные (при сомнении предполагалось равенство долей). Всякого рода изменения вещи или права на нее могли производиться только с общего согласия. Каждый из участников общей собственности имел право в любое время потребовать раздела общей собственности; для этой цели ему давалась *actio communi dividendo*. Названный иск имел ту особенность, что, в то время как по общему правилу судебное решение по делу о праве собственности только проверяет, констатирует и защищает право, уже существовавшее до того, судебное решение по иску о разделе общего имущества служило способом установления новых прав. Например, Люций и Тиций получили по наследству после своего отца земельный участок; не желая сохранять состояние общности права, они вместе с тем не могут достигнуть обоюдного согласия по вопросу о разделе; поэтому они обращаются за содействием к суду (иск о разделе). В этом случае суд или устанавливал для каждого из них право собственности на конкретную часть их земельного участка, или (при невозможности раздела) предоставлял его одному из общих собственников, возложив на него обязательство выплатить другому соответствующую денежную сумму, и т.д. Такого рода судебное решение устанавливало новые права собственности: до решения суда Люций имел долю в праве общей собственности, теперь он имеет индивидуальное право собственности на половину земельного участка и т.п. Это вновь установленное право опиралось на существовавшее право общей собственности, выводилось из него, а потому в данном случае имел место производный способ приобретения.

§ 5. Защита права собственности

1. Основное средство защиты права собственности — *rei vindicatio*, виндикационный иск. Этот иск предоставлялся собственнику для истребования вещи, владение которой им утрачено. Таким образом, *сторонами* в виндикационном процессе являлись: в качестве истца — собственник, не имеющий фактического владения вещью; в качестве ответчика — фактический обладатель вещи, как держатель, так и владелец вещи, притом как владелец недобросовестный, так и добросовестный.

В некоторых случаях ответчиком по виндикации могло оказаться лицо, вообще не обладающее вещью, например, если лицо ввиду предстоящего виндикационного иска умышленно сбыло с рук находившуюся у него вещь, против него подавал виндикационный иск, как будто оно владеет этой вещью (так называемый *fictus possessor*, мнимый владелец).

Предметом иска являлась вещь со всеми плодами и приращениями (*rem cum omni causa*).

Ответственность владельцев добросовестного и недобросовестного была неодинакова. Добросовестный владелец отвечал за состояние вещи со времени предъявления иска. Если вещь способна приносить плоды (*fructus*), т.е. вещи, регулярно получаемые от другой (плодоприносящей) вещи при нормальном хозяйственном ее использовании и с сохранением плодоприносящей вещи (например, яблоки с яблони, но не дрова, на которые распилена срубленная яблоня), то добросовестный владелец не возмещал собственнику стоимость потребленных или отчужденных плодов за время до предъявления иска. Он возвращал лишь наличные плоды (*fructus extantes*). Издержки, понесенные добросовестным владельцем на вещь, возмещались ему собственником, если эти издержки были необходимы для сохранения вещи или по крайней мере увеличивали хозяйственную годность вещи (т.е. издержки, хотя и не безусловно необходимые, но полезные). В отношении затрат, произведенных добросовестным владельцем «для удовольствия» (*impensae voluptuariae*) или составляющих предмет роскоши, добросовестному владельцу предоставлялось право при возвращении вещи отделить свои вложения в вещь, если, разумеется, это возможно без вреда для вещи (например, снять пристроенную веранду и т.п.).

Недобросовестный владелец отвечал за происшедшую еще до предъявления иска гибель вещи, если с его стороны была допущена хотя бы легкая небрежность; за гибель вещи после предъявления иска он отвечал независимо от какой бы то ни было в том вины с его стороны. Недобросовестный владелец обязан был возместить собственнику стоимость плодов от вещи, не только фактически им полученных, но и тех, которые он мог бы получить при надлежащей заботливости, а за время после предъявления иска — даже таких плодов, которых он сам и не мог бы получить, если только для собственника получение этих плодов было бы возможно. Понесенные на вещь расходы недобросовестному владельцу не возмещались,

за исключением необходимых для сохранения вещи. Вору не возмещались никакие расходы на вещь.

2. Виндикационный иск предполагал доказательство истцом своего права собственности (а также того факта, что ответчик к началу процесса владеет вещью или является *fictus possessor*, см. выше, п. 1). Ответчик мог задержать выдачу вещи, пока истец-собственник не возместит ему причитающейся суммы издержек, понесенных на вещь (так называемое *ius retentionis*, право удержания вещи, осуществляющееся в форме экцепции против виндикационного иска). Ввиду того, что такое доказательство было нередко затруднительно, собственники прибегали иногда вместо виндикационного иска к *actio in rem Publiciana*, при которой требовалось лишь доказательство добросовестного владения (см. выше, гл. II, § 3, п. 4).

3. Собственник вещи может нуждаться в защите и тогда, когда вещь остается в его фактическом владении, но кто-либо незаконным образом стесняет осуществление им своего права. Для того чтобы добиться прекращения этих незаконных действий, собственник мог предъявить *actio negatoria* (буквально — иск, отрицающий право ответчика на совершение таких действий). *Actio negatoria*, так же как и виндикация, — иск абсолютный, т.е. предъявляемый против любого нарушителя права.

Права на чужие вещи

§ 1. Понятие и виды прав на чужие вещи

1. Право собственности в Риме не было единственным вещным абсолютным правом, т.е. правом, имеющим своим предметом непосредственно вещь и защищаемым против любого нарушителя.

Кроме права собственности, к вещным и абсолютным правам относились также права на чужие вещи (*iura in re aliena*). Поскольку это были права на вещи, принадлежащие каким-то другим лицам (собственникам), то понятно, что лицо, имеющее право на чужую вещь, не могло иметь таких широких полномочий, как собственник, который мог по римскому праву делать со своей вещью все, что ему угодно, за исключением лишь того, что ему было прямо запрещено законом.

2. Самой важной категорией прав на чужую вещь являлись так называемые *сервитутные права* (или сервитуты), состоявшие в праве одного лица пользоваться (в каком-нибудь определенном отношении или в нескольких отношениях) вещью, принадлежащей другому лицу. К правам на чужие вещи относились также эмпитевзис и суперфи-

ций (права вещного наследственного пользования чужой землей или строением на чужой земле) и, наконец, *залоговое право*, которое устанавливалось в обеспечение платежа по какому-нибудь обязательству и потому состояло в праве лица, не получившего платежа по обязательству, обеспеченному залоговым правом, обратиться с взысканием на заложенную вещь.

§ 2. Сервитуты. Понятие и виды

1. Необходимость этой категории прав была в особенности очевидна ввиду существования права частной собственности на землю. Дело в том, что нередко случаи, когда определенный земельный участок не имеет всех тех свойств и качеств, какие необходимы для нормального его использования; например, на данном участке нет воды или нет пастбища и т.п. Для того чтобы пользование данным земельным участком было возможно и хозяйственно целесообразно, возникает потребность в пользовании (в соответствующем отношении) соседней землей. Такого рода вопросы были легко разрешимы в то время, когда земля находилась в общественной собственности (племена, рода, общины). Но с возникновением права частной земельной собственности собственник земельного участка не обязан был помогать соседу, не имеющему на своей земле воды, пастбища и т.п. Стала настоятельной потребность в закреплении за собственником одного земельного участка права пользования в известном отношении чужой землей, обычно — землей соседа. Земельные участки, отрезанные от публичной дороги землями других собственников или лишенные воды и других естественных благ, нельзя было использовать без предоставления собственнику этого участка права пользоваться в соответствующем отношении чужой землей. С ростом городов, с увеличением скученности городских построек собственники городских земельных участков стали нуждаться в правовом средстве, с помощью которого можно было бы предупредить полное затемнение одного участка постройкой на соседнем участке и т.д.

2. Подобного рода потребности в римском праве удовлетворились двумя путями. Можно было договориться с соседом о том, чтобы он принял на себя определенное обязательство в пользу данного собственника земли; например, чтобы он обязался давать собственнику данного участка выход и выезд через свою землю на обществен-

ный проезд или чтобы он обязался давать ему ежедневно по 10 ведер воды и т.д.

Однако этот путь был не вполне надежным, потому что такое обязательство имело личный характер; стоило тому собственнику земли, который принял на себя подобного рода обязательство, продать свой участок, и пользование этой землей со стороны соседа могло продолжаться только при условии согласия нового собственника.

Между тем удовлетворение таких потребностей, как выход и выезд на публичную дорогу, выпас скота, получение воды и т.п., необходимо было обеспечить более надежным и прочным способом, независимо от изменения собственника соседней земли. Для этой цели и была введена такая категория прав, как сервитуты (от слова *servire* — «служить»: один земельный участок в этом случае служит потребностям другого участка). Прочность удовлетворения потребности в такой правовой форме состояла в вещном характере сервитутного права: предметом сервитутного права являлся сам земельный участок, а не действие определенного лица, обязавшегося допускать пользование его земельным участком со стороны соседа. Поэтому субъект сервитутного права сохранял свое право пользования соседним участком независимо от того, остается ли его собственником тот, кто установил на свою землю сервитут в пользу соседа, или же произошла смена собственника. Сервитут являлся обременением самой земли и вместе с ней переходил к новому собственнику.

Таким образом, можно *определить сервитут как вещное право пользования чужой вещью в том или ином отношении*. Такое право вызывается необходимостью сгладить неудобства и затруднения, возникающие (при существовании права частной собственности на землю) вследствие неравномерности распределения естественных благ между отдельными земельными участками.

3. Позднее наряду с сервитутами, возникшими на почве соседских поземельных отношений, появилась другая категория сервитутных прав, уже не обязательно в пользу соседа и не обязательно на пользование землей, а на любое имущество (например, на стадо коров) и в пользу какого-либо другого лица, не являющегося соседом: например, завещатель, оставляя имущество наследнику, одновременно предоставлял другому лицу право пожизненного пользования этим же имуществом (так называемый узуфрукт). Узуфрукт появился, несомненно, позднее, чем названная выше категория сервитутов, возникших на почве поземельных соседских отношений;

иногда римские юристы даже противопоставляют сервитуты и узуфрукт. Однако классические юристы, как правило, термином «сервитут» охватывают и узуфрукт.

Отсюда получилось деление сервитутов на две категории: так называемые *предиальные* (от слова *praedium* — «имение»), или земельные, и *личные*. Это различие проводилось по *субъекту права*: личный сервитут принадлежал определенному лицу персонально; предиальный сервитут принадлежал лицу как собственнику земельного участка. Этот участок, т.е. тот, в интересах пользования которым устанавливался сервитут, назывался господствующим участком; земельный участок, пользование которым в том или ином отношении составляло содержание сервитута, назывался служащим участком.

Так как предиальный сервитут принадлежал лицу не персонально, а как собственнику господствующего участка, то смена собственника господствующего участка автоматически вызвала и смену субъекта предиального сервитута.

Так, например, Тиций — собственник участка первого — приобрел сервитутное право пользования водой с участка второго. После этого Тиций продал и передал участок первый Люцию; тем самым Тиций утратил сервитутное право, а Люций его получил. В источниках римского права эта мысль образно выражена так, что предиальный сервитут принадлежит «земельному участку». Разумеется, такое выражение нельзя понимать буквально (как это сделали некоторые буржуазные авторы, построившие теорию юридической личности господствующего участка), а только как прием наглядного пояснения.

4. Установление на вещь сервитутного права не означает непременно отстранения собственника от пользования вещью; например, предоставив соседу сервитут пастбы скота на данном участке, собственник участка сохраняет право пасти и свой скот на том же участке. Однако в тех случаях, когда одновременное пользование и собственника, и субъекта сервитутного права невозможно (например, собственник предоставил соседу сервитутное право пасти на своем пастбище стадо до 20 голов, а его пастбище больше 20 голов и не может прокормить), преимущественное право пользования принадлежит субъекту сервитутного права. Как принято выражаться, при коллизии сервитута с правом собственности право собственности уступает сервитуту (собственник, устанавливая сервитут на свою землю, тем самым себя ограничил).

5. Характерная особенность римского сервитутного права выражается афоризмом: *servitus in faciendo consistere non potest*, т.е. сервитут не может состоять в совершении (имеется в виду — собственником служащей вещи) каких-либо положительных действий (D.8.1.15.1). Собственник служащей вещи должен лишь терпеть совершение субъектом сервитута тех или иных действий, не мешать ему в осуществлении пользования и т.п., но сам ничего делать не обязан. Если по характеру отношения от собственника вещи требовались какие-то положительные действия, такое отношение рассматривалось как обязательственное (см. разд. VI, гл. I, § 1, п. 1).

6. Сервитутное право обозначалось римским юристом Гаем (в его Институциях II.12–14) как *res incorporalis* — нетелесная вещь, в противоположность обыкновенной телесной вещи (*res corporalis*), которую можно определить как ограниченную часть внешней природы, которая является объектом права и обладает имущественной ценностью. Гай называл телесными вещами такие, которые можно осязать, до которых можно коснуться (*quae tangi possunt*), а нетелесными — такие, которых нельзя коснуться (*quae tangi non possunt*).

Нетелесные вещи, говорит Гай, — это то, что состоит в праве (*ea quae in iure consistunt*), например, обязательство, право пожизненного пользования и т.д. Следовательно, нетелесная вещь есть не вещь в указанном выше смысле, это лишь *составная часть имущества*. Таким образом, более широкое значение термина *res* есть предмет (или составная часть) имущества.

§ 3. Прециальные сервитуты

1. Назначение прециального сервитута — восполнять недостающие данному участку блага, или свойства и удобства. С этой точки зрения юрист Цельз (D.50.16.86) ставит прециальные сервитуты в параллель с плодородием участка, его размерами и другими его качествами и свойствами. Даваемое Цельзом сравнение нельзя понимать буквально, но оно правильно выражает ту мысль, что прециальный сервитут не обслуживает данное лицо, которому принадлежит земельный участок, а поднимает вообще полезность этого участка. Отсюда требование, чтобы сервитут по своему содержанию делал *praedii meliorem causam*, т.е. улучшал положение земельного участка, причем имел бы *causam perpetuam*, т.е. чтобы сервитут состоял в пользовании посто-

янным свойством служащего участка, обеспечивающим длительное удовлетворение потребности.

По общему правилу, господствующий и служащий земельные участки должны быть соседними (для позднейшего права иногда признавалось достаточным, чтобы было фактически возможно пользование одним участком в интересах другого).

2. Среди предиальных сервитутов различались сельские и городские, в зависимости от характера господствующего участка: сервитуты, устанавливаемые в пользу застроенных (городского типа) участков, называются городскими; сервитуты в пользу участков полевых, незастроенных называются сельскими.

Из числа сельских сервитутов известны сервитуты дорожные (*iter* — право проходить и проезжать через соседний участок, *via* — право перевозить тяжести, *actus* — право прогонять скот и проезжать), сервитуты водные (*aquaeductus* — право провести воду с соседнего участка, *aquaehaustus* — право черпать воду на соседнем участке), пастбищные (право пасти скот на соседнем участке).

Типичные городские сервитуты: право опереть постройку на стену соседа, право вделать балку в стену соседа, право света, право вида (т.е. чтобы сосед не закрывал вида постройкой) и т.д.

§ 4. Личные сервитуты

1. Важнейший личный сервитут — узуфрукт — определяется в Дигестах следующим образом: «*Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rei substantia*» (D.7.1.1) — *узуфрукт есть право пользования чужой вещью и получения от нее плодов с сохранением в целостности субстанции (сущности вещи).*

В качестве личного сервитута узуфрукт был правом пожизненным (или на срок), но он не переходил на наследников узуфруктуария (т.е. имеющего это право), не мог отчуждаться (допускалась сдача внайм, однако в случае смерти узуфруктуария прекращалось и право нанимателя). Узуфруктуарий должен пользоваться вещью как хороший хозяин, в соответствии с хозяйственным назначением вещи (например, получив в узуфрукт виноградник, лицо не вправе застроить этот участок, хотя бы эта форма эксплуатации земли была выгоднее), должен принимать меры к сохранению вещи и т.д. Плоды от вещи поступают в собственность узуфруктуария с момента фактического овладения ими.

Если в узуфрукт дано кому-либо стадо, то, хотя по общему правилу узуфруктуарий обязан пользоваться *salva rei substantia*, т.е. сохраняя в неприкосновенности «субстанцию», сущность вещи, однако в этом случае ему дается право отдельные головы из состава стада отчуждать, убивать (если это требуется по правилам ведения хозяйства), убыль пополнять из приплода или путем покупки, заботясь лишь о поддержании стада на определенном хозяйственном уровне.

2. Неправильное пользование вещью, в частности изменение хозяйственного назначения, приводило к обязанности узуфруктуария возместить собственнику вещи понесенный им ущерб. Однако по римским воззрениям ответственность узуфруктуария вытекала не непосредственно из узуфрукта, а устанавливалась специальным соглашением при передаче вещи в узуфрукт, называвшимся *cautio usufructuaria*. Если вещь претерпевала существенное изменение в силу естественных причин без вины узуфруктуария, ответственности он не нес, но право его прекращалось (например, в узуфрукт дан пруд, если он высохнет, узуфруктуарий не имеет права пользоваться высохшим пространством для других целей).

3. Другой личный сервитут — *usus*, т.е. право пользоваться вещью, но без права пользования ее плодами; впрочем, в пределах личных потребностей субъект этого права может пользоваться и плодами. В остальном сервитут *usus* сходен с узуфруктом.

В форме специального личного сервитута можно было предоставить право жить в доме (*habitatio*), право пользоваться рабочей силой раба или животного (*operae servorum vel animalium*).

§ 5. Приобретение, утрата, защита сервитутов

1. Сервитут мог быть установлен по воле собственника служащей вещи, притом или односторонним актом воли (например, по завещанию одного лица предоставлялось другому лицу пожизненное пользование земельным участком, домом и т.п.), или договором (между собственником и субъектом сервитута). Возможно было установление сервитута судебным решением (например, производя раздел общего земельного участка между двумя собственниками, суд мог установить в пользу одного из вновь образуемых участков право проходить и проезжать через другой участок). Иногда сервитут возникал

в силу закона (например, узурфрукт отца на имущество подвластного сына, см. разд. IV, § 4, п. 4).

В некоторые периоды римской истории допускалось также приобретение сервитута по давности. Фактическое осуществление сервитута, как будто у данного лица имеется сервитутное право, считалось «как бы владением» сервитутом (*iuris quasi possessio*). Если такое квазивладение продолжается 10 лет, *inter praesentes*, или 20 лет, *inter absentes* (см. разд. V, гл. III, § 3, п. 4), притом не тайно, не насильно, не прекарно (см. разд. V, гл. II, § 3, п. 3) по отношению к собственнику служащей вещи, то такой фактический пользователь признавался (в императорский период) субъектом сервитутного права по давности.

2. Сервитут утрачивался с гибелью вещи, пользование которой служило предметом сервитута. К физической гибели приравнивалась юридическая — превращение вещи во внеоборотную (см. разд. V, гл. III, § 3, п. 7). Личный сервитут прекращался не только с гибелью предмета сервитута, но и со смертью его субъекта.

В качестве права на чужую вещь сервитутное право прекращалось, если оно соединялось с правом собственности на ту же вещь, например, собственник отчуждает вещь субъекту сервитутного права на нее — тогда применяется правило: *nemini res sua servit*, D.8.2.26 — никто не может иметь сервитутного права на свою вещь (поскольку у лица есть право собственности на данную вещь, сервитут на нее ему и не нужен).

Сервитут прекращался вследствие отказа от него субъекта права, а также неосуществления (*non usus*) в течение 10 лет (*inter praesentes*) или 20 лет (*inter absentes*).

3. Сервитутное право защищалось абсолютным иском, называемым *actio confessoria*, противоположным собственническому иску, *actio negatoria*, в том смысле, что с помощью этого последнего иска собственник вещи, которой другое лицо неправомерно пытается пользоваться, отрицает за этим лицом право пользования, а *actio confessoria* служила для защиты права пользования чужой вещью.

§ 6. Эмфитевзис и суперфиций

1. К числу «прав на чужие вещи» принадлежали также вещные, отчуждаемые, передаваемые по наследству права долгосрочно-

го пользования чужой землей; сельскохозяйственной — для ее обработки (*emphyteusis*), городской — для возведения на ней строений (*superficies*). Оба эти права сходны с сервитутами в том отношении, что как сервитуты, так и эмфитевзис, и суперфиций являются правами пользования чужой вещью. Своеобразной же чертой, отличающей эмфитевзис и суперфиций от сервитутов, является широта содержания и долгосрочность их действия.

Установление одного из этих двух прав на земельный участок делает право собственности на эту землю почти только номинальным; лишь после прекращения эмфитевзиса или суперфиция право собственности на данный участок получает реальное выражение.

2. Как показывает термин *emphyteusis* (от греческого *emphyteuein* — «насаждать»), этот институт перешел в римское право из Греции, где наследственная аренда земли имела широкое применение (эмфитевзис был издавна также в практике Египта и Карфагена). На римской почве эмфитевзису предшествовал специальный институт — *ius in agro vectigali*, наследственная долгосрочная аренда земель, принадлежавших государству или публичным корпорациям, за определенную годовую плату (*vectigal*). В восточной половине империи в V в. — начале VI в. *ius in agro vectigali* все более и более превращалось в *emphyteusis*; Юстиниан окончательно слил оба института под названием *emphyteusis* (3-й титул VI книги Дигест озаглавлен: *Si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur* — если предъявляется требование об арендованном у государства участке, т.е. об участке, на который установлен эмфитевзис).

В содержание эмфитевзиса входит право пользоваться земельным участком (с правом изменения характера участка, но без ухудшения его), собирать с него урожай (плоды), право закладывать эмфитевзис, отчуждать и передавать его по наследству. Право отчуждения эмфитевзиса ограничено обязанностью субъекта эмфитевзиса предупреждать собственника земли о предполагаемом отчуждении эмфитевзиса, причем за собственником признавалось право преимущественной покупки (которым он мог воспользоваться в течение двух месяцев). При отчуждении эмфитевзиса собственник имел право на получение двух процентов покупной цены.

Субъект эмфитевзиса обязан был уплачивать собственнику арендную плату (*vectigal, canon, pensio*), а также вносить государственный земельный налог. Невнесение арендной платы в течение трех лет приводило к прекращению эмфитевзиса.

Для защиты эфитевзиса применялись те же иски, что и для защиты права собственности, но в форме *actiones utiles* (исков по аналогии, см. разд. II, § 4, п. 4).

3. Суперфиций представлял собой аналогичное с эфитевзисом вещное, отчуждаемое, передаваемое по наследству право возведения строения на чужом городском участке и право пользования этим строением. Право собственности на строение принадлежало собственнику земельного участка по правилу *superficies solo cedit* — строение следует за землей, связано с землей.

Изложенные под п. 2 основные правомочия субъекта эфитевзиса и средства его защиты соответственно относятся и к суперфицию.

§ 7. Залоговое право

1. *Понятие и цель залога.* Залоговое право представляет собой разновидность прав на чужие вещи. Назначение этого права состоит в обеспечении исполнения обязательств (см. разд. VI, гл. I, § 1).

Если определенное лицо (Тиций) обязалось что-то сделать для другого лица (Люция), например, уплатить 300 сестерциев, выкопать канаву, передать для пользования определенную вещь и т.д., а затем своего обязательства не выполняет, то вынудить Тиция исполнить обязательство было нельзя. В этом случае Люций мог лишь взыскивать с Тиция сумму ущерба, понесенного от неисполнения обязательства. Однако взыскание возможно было только при условии, что ко времени взыскания имущество Тиция будет достаточно для удовлетворения Люция и других лиц, которые также, быть может, заявят претензии к Тицию. Для того чтобы Люцию иметь уверенность, что в случае неисполнения Тицием принятого на себя обязательства можно будет действительно получить возмещение ущерба из его имущества, заранее выделялась определенная вещь из имущества Тиция, которая должна была служить источником удовлетворения претензии Люция, независимо от того, останется ли эта вещь к моменту взыскания в имуществе Тиция или будет им отчуждена другому лицу, а также независимо от того, должен ли Тиций еще кому-либо, достаточно ли его имущество для удовлетворения всех претензий, обращенных к взысканию на его имущество, — словом, вне зависимости от общего имущественного положения Тиция, степени его задолженности и т.п.

Такое право обращения взыскания в случае неисполнения обязательств на определенную заранее вещь: 1) независимо от того, продолжает ли она принадлежать должнику или нет, и 2) предпочтительно перед всеми другими требованиями, называется залоговым правом.

Та черта залогового права, что вещь, заложенная собственником, продолжает оставаться предметом залога и тогда, когда она перешла в собственность другого лица, означает, что залоговое право пользовалось абсолютной защитой (т.е. против всякого, у кого заявленная вещь окажется). В развитом римском праве содержание залогового права состояло в праве субъекта залогового права в случае неудовлетворения обязательства, в обеспечение которого установлено залоговое право, вытребовать заложенную вещь из рук всякого третьего лица, продать ее и из вырученной суммы удовлетворить себя по обязательству предпочтительно перед всеми другими взыскателями.

Так как залоговое право предназначено к тому, чтобы обеспечивать какое-то обязательство, то оно являлось правом придаточным (акцессорным) и существовало лишь постольку, поскольку существовало обеспечиваемое залогом обязательство.

2. *Формы залога.* Первоначальной формой залога была сделка *fiducia cum creditore*, состоявшая в следующем. Посредством манципации (или *in iure cessio*) должник передавал в обеспечение долга вещь на праве собственности с оговоркой, что в случае удовлетворения по обязательству, обеспеченному залогом, заложенная вещь должна быть передана обратно в собственность должника. В древнейшую эпоху эта оговорка имела только моральное значение: верность своему слову (*fides*, откуда и название сделки) требовала от лица, получившего таким образом вещь в залог, исполнения дополнительной оговорки. Позднее должнику, исполнившему обязательство, стали давать иск к кредитору (*actio fiduciae*) о возврате вещи. Однако положение должника оставалось чрезвычайно невыгодным: получивший вещь был ее собственником и потому мог ее передать третьему лицу; к третьему лицу должник предъявить иск не мог, с залогополучателя же должник по *actio fiduciae* не мог добиться возвращения вещи, а только получить возмещение ущерба. В случае неисполнения должником обязательства вещь оставалась в собственности лица, получившего ее, хотя бы сумма долга была значительно меньше стоимости заложенной вещи.

Другой формой залога служил *pignus*, называемый нередко «ручным залогом». При этой форме залога вещь передавалась не в собственность, а только во владение (точнее — в держание, однако пользовавшееся в виде исключения владельческой защитой, см. разд. V, гл. II, § 1, п. б); при этой передаче добавлялось условие, что в случае удовлетворения по обязательству вещь должна быть возвращена обратно.

С развитием торгового оборота ни *fiducia*, ни *pignus* не могли удовлетворить потребностей жизни. При *fiducia* было слишком тяжело положение лица, отдавшего вещь в залог, при *pignus* было ненадежно положение получившего вещь: если вещь им утрачивалась, он не всегда имел возможность истребовать ее вновь. Наряду с этим интересы хозяйственной жизни требовали большей гибкости в регулировании отношения в том смысле, чтобы в течение времени от установления залога до наступления срока платежа не лишать должника возможности пользоваться заложенной вещью, тем более что предоставление должнику такой возможности могло ему облегчить исполнение обязательства (например, заложена вещь, служащая для должника орудием его профессии; пользуясь ею, должник может заработать сумму, необходимую для выполнения обязательства).

В классический период в преторском эдикте славилась третья, наиболее развитая форма римского залога — ипотека (*hypotheca*), сложившаяся под влиянием восточного греко-египетского права, при которой предмет залога оставался и в собственности, и во владении должника, а субъекту залогового права давалось право в случае неисполнения обязательства истребовать заложенную вещь, у кого бы она к тому времени ни оказалась, продать ее и из вырученной суммы покрыть свое требование к должнику. Например, Тиций должен Люцию 800 сестерциев; в обеспечение своего долга он заложил участок земли. Заложная земля, несмотря на залог, оставалась в собственности и во владении Тиция, он ею пользовался, собирал урожай и т.д. Незадолго до срока платежа долга Тиций продал и передал заложенную землю Семпронию. Когда наступил срок платежа долга, Тиций не уплатил 800 сестерциев Люцию. Поэтому Люций предъявил иск к Семпронию о том, чтобы приобретенный им земельный участок был от него истребован и продан с публичного торга. На торгах за проданную землю выручена сумма 1700 сестерциев. Из этой суммы 800 сестерциев должен был получить Люций, а остальные 900 се-

стерциев поступали к Семпронию как к собственнику земли. Если Семпроний сам заплатил Тицию за купленную землю дороже 900 сестерциев, то разницу он был вправе требовать с Тиция обратно.

3. Ипотека развилась на почве найма сельскохозяйственных участков. В обеспечение своевременного взноса нанимателями наемной платы собственники земли требовали обыкновенно от нанимателей включения в договор особого пункта о том, что все «приведенное, привезенное, принесенное» (*inducta, invecta, illata*) на нанятый участок (сельскохозяйственный инвентарь, рабочий скот и проч.) не должно вывозиться нанимателем с участка, пока не будет погашена задолженность нанимателя по договору, т.е. перечисленные виды имущества должны были служить обеспечением долга нанимателя (по наемной плате). Если наниматель все же вывозил свое имущество, собственнику земельного участка претор стал давать специальное средство защиты (*interdictum Salvianum*), если же эти вещи уже перешли во владение третьего лица, стали давать иск и против него об истребовании полученных им вещей (*actio Serviana*). В результате применительно к договору найма земли и была создана форма залога, при которой закладываемые вещи не выходили немедленно из владения и пользования залогодателя, а кредитор имел абсолютный иск об истребовании вещи с целью ее продажи. Оставалось распространить сложившуюся форму залога с того специального случая (найма), в связи с которым она сложилась, на все другие случаи обязательств. Это было осуществлено посредством распространения *actio Serviana* по аналогии (*actio quasi-Serviana*, или *actio hypothecaria*).

4. После того как была введена в практику *hypotheca* как форма залога, не сопровождавшаяся передачей самой вещи тому, кому она закладывалась, причем в случае неисполнения обеспеченного залогом обязательства вещь не поступала в собственность залогопринимателя, а подлежала обязательной продаже, стало возможно установление на одну и ту же вещь нескольких последовательных залоговых прав; например, заложив земельный участок, стоивший 5000 сестерциев, Тицию в обеспечение долга в сумме 1000 сестерциев, собственник мог затем заложить тот же участок Флавию в обеспечение долга в сумме 800 сестерциев, Гаю — в сумме 600 сестерциев и т.п. Соотношение нескольких залоговых прав на одну и ту же вещь определялось их старшинством, т.е. временем установления залога (так называемый ранг залоговых прав). Право требовать продажи заложенной

вещи признавалось только за первым залогопринимателем, второй, третий и т.д. удовлетворялись (в порядке очереди) из остатка (по удовлетворении первого залогопринимателя) суммы, вырученной от продажи заложенной вещи. Иногда для нижестоящего (по рангу) залогопринимателя представлялось выгодным получить право решать вопрос о продаже вещи, чтобы выбрать наиболее выгодный для продажи момент. Для этой цели каждый из нижестоящих залогопринимателей получил право предложить первому удовлетворение по его требованию, с тем чтобы занять его место. Происходивший переход первого ранга (старшинства) к лицу, удовлетворившему первого залогопринимателя, назывался ипотечным преемством.

Если суммы, вырученной от продажи заложенной вещи, не хватало на удовлетворение залогопринимателей, недополучившие из них имели обязательственный иск к должнику в общем порядке.

После того как нормальным способом реализации залогового права стала продажа предмета залога, наряду с залогом вещей признали возможным залог обязательства и вообще всего того, что может быть предметом продажи.

5. Для установления залогового права не требовалось какой-либо обязательной формы. Неформальность установления залога создавала неуверенность деловых отношений, так как лицо, желавшее обеспечить свое право требования залогом, не могло проверить, не была ли данная вещь уже заложена до этого кому-либо другому¹.

Кроме того, в ряде случаев залоговое право в Риме возникало в силу закона, причем такие законные залоговые привилегированными (в смысле первоочередности удовлетворения). Вследствие существования таких внеочередных законных залогов расчеты залогопринимателя на удовлетворение, совершенно правильные и осторожные, неожиданно могли быть опрокинуты в силу последующего возникновения привилегированного залога.

В период абсолютной монархии был издан рескрипт, в силу которого ипотека, установленная письменно в присутственном месте

¹ Впрочем, в некоторых римских провинциях дело обстоит иначе. Изучение папирусов показало, что в Египте уже в I в. н.э. существовала система поземельных книг, в которые заносились вещные права на землю, ознакомление с этими записями позволяло убедиться, принадлежит ли данный участок должнику, заложен ли он кому-нибудь и т.п.

или перед тремя достоверными свидетелями, должна иметь предпочтение перед непублично установленной (хотя бы и раньше) ипотекой. Этим в известной мере уменьшались указанные выше неблагоприятные последствия неформального характера ипотеки.

6. Залоговое право прекращалось в случае: а) гибели предмета залога, б) слияния в одном лице залогового права и права собственности на заложенную вещь, в) прекращения обязательства, в обеспечение которого установлен залог.

Раздел VI

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ПРАВО (ОБЩАЯ ЧАСТЬ)

Понятие и виды обязательства

§ 1. Определение обязательства

1. В источниках римского права обязательство, *obligatio*, определяется следующим образом:

(1) «Обязательство представляет собой правовые оковы, в силу которых мы принуждаемся что-нибудь исполнить согласно законам нашего государства» (I.3.13.pr.).

(2) «Сущность обязательства состоит не в том, чтобы сделать нашим какой-нибудь телесный предмет или какой-нибудь сервитут, но чтобы связать перед нами другого в том отношении, чтобы он нам что-нибудь дал, сделал или предоставил» (Павел, D.44.7.3).

В обязательстве заключается, с одной стороны, «право требовать», с другой стороны, соответствующая этому праву «обязанность исполнить требование», или «долг».

2. Противопоставление (в приведенном выше отрывке из сочинений классического юриста Павла) передачи права собственности или установления сервитута принятию лицом на себя обязательства передать вещь в собственность или исполнить иное действие имеет тот смысл, что обязательство, даже если оно состоит в обязанности одного лица предоставить другому в собственность известную вещь, не создает непосредственно для другого лица права собственности на данную вещь; только в результате исполне-

ния такого обязательства (при наличии других необходимых условий) лицо, получившее вещь, станет ее собственником; непосредственно же из обязательства возникает только *право требования* (передачи вещи). Поэтому лицо, купившее вещь, еще не становится ее собственником, хотя бы и была уплачена покупная цена; это лицо имеет лишь право требовать передачи вещи; собственником же ее оно станет только после фактической передачи вещи (при условии, если передавший вещь имел на нее право собственности).

3. Из приведенных выше двух отрывков из источников римского права видно, что, по представлению римских юристов, в обязательстве заключается известная связанность. Обязательство, как сказано в приведенном отрывке из Институций Юстиниана, — правовые оковы: на человека, передвигавшегося до установления обязательства свободно, как бы надевают путы, которые стесняют его движения, заставляют чувствовать чужое господство над собой. Надо заметить, что в древнейшую эпоху «оковы», «связанность» не были только фигуральными выражениями. В законах XII таблиц содержалось постановление, из которого видно, что неоплатного должника связывали веревками или цепями, причем предусмотрительно нормировался даже вес надевавшихся цепей (15 фунтов). Должника, не уплатившего в срок своего долга, кредитор мог захватить (даже без суда), а затем убить или продать в рабство. В IV в. до н.э. законом Петелия было запрещено кредиторам убивать или продавать должника. Возможность личного задержания должника осталась и в дальнейшем, но с конца республики должник мог избежать личной ответственности, передав кредиторам свое имущество: за долги лица стало отвечать его имущество. Оковы из физических, какими они были по законам XII таблиц, превратились в юридические: «связанность» стала выражаться в имущественной ответственности должника по обязательству.

4. Как отношение, рассчитанное на будущее время (действие обязавного лица еще не совершено при установлении обязательства), обязательство по своей природе представляет собой отношение, основанное на доверии, кредитное (от *credo* — «верю»). Поэтому сторона в обязательстве, имеющая право требования, именуется *кредитором*; сторона, на которой лежит обязанность исполнить требование кредитора, называется *должником*.

Обязательственное правоотношение с самого начала рассчитано на прекращение (нормально — путем исполнения); этим оно отлича-

ется от права собственности, устанавливаемого на неопределенное, длительное время.

§ 2. **Натуральные обязательства**

1. В тех случаях, когда должник добровольно не исполняет лежащей на нем обязанности, кредитору дается средство принудительного осуществления своего права требования. Таким средством принуждения должника к удовлетворению кредитора по обязательству являются иск (*actio*) и принудительное взыскание. В этом заключается, как принято выражаться, санкция обязательства. Юрист Модестин выразил приведенную мысль так, что должником считается тот, с кого можно взыскать против его воли (D.50.16.108).

В республиканскую эпоху это правило не имело исключений. Но в период принципата появились такие обязательства, которые не пользовались исковой защитой, но с которыми все-таки были связаны определенные правовые последствия. Первое упоминание о таких обязательствах встречается у Сенеки¹ (при Нероне). Бывают суммы, говорит Сенека, которые *debentur non exiguntur*, т.е. следуют, причитаются (кредитору), а принудительно взысканы быть не могут. *Обязательства, не пользующиеся исковой защитой, но имеющие все же юридическое значение, называются натуральными.* Примером натурального обязательства может служить денежный заем, совершенный подвластным сыном без согласия домоладыки.

2. *Правовые последствия* натуральных обязательств были не для всех их видов одинаковы. Но одно юридическое последствие всегда имело место: именно платеж по натуральному обязательству признавался действительным, и обратное истребование уплаченного не допускалось, хотя бы платеж был произведен при незнании о том, что иска кредитор не имеет. Это доказывает, что за натуральным обязательством признавалось юридическое значение, ибо когда кто-нибудь по ошибке платил по несуществующему обязательству, уплаченное можно было истребовать обратно (см. разд. VII, гл. VII, § 3).

¹ De benef. 6.4.7.

§ 3. Основания возникновения обязательства

1. Главное деление обязательств по признаку основания их возникновения сводится к противопоставлению обязательств *из договора* (*ex contractu*) обязательствам *из правонарушений* (*ex delicto*). Юрист П в. н.э. Гай, приводя эту классификацию в своих Институциях (3.38), называл ее главнейшим делением обязательств (*summa divisio*). Обязательства из частных правонарушений (*delicta privata*, противопоставлявшихся *crimina*, уголовным преступлениям) были более древнего происхождения по сравнению с договорными обязательствами. Даже в развитом римском праве в деликтных обязательствах видна идея штрафа, наказания; в древнереспубликанском праве цель наказания, штрафа имела в деликтных обязательствах основное значение. Она отражалась, например, в том, что в то время, как обязательства по договорам переходили по наследству, обязательства из деликтов по существу не переходили на наследников; только в том случае, если к наследнику поступало обогащение, добытое правонарушением данного лица, можно было истребовать от наследника сумму этого обогащения.

2. Однако договорами и правонарушениями не исчерпывались все те случаи, когда в жизни возникали обязательства. Встречалось много самых разнообразных казусов, когда не было ни правонарушения, ни договора, а между тем все-таки возникало обязательство. Классические юристы не выработали определенной классификации всех разнообразных видов обязательств. Тот же юрист Гай (в другом своем произведении — «*Aurea*»), выделив обязательства, возникающие из договоров и из деликтов, все остальные случаи обозначает общим именем обязательств, возникающих *ex variis causarum figuris*, т.е. из различных видов оснований; Гай соединяет их в одну общую группу. Тем самым Гай, по существу, отказывается от какой бы то ни было классификации. Правда, в другом месте того же произведения, приведенном в Дигестах¹, Гаю приписана четырехчленная классификация обязательств: 1) из договора; 2) как бы из договора (*quasi ex contractu*); 3) из деликта; 4) как бы из деликта (*quasi ex delicto*). Однако, во-первых, подлинность этого места Дигест весьма сомнительна. По-видимому, составители этого сборника допустили

¹ D.44.7.5.

здесь интерполяцию (см. разд. I, § 5, п. 6) под влиянием возникшей в праве поздней империи (под греческим влиянием) тенденции к систематизации. Во-вторых, четырехчленная классификация (встречающаяся и в Институциях Юстиниана) не является сколько-нибудь точной и ясной. Указание, что обязательство возникает «как будто» из договора, «как будто» из деликта, еще не определяет сущности такого источника обязательства. Это не определение, а сравнение: употребляя такое название, хотят сказать, что бывают случаи, когда договора нет, и тем не менее возникает обязательство, очень напоминающее договорные обязательства. Например, если лицо, которому другое лицо не поручало ни общего управления своим имуществом, ни выполнения какого-либо определенного дела, берется по своей инициативе за ведение дела этого другого лица, то при известных условиях между ними возникает обязательство, аналогичное тому, какое устанавливается договором поручения (см. разд. VII, гл. VII, § 2). Равным образом к обязательствам как бы из деликтов относили такие обязательства, которые возникали из действий неправомерных, но не подходивших ни под один из деликтов, предусмотренных действующим правом.

Виды договоров

§ 1. Контракты и пакты

1. Юридическую норму, в какой бы редакции она ни была изложена, можно перефразировать в условное предложение: если налицо такие-то факты, то наступают такие-то юридические последствия. Факты, с наступлением которых юридическая норма связывает определенные юридические последствия, называются юридическими фактами.

Юридические факты можно разделить на события, которые не зависят от воли человека (например, естественная смерть, истечение времени и т.д.), и человеческие действия, являющиеся выражением воли человека.

Юридические последствия могут быть связаны с человеческим действием потому, что государство считает данного рода действие недопустимым и ведет с подобными действиями борьбу (например, кража, нанесение личной обиды, повреждение чужой вещи и т.д.). Наряду с такими недозволенными, неправовыми действиями юридические последствия связываются и с многими правомерными действиями. Особенно большое значение имеют те правомерные действия, которые прямо направлены на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей (так называемые *сделки*). Рим-

ские юристы не выработали общего понятия «сделки», они знали только отдельные конкретные договоры. Ближе всего подходило к современному понятию сделки выражение *negotium gerere, negotium contrahere*.

В сделках как в правомерных целенаправленных действиях выражается воля совершающих их лиц. Если в сделке выражается воля одного лица (одной стороны), сделка называется *односторонней*; например, завещание, выражающее волю завещателя; принятие наследства либо отказ от наследства, выражающие волю наследника. Если в сделке выражается воля двух сторон (например, продавца и покупателя; подрядчика и заказчика и т.д.), сделка называется *двусторонней*, или *договором*. Не всякий договор имеет своим последствием установление обязательства. Если, например, по соглашению двух лиц производится передача одним лицом другому определенной вещи с целью перенесения права собственности на нее, то в этом случае имеет место договор, однако направленный на передачу права собственности, а не на установление обязательства.

Договор в качестве одного из оснований возникновения обязательств имеет место только тогда, когда воля сторон, вступающих в договор, направлена на установление обязательственных отношений.

2. Римская договорная система являлась своеобразной и сложной в том отношении, что она различала два вида договоров: *контракты* и *пакты*. Тот и другой вид договоров имели свои существенные особенности.

К контрактам в классическом римском праве относились договоры, признанные гражданским правом и снабженные исковой защитой. К числу контрактов относился только определенный (исчерпывающий) круг договоров. Вне пределов установленного круга контрактов за сторонами не признавалось права практиковать какие-либо новые, не предусмотренные законом контракты. Некоторое отступление от этого принципа составили так называемые безыменные контракты (см. разд. VII, гл. V).

В противоположность контрактам пакты представляли собой неформальные соглашения самого разнообразного содержания. По общему правилу пакты не пользовались исковой защитой. С течением времени некоторые из таких неформальных соглашений все-таки получили исковую защиту (см. разд. VII, гл. VI).

§ 2. Развитие римского договорного права и его служебная роль

1. Ф. Энгельс писал, что римское частное право характеризуется тончайшей разработкой всех существенных правовых отношений простых товаровладельцев (покупатель и продавец, кредитор и должник, договор, обязательство и т.д.)¹.

Такого развитого состояния римское договорное право достигло только в результате долгой эволюции хозяйственной и общественной жизни Рима.

История римского народа известна науке с той поры, когда Рим представлял собой сельскохозяйственную общину, в которой отдельные семьи жили замкнутой хозяйственной жизнью, почти без всяких меновых сношений (натуральная система хозяйства).

Понятно, что при таком состоянии хозяйства и неразвитом обмене не было надобности в развитой системе договоров. Отдельных типов договоров было тогда весьма ограниченное число, причем все они совершались в очень сложной форме. Формализм в ту пору не стеснял: сделки заключались каждым хозяйством так редко, что выполнение даже довольно сложных форм было возможно.

Развитие договорного права шло в двух направлениях: а) по мере развития и усложнения хозяйственной жизни расширялся круг соглашений, пользующихся исковой защитой, и б) параллельно с этим шло постепенное ослабление древнего формализма и признание исковой силы за известными видами неформальных соглашений.

2. Древнереспубликанскому римскому праву были известны три основных типа обязательственных договоров: 1) *nexum* — совершавшийся в форме сложного обряда с помощью меди и весов (*per aes et libram*); 2) стипуляция — словесный договор в форме вопроса и ответа и 3) литеральный (письменный) контракт (надо думать, несколько позднее, чем два названных договора). Общим моментом для всех этих трех категорий являлся их формальный характер (подробнее см. разд. VII, гл. I—II).

Природа и значение *nexum* неясны. Древнереспубликанские юристы употребляли этот термин в разных значениях: одни понимали *nexum* в смысле всякой сделки, совершаемой с помощью меди и ве-

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XIV. С. 672.

сов (*per aes et libram*); другие видели в *nexum* сделку, посредством которой лицо принимало на себя обязательство, главным образом — договор займа. Этот договор сопровождался очень тяжелыми последствиями для неисправного должника: в этом договоре должник как бы закладывал кредитору себя самого; факт неплатежа отдавал должника в распоряжение кредитора. Только с изданием Петелиева закона (IV в. до н.э.) было запрещено кредиторам убивать или продавать в рабство должников; за долги стало отвечать имущество (см. выше, гл. I, § 1 настоящего раздела).

Трудно предположить, чтобы и в этот отдаленный период римской истории можно было обходиться без продажи и покупки вещей, передачи их во временное пользование и т.п., однако мы не располагаем никакими сведениями относительно того, как нужно было в то время оформлять соглашения подобного рода, чтобы они имели обязательную силу.

3. Даже на высшей ступени развития римское право не пришло к признанию того, что всякое законное соглашение двух сторон об установлении какого-либо обязательства само по себе имеет юридическую силу. В более древнем римском праве проводился прямо противоположный принцип: неформальное соглашение никогда не порождало юридически действительного обязательства. Чем объяснить эту особую склонность древнереспубликанского права к формализму, порой переходящему даже в символические обрядности и т.п.? Объяснение и в данном случае можно найти только в особенностях социально-экономического строя древнейшего Римского государства. Отмеченная выше простота хозяйственной жизни древнереспубликанского Рима, натуральная форма хозяйства, слабое развитие меновых отношений — все это не давало чувствовать в повседневной жизни неудобства формализма. Для каждого отдельного хозяйства вступление в договор было сравнительно редким явлением, как бы событием в жизни, и потому можно было потратить время на выполнение требуемых формальностей. Таким образом, соблюдение формы не было в то время чрезмерно стеснительным, а между тем положительные стороны формализма: определенность, внешнее выражение окончательного заключения сделки, четкость устанавливаемого отношения, удобство доказывания спорных фактов и проч. — были очень существенны. В малоразвитой хозяйственной жизни, в малоразвитом праве, в формальных требованиях за-

ключения договоров видели средство предупредить поспешность и необдуманность совершения такого рода юридических актов.

По мере роста территории Римского государства, развития его хозяйства, расширения обмена картина изменяется. Для менового хозяйства договор перестает быть исключительным, редким явлением: он проникает в повседневную практику каждого хозяйства, получает широкое распространение.

Старые формы заключения договоров тормозили развитие хозяйственной жизни, не соответствовали новому оживленному обороту, не удовлетворяли его потребностей. В конце концов победили требования, диктовавшиеся производственными отношениями, победила жизнь. Нельзя сказать, что в связи с новыми условиями хозяйственной жизни просто отказались от старых договорных форм. Постепенно отмерла только самая старая форма договора — *nexum*; что же касается стипуляции и письменного контракта, то они продолжали применяться, хотя и в этих договорах формальные требования со временем были ослаблены. Наряду со старыми формальными договорами появились новые, неформальные. Торговля требовала более быстрых темпов деловой жизни; расширение территории и завязывание торговых связей между лицами, находившимися на значительном расстоянии один от другого, делали затруднительным, а иногда и невыполнимым прежнее правило о том, чтобы заключающие договор стороны находились в одном месте.

4. Уже в конце республики вместо старинного *nexum* вошла в широкое употребление новая форма займа — *mutuum*. При этом договоре не требовалось выполнения каких-либо формальных действий, достаточно было всего двух моментов: соглашения сторон и фактической передачи суммы займа заемщику — чтобы договор получил юридическую силу. Одновременно или немного позже такой же порядок заключения договора — путем передачи вещей — допустили и в некоторых других случаях (договор о пользовании вещью, о хранении вещи, об отдаче ее в залог). А затем был сделан и следующий шаг: в определенных случаях, охватывавших самые частые в жизни типы сделок, допустили полное устранение каких-либо формальных моментов, признав юридическую силу за простым, неформальным соглашением, даже не сопровождающимся передачей вещи, по поводу которой договаривались стороны.

5. Гай, систематизируя различные виды контрактов, говорит, что обязательств, возникающих из контрактов, четыре вида: обязатель-

ство возникает или посредством передачи вещи, или путем произнесения слов, или на письме (путем письменного акта), или самим соглашением¹. *Res* — в смысле передачи вещи, *verba* — произнесение слов, *litterae* — письмо, *consensus* — выражение согласия (неформальное) — таковы различные основания возникновения обязательства из контракта, различные *causae obligandi* — основания установления обязательственной связи.

Отсюда четыре основных вида контрактов: реальные (т.е. устанавливающие обязательство передачи вещи, *res*), вербальные (или словесные, устные), литературальные (т.е. письменные) и консенсуальные (при которых обязательство возникает вследствие одного *consensus*, соглашения, даже независимо от передачи вещи). При этом каждая из четырех названных категорий охватывала строго ограниченное число точно определенных контрактов. В приведенную классификацию не включен Гаем древнейший формальный контракт — *пехит*, надо думать, потому, что ко времени Гая эта форма контрактов утратила всякое практическое значение; упоминание о *пехит* у Гая, впрочем, встречается (3.175) в связи с вопросом о прекращении обязательств.

С другой стороны, в перечень контрактов, указываемых Гаем, не вошли так называемые *contractus innominati* (безыменные контракты), первые следы признания которых относятся к I в. н.э. (юрист Лабейон) и которые окончательно сложились в законодательстве Юстиниана. Названные выше четыре основные категории содержали исчерпывающий перечень контрактов. Между тем продолжавшая развиваться и усложняться хозяйственная жизнь выдвигала все новые и новые потребности. Под влиянием этих новых потребностей в римском праве были признаны подлежащими защите и другие договоры, кроме перечисленных замкнутых категорий, причем возникновение их юридической силы римские юристы приурочили к тому моменту, когда одна из сторон уже выполнила принятое на себя обязательство (состоит ли оно в передаче вещи или в совершении какого-либо другого действия). Поскольку такого рода договоры получили признание тогда, когда основная система римских контрактов уже сложилась и для данных договоров как общей категории римские юристы не оставили общего наименования (наподобие

¹ Gai.3.89.

вербальных, литтеральных, реальных, консенсуальных контрактов), эта новая группа контрактов уже у средневековых юристов получила наименование *contractus innominati* (безыменные контракты). С точки зрения основания (а вместе с тем и момента) установления обязательственной связи, безыменные контракты ближе всего стоят к реальным контрактам: подобно тому, как при реальном контракте обязательство устанавливается с передачей вещи, так при безыменном контракте обязательство устанавливается исполнением одной из сторон своего предоставления (нередко выражающегося также в передаче вещи).

Под влиянием тех же потребностей развивавшейся хозяйственной жизни получили исковую защиту также некоторые неформальные соглашения — пакты (см. разд. VII, гл. VI).

6. Изложенный краткий очерк развития договорного права показывает и служебную роль, которую договорное право выполняло в римской хозяйственной жизни. Договорное обязательство было главной правовой формой, с помощью которой устанавливались и закреплялись хозяйственные связи растущей торговой и отчасти промышленной (ремесленной) деятельности. Закрепляя возникающие в развивавшейся хозяйственной жизни отношения, договорное право способствовало и дальнейшему росту хозяйственных отношений в соответствии с интересами господствующего класса рабовладельцев. Римское договорное право с его индивидуализмом и формально-юридической «свободой договоров» было в руках рабовладельцев действенным орудием эксплуатации (помимо рабов) также и свободных малоимущих граждан. Выработанная римскими юристами система разнообразных договоров открывала возможность снабжать правовыми последствиями различные отношения, складывавшиеся на почве ведения крупного сельского хозяйства (на латифундиях); выработанная система договоров отвечала интересам римских купцов и во внутренней, и в заморской торговле. В договорном праве более чем в любой другой отрасли частного права сказалось умение римских юристов, не отступая формально от консерватизма, характеризовавшего национальное римское право, давать признание новым интересам и новым потребностям и, таким образом, не только не тормозить дальнейшее развитие хозяйственной жизни, но и стимулировать его и содействовать ему.

Выполняя эту служебную роль, римское договорное право оказалось пригодным не только для урегулирования хозяйственных от-

ношений в Римском государстве, но было использовано и в Средние века для регулирования отношений, складывавшихся на почве оживившейся промышленности и торговли.

§ 3. Договоры строгого права (*stricti iuris*) и основанные на доброй совести (*bonae fidei*)

1. В древнереспубликанском праве формализм характеризовал не только процедуру заключения, но также и толкование содержания заключенного договора и применение его. Это выразилось конкретно в культе буквального текста договора подобно тому, как и при толковании закона в древнейшем праве был культ буквы закона. При толковании и закона, и договора основное значение придавалось не тем мыслям, какие вложил законодатель в данную норму или которые хотели выразить стороны в своем договоре, а букве закона или договора.

В этом смысле договоры древнереспубликанского римского права носили название *negotia stricti iuris*, сделки строгого права. Строгость древнейших договоров именно в том и выражалась, что сторона не могла ссылаться на то, что она имела в виду вложить в договор совсем не то содержание, какое получается по буквальному смыслу договора. Равным образом, нельзя было ссылаться ни на какие обстоятельства, которые делают несправедливым известное требование, раз оно было предъявлено другой стороной в полном соответствии с точным текстом договора. Даже позднее, с появлением формулярного процесса, только в том случае, если по просьбе ответчика претор включал в формулу иска специальную экспецию, в которой прямо указывались упомянутые обстоятельства, судья (при рассмотрении споров по таким договорам) принимал их во внимание. Строго формально решался в отношении *negotia stricti iuris* вопрос, заключен ли договор, или нет; также формально, по букве договора, определялось и его содержание; в этом виде договор подлежал исполнению.

2. С развитием экономики, с изменением на основе вновь складывающихся производственных отношений понятий о праве старый культ слова стал отходить в область предания. Сначала при толковании закона перестали слепо и грубо формально придерживаться буквы закона, а стали вникать в его смысл. А затем и в области договоров на букву стали смотреть как на средство выразить известную мысль

и в соответствии с этим стали исходить не только из того, *quod dictum est* (что сказано), но и из того, *quod actum est* (к чему была направлена воля действовавших лиц, буквально: «что сделано»). Параллельно с отходом формального толкования договора по его буквальному содержанию допустили при спорах, возникающих из договоров, ссылки на такие обстоятельства, которые делали требование из договора формально правильное по существу не заслуживающим защиты ввиду явной недобросовестности истца. Римские юристы в таких случаях говорили, что договор истолковывается по доброй совести; отсюда и сами договоры, допускавшие такое толкование, стали называться *negotia bonae fidei*, а вытекающие из них иски — *actiones bonae fidei*.

Более новые категории договоров — реальные и консенсуальные (за исключением договора займа, *mutuum*) — были договорами *bonae fidei*.

§ 4. Договоры односторонние и двусторонние (синаллагматические)

1. Во всяком договоре выражается воля двух сторон; в этом смысле всякий договор есть сделка двусторонняя. Но будучи всегда двусторонними сделками, договоры делятся на односторонние и двусторонние, в зависимости от того, устанавливается ли обязанность на одной только стороне, или же на обеих сторонах. Пример одностороннего договора — договор займа; обязанной стороной здесь является только заемщик; займодавец имеет право требовать от заемщика возврата занятой суммы, но никакой обязанности на нем не лежит. Пример двустороннего договора — договор найма вещи, по которому сдатчик обязан предоставить вещь для пользования, а наниматель обязан вносить наемную плату и по окончании договора возвратить вещь в исправном состоянии.

2. Среди двусторонних договоров, т.е. договоров, устанавливающих обязанности и для той, и для другой стороны, различаются опять-таки две категории. Хотя из некоторых договоров и возникают обязанности для обеих сторон, однако они не равноценные. Например, по договору ссуды (предоставление индивидуально определенной вещи в безвозмездное пользование) обязанность пользователя (ссудополучателя) вернуть по окончании пользования вещь в целостности и сохранности является главной, основной. По сравнению

с ней обязанность ссудодателя является случайной и потому второ-степенной: она возникает только тогда, если неосмотрительно дается по договору вещь, от которой ссудополучатель терпит ущерб (например, дано в пользование больное животное, заразившее скот пользо-вателя), либо пользователю пришлось произвести затраты на по-лученную в пользование вещь, возмещение которых он желал полу-чить от ссудодателя.

В других двусторонних договорах имеют место две встречные обязанности, одинаково существенные и важные: обязанность про-давца передать покупателю вещь и обязанность покупателя уплатить покупную цену взаимно обуславливают одна другую; обе эти обязанности и экономически признаются в принципе эквивалент-ными. В такого рода договорах как бы происходит обмен одного обещания на другое; отсюда эти договоры получили название си-наллагматических (от греческого слова *synallagma* — «обмен», «ме-новое соглашение»).

Условия действительности договора, его содержание, заключение договора

§ 1. Условия действительности договоров

1. Как всякая сделка договор предполагает выражение воли лиц, совершающих его. При этом воля той и другой стороны должна соответствовать одна другой; обе воли должны быть согласными между собой. Это наглядно выражается термином *conventio* — соглашение (буквальный смысл — *convenire* — «сходиться в одном месте»: при заключении договора стороны в переносном смысле «сходятся на одном»). Согласная воля сторон, выраженная вовне (в требуемых случаях — в надлежащей форме), является необходимым условием действительности договора.

2. Вторым необходимым условием действительности договора является законность содержания договора: договор не должен иметь своим предметом действие, нарушающее нормы права (например, недействительно соглашение о ростовщических процентах); наравне с противозаконным соглашением ставится соглашение, противоречащее морали или «добрым нравам» (например, недействительно обязательство не вступать в брак).

3. Не может иметь силы и такой договор, который страдает полной неопределенностью его содержания. Если должник при-

нимает на себя обязательство предоставить кредитору что-либо по своему усмотрению¹, отношение принимает неделовой характер, так как должник может предоставить нечто, не имеющее никакого значения, и этим прекратить свое обязательство. Если же должник обязуется предоставить что-либо по усмотрению кредитора, он ставит себя в положение полной зависимости от кредитора, что противоречит морали и «добрым нравам».

Обязательство должно иметь *определенность содержания*. При всем том обязательства делятся, однако, на *определенные* и *неопределенные*. Это различие сводится к тому, что в одних случаях содержание обязательства с полной ясностью и точностью определено в самом договоре (определенные обязательства). В других случаях в договоре дается только критерий, с помощью которого можно установить содержание обязательства (например, вещь продается за сумму, в которую оценит вещь Тиций), или указывается круг предметов, из числа которых должник обязан предоставить какой-то один (продается ваза или сосуд — так называемое альтернативное обязательство). В последнем случае имеют место неопределенные обязательства, т.е. до известного момента не отличающиеся полной точностью и определенностью, но, во всяком случае, являющиеся делимыми.

4. Одной из важнейших разновидностей неопределенных обязательств являлись *родовые обязательства*. Их предмет определен не индивидуально, как *species*, а только родовыми признаками, как *genus*; например, обязательство доставить модий пшеницы такого-то сорта. Пока должник не выделит требуемого от него количества предусмотренного рода вещей, неизвестно, какие именно предметы причитаются кредитору. Это обстоятельство имело важное практическое значение в том отношении, что если имеющиеся у должника вещи указанного в договоре рода погибали без его в том вина, он не освобождался от обязательства (как было бы, если бы предмет обязательства был определен индивидуально, как *species*); ниоткуда не следует, что кредитору причитались именно погибшие предметы. Эта мысль выражалась афоризмом: *genus non perit* — вещи, опреде-

¹ Усмотрение должника в определенных рамках допустимо. Ульпиан (D.2.14.49) признает действительным договор займа, в котором заемщику предоставлено право вернуть занятую сумму не полностью, а в меру возможности.

ленные родовыми признаками, не погибают. Приведенный афоризм имеет тот смысл, что гибель того или иного количества подобного рода вещей не прекращает обязательства: пока имеются в природе вещи данного рода, должник обязан раздобыть предусмотренное договором количество их и передать кредитору. Впрочем, в договор можно было внести известные ограничительные признаки: например, продается не просто модий пшеницы, а с оговоркой «из имеющейся на таком-то складе»; в этом случае уничтожение без вины должника всего запаса пшеницы данного склада освобождало должника от обязательства.

5. Действие, составляющее предмет обязательства, должно быть *возможным: impossibilia nulla est obligatio* (нет обязательства, если его предмет невозможен). Невозможность действия может быть физическая (обязательство вычерпать воду из моря), юридическая (продажа вещи, изъятой из оборота), моральная (обязательство исполнить роль сводни). Обязательство с невозможным для исполнения предметом недействительно.

Иное дело, если установленное с полной юридической силой обязательство становилось потом невозможным для исполнения. Его судьба в таком случае зависела от того, несет ли должник ответственность за наступление обстоятельства, которое привело к невозможности исполнения (уничтожение вещи, пропажа и т.д.).

Если должник отвечал за это обстоятельство, обязательство не прекращалось, а только видоизменялось: оно превращалось в обязательство возмещения убытков от неисполнения; если же должник не нес ответственности за обстоятельство, сделавшее невозможным исполнение, он освобождался от обязательства.

6. В римском праве действие, составляющее предмет договора, должно представлять *интерес для кредитора*. «Каждый должен приобретать то, что представляет для него интерес (*quod sua interest*), а между тем для меня нет интереса, чтобы было дано по договору другому», — говорит Ульпиан¹. В одном из древних договоров, широко распространенном, так называемом стипуляционном (см. разд. VII, гл. I, § 1) договоре, требование личного интереса кредитора так и сохранилось до конца развития римского права. В договорах, появившихся позднее, это требование было смягчено; например, призна-

¹ D.45.1.38.17.

вался имеющим юридическую силу договор поручения (см. разд. VII, гл. IV, § 6) *aliena gratia*, т.е. не в интересе дающего поручение, а в интересе третьего лица.

Спорным является вопрос, необходимо ли было для действительности договора, чтобы действие, составляющее предмет договора, относилось к имущественной сфере. С преобладающей в литературе римского права точки зрения этот вопрос решался утвердительно.

§ 2. Воля и выражение воли

1. Для совершения договора (как и всякой сделки) недостаточно, чтобы лица, его совершающие, имели решение воли установить определенные правоотношения. С внутренним решением лица, пока оно не получило выражения вовне, не могут связываться юридические последствия, так как подобного рода внутренние волевые процессы остаются неизвестными для окружающих, и их никто не может принять в соображение в своих деловых отношениях. Воля должна быть выражена (изъявлена) вовне. Формы выражения воли мыслимы различные: слово, письмо, жест (например, утвердительное или отрицательное наклонение головы); в известных случаях — молчание. Римский юрист говорит: «...Кто молчит, не считается безусловно согласившимся, но вместе с тем он и не отрицает»; бытовая поговорка «молчание есть знак согласия» в области права не всегда применима. Наконец, воля может быть выражена с помощью так называемых конклюдентных действий, т.е. таких действий, из которых можно сделать вывод, заключить (*concludere*), что лицо желает совершить известную сделку; например, лицо, призываемое к наследству, не делает заявлений ни о принятии наследства, ни об отказе от него; но оно ремонтирует дом, входящий в состав наследства, заключает договоры найма с квартирантами и т.д., словом, ведет себя как наследник; из этих действий данного лица, которые сами по себе имеют свое самостоятельное значение, можно сделать вывод, что лицо принимает наследство. Равным образом получение процентов за последующее (после срока платежа занятой суммы) время означает отсрочку платежа (D.2.14.57).

Для некоторых сделок закон предписывал совершенно определенный способ выражения воли; такие сделки называются фор-

мальными (например, манципация, *пехит* и проч.). Другие сделки не были связаны с определенной формой; стороны могли выражать свою волю тем или иным способом по своему усмотрению (например, консенсуальные контракты); такие сделки называются неформальными.

2. Может случиться, что воля выражена лицом так неудачно, что внешнее ее выражение (или волеизъявление): слово, письмо — оказалось не соответствующим внутреннему решению, тому намерению, которое было у данного лица. Тогда возникает вопрос: чему придать преимущественное значение — воле или ее внешнему выражению, и можно ли признать договор состоявшимся?

Древнейшее римское право при толковании договоров исходило из того, что выражено вовне; исследование подлинной воли лица не производилось. Но в классический период стала преобладать та точка зрения, что внешнее выражение воли (слово, письмо) не должно иметь исключительного значения и вытеснять из поля зрения лица, истолковывающего договор, подлинное намерение, подлинную мысль лица, которую оно хотело в данном случае выразить. Эта новая точка зрения привела сначала к такому выводу, что при расхождении воли и ее внешнего выражения никакого юридического результата вообще не получается: то, что стороны выразили (*id quod dictum est*), не соответствует их подлинным намерениям; а то, что они имели в виду и хотели выразить (*id quod actum est*), то не выражено. Однако затем возобладала та точка зрения, что если из всех обстоятельств дела можно заключить, что сделанное сторонами изъяснение воли не соответствует их подлинной воле, причем содержание подлинной воли можно установить, то договор должен толковаться не по букве, а по скрывающейся за буквой мысли.

3. Больше трудностей представляет вопрос в тех случаях, когда расхождение между внутренней волей и ее внешним выражением имеет место в волеизъявлении одной из сторон, причем другой стороне это расхождение оставалось неизвестным.

Тогда приведенный вывод о преимущественном значении подлинной воли по сравнению с ее внешним выражением приводит в столкновение с другим соображением. Именно другая сторона в договоре выразила свою волю, полагаясь на выражение воли первой стороны и не подозревая, что оно не соответствует подлинной воле лица. Если безоговорочно признать, что волеизъявление первой стороны должно пониматься в соответствии с подлинным содер-

жанием ее воли, второй стороне может быть причинен ущерб, ею не заслуженный.

Этот вопрос встает при наличии *заблуждения (error)*. Под заблуждением понимается неправильное представление лица о фактических обстоятельствах (как неведение фактов, так и неправильное представление о них), которое побудило заблуждающегося сделать данное волеизъявление.

Из казуистики римских юристов, относящейся к сделкам, заключенным под влиянием заблуждения, можно сделать заключение, что решение вопроса о юридических последствиях заблуждения (в отношении по крайней мере возмездных договоров) должно было в основном зависеть от того, можно ли поставить в вину данному лицу то, что оно выразило вопне не ту волю, которую имело на самом деле. Если расхождение между волей и ее внешним выражением получилось по вине выражавшего волю, он считается связанным таким содержанием воли, как могла понять его другая сторона. Если же это расхождение получилось без вины лица, выразившего волю, оно может добиваться того, чтобы не быть связанным внешним (неправильным) выражением воли. Имела ли по римскому праву другая сторона право на возмещение в какой-либо мере ущерба, понесенного ею от такого исправления первой стороной сделанного ею волеизъявления, точно установить еще не удалось.

Важное значение имеет существенность заблуждения. Заблуждение может относиться к самому характеру сделки (*error in negotio*); например, лицо дает по договору другому лицу денежную сумму на хранение, а получающий деньги ошибочно полагает, что деньги даются ему взаймы. В этом случае не возникает ни договора хранения, ни договора займа за отсутствием соглашения (вместо *consensus* получился *dissensus*, недоразумение).

Заблуждение может относиться к личности контрагента (*error in persona*). Значение такому заблуждению придается лишь тогда, когда по характеру сделки важны личные особенности контрагента; например, заблуждение в личности покупателя имеет значение при купле-продаже с отсрочкой или рассрочкой платежа и совершенно безразлично при купле-продаже за наличный расчет. Во втором примере сделка сохраняет полную силу, несмотря на заблуждение в личности покупателя, в первом примере продавец имеет право ее оспорить.

Существенным является также заблуждение в предмете (*error in corpore*); например, если продается один земельный участок, а поку-

патель по заблуждению считает, что покупает другой участок, договора не возникает (но если лицо ошибается только в названии предметов, так что по внешности стороны как будто выражают волю в отношении различных предметов, а по существу они имеют в виду один и тот же предмет, то договор вполне действителен).

По вопросу о заблуждении в свойствах предмета в источниках имеется богатая казуистика, на основе которой в литературе римского права нередко делается такое обобщение: если свойство вещи, относительно которого лицо находится в заблуждении, таково, что оно заставляет признать вещь совсем другой, чем имелось в виду, относящейся к другой категории, то нужно признать договор несостоявшимся (например, покупалась ваза как золотая, а она на самом деле бронзовая); если же заблуждение касается лишь сортности, добротности вещи и т.п. (куплена вещь как золотая, а она — только позолоченная, т.е., по словам римского юриста (D.18.1.45), некоторое количество золота в ней есть), то сделка действительна, а заблуждавшееся лицо может требовать удовлетворения путем уменьшения покупной цены и т.п.

Несущественным признавалось *заблуждение в мотивах* заключения договора (поскольку мотив не введен в договор в качестве условия). Соображения, которые привели лицо к известному решению, не включенные в содержание сделки, не могут учитываться другой стороной; поэтому в интересах устойчивости деловых отношений нельзя допустить оспаривание заключенного договора на том основании, что расчеты лица, выразившего волю, не оправдались.

4. Воля лица должна быть выражена в договоре сознательно и свободно, без какого-либо постороннего давления. Такого свободно выражения воли нет, когда имеет место обман, насилие, принуждение.

Dolus, соответствующий русскому термину *обман*, имел в римском праве несколько значений. В качестве обстоятельства, опорочивающего выражение воли в договоре, *dolus* понимался как умышленное введение кого-либо в заблуждение с намерением вызвать волеизъявление, причиняющее ущерб лицу, совершающему такое волеизъявление.

Республиканские римские юристы считали необходимым условием признания *dolus* применение какой-либо *machinatio*, ухищрения; позднее сюда стали относить всякое поведение (как активное,

так и молчание), которое вселяет неправильные представления у контрагента, побуждающие его совершить данное волеизъявление.

Договор, совершенный под влиянием обмана, не являлся абсолютно ничтожным: он вызывал юридические последствия, но лицу, выразившему волю под влиянием обмана, давались средства для того, чтобы лишить договор силы. Это лицо получало иск (*actio doli*) для того, чтобы лишить договор силы и взыскать с того, кто прибегнул к обману, причиненные убытки. Присуждение по *actio doli* влекло за собой бесчестье (*infamia*), поэтому такой иск заменялся каким-либо другим, если классовые соображения не допускали такого тяжелого последствия (обманутый — человек незнатный и бедный, *humilis*, а обманщик — представитель знати); точно так же *actio doli* не давалась против родителей, патронов и т.п. Вообще *actio doli* считалась субсидиарным (запасным) иском, т.е. он давался лишь в тех случаях, если потерпевший не имел в своем распоряжении другого иска; по общему правилу потерпевший получал иск из того договора, который заключен под влиянием обмана. Если бы лицо, допустившее обман, или его правопреемник сами предъявили иск из договора, заключенного под влиянием обмана, потерпевшему давалась *exceptio doli*. Наконец, потерпевший мог просить претора о восстановлении в первоначальное положение (*restitutio in integrum*), т.е. об уничтожении заключенной сделки.

5. Принуждение к заключению договора может выразиться в физическом насилии (это бывает редко, например, выводят рукой лица его подпись) или (чаще) в психическом давлении, угрозах (*metus*). На угрозу можно было ссылаться в целях опорожнения заключенного договора лишь в тех случаях, когда угроза являлась *противозаконной* (не имела, например, значения угроза обратить принудительное взыскание на имущество данного лица), *реальной* (т.е. угрожающий действительно мог привести угрозу в исполнение) и по содержанию представлялась для подвергающегося угрозе *важным злом*.

Сделка, совершенная под влиянием угроз, сама по себе считалась в римском праве действительной (*coactus tamen volui* — говорили римские юристы (D.4.2.21.5, Павел), что значит: хотя и под давлением, под принуждением, но все-таки я волю выразил). Но поскольку выражение воли в данном случае состоялось против желания лица, выразившего волю, ему предоставлялись правовые средства для оспаривания сделки. Подобно тому как при обмане, договор, заключенный под влиянием принуждения, можно было

оспорить или с помощью иска, вытекающего из договора, или с помощью специального иска — *actio quod metus causa*. Этот последний иск предъявляется в первую очередь к лицу, применившему принуждение (в размере ущерба), а также к каждому третьему лицу, к которому перешло имущество, добытое путем принуждения (в размерах обогащения этого третьего лица). При отказе ответчика по иску добровольно удовлетворить требование истца присуждение производится в четвертном размере. Против иска лица, применившего принуждение, потерпевшему давалась *exceptio metus*. По просьбе потерпевшего претор, разобрав дело, давал также *restitutio in integrum* (см. разд. II, § 5, п. 3).

§ 3. Содержание договора

I. В приведенном выше (разд. VI, гл. I, п. 1) отрывке из сочинений юриста Павла содержание обязательства (прежде всего договорного) определяется тремя терминами: *dare, facere, praestare*. *Dare* означает «дать», в смысле передать право собственности, *facere* — «сделать», понимая под этим как положительное действие, так и воздержание от действия, несовершение действия; *praestare* — «предоставить», смысл этого термина понимается не всеми одинаково; его передают словами: оказать личные услуги, принять ответственность за другого и т.д.

В условиях рабовладельческого хозяйства обязательства, имеющие содержанием выполнение для другого той или иной работы, не имели особого распространения и значения; римские граждане пользовались главным образом трудом рабов; для свободного человека обязаться работать для другого признавалось недостойным делом. Если римский гражданин и принимал на себя исполнение какой-нибудь работы, фактически она выполнялась обычно его рабами. Обязательства такого рода, требовавшие *личного* исполнения должника, встречались редко.

«Там, где **рабство** является господствующей формой производства, там труд становится рабской деятельностью, т.е. чем-то бесчестящим свободных людей»¹.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XIV. С. 450.

2. Условия и сроки. В содержании договора можно различать отдельные элементы, имеющие неодинаковое значение для каждого данного договора. В договоре есть пункты, части, без которых данный договор не может существовать; например, нельзя заключить договора купли-продажи, не договорившись так или иначе относительно предмета и цены. Это — *существенные* (необходимые) части договора купли-продажи. Другие части, не будучи необходимыми, все же обычно бывают в договоре данной категории. Например, в Риме было принято, что наемная плата за взятую в пользование по договору найма вещь вносится по истечении той единицы времени (года, месяца), за которую наемная плата причитается; однако по соглашению сторон можно было установить, чтобы наемная плата вносилась вперед. Следовательно, данный пункт договора не является безусловно необходимым, он только обыкновенный, *обычно бывающий* в договоре найма. Наконец, могут быть такие части договора, которые не являются ни необходимыми, ни обычными для данного договора, а *случайными*, включаемыми в договор только в том случае, если стороны того пожелают. Примерами таких случайных элементов служат условия и сроки.

3. Условием (*condicio*) называется такая оговорка в договоре, посредством которой юридические последствия договора ставятся в зависимость от наступления или ненаступления в *будущем* события, относительно которого *неизвестно*, наступит оно или нет. («Условие» в этом техническом значении нужно отличать от условия действительности договора (см. § 1) как предпосылки для действительности договора.) Если юридические последствия договора находятся в зависимости от какого-то обстоятельства, предуказанного законом, нельзя говорить об условии: например, дееспособность лиц, заключающих договоры, нельзя назвать (в техническом смысле) условием договора.

Вводя в договор условие, стороны могут поставить в зависимость от наступления условия *возникновение* юридических последствий данного договора; стороны, таким образом, откладывают возникновение этих последствий, а потому условие в этом случае называется *отлагательным*, или *суспензивным*. Например, продается обстановка при условии, если состоится переезд продавца на жительство в другой город.

В других случаях в зависимость от условия может быть поставлено не возникновение, а *прекращение* юридических последствий до-

говора, так что с наступлением условий возникшие последствия отменяются; поэтому такие условия называются *отменительными*, или *резолютивными*. Например, в договор купли-продажи вводится условие, что, если с течением месячного срока покупная цена не будет уплачена, вещь считается непроданной.

При отлагательном условии до его наступления имела место так называемая *pendentia*, неопределенность. Некоторое значение заключенный договор имел и в течение периода *pendentia*; например, право по условному договору могло перейти к наследнику управомоченного лица; но все-таки до наступления условия право не считалось существующим окончательно. Если условие не исполнялось, отпадала надежда на возникновение юридических последствий; если условие наступало, наступали все юридические условия договора. При этом во многих отношениях юридические последствия рассматривались так, как будто они возникали в момент заключения договора.

При отменительном условии юридические последствия наступали с момента заключения договора, но с наступлением условия отпадали, притом, как принято говорить, *ipso jure*, в силу самого закона без какой-либо специальной просьбы заинтересованного лица.

4. *Срок (dies)* сходен с условиями в том отношении, что включение в договор срока также ставит юридические последствия договора в зависимость от известного события; различие же между сроком и условием в том, что при сроке событие, в зависимость от которого поставлены юридические последствия, непременно должно наступить, хотя может быть неизвестно, когда оно наступит (например, смерть лица). Вообще различали: а) срок, при котором известно, что он наступит и когда именно (например, заключен договор сроком на два месяца); б) срок, при котором известно, что событие наступит, но неизвестно когда (например, договор о пожизненном пользовании).

Бывали сроки, связанные с условием: а) неизвестно, наступит ли событие, но если наступит, то время наступления известно (например, обязательство содержать лицо до его совершеннолетия); б) не известно ни наступление, ни время наступления события (например, обязательство передать имущество при вступлении данного лица в брак). В последнем случае (т.е. пп. а) и б) этого абзаца) оговорка имела только формулировку срока, но по существу являлась условием.

Сроки, как и условия, различались отлагательные (*dies a quo* — срок, с которого начинается действие договора) и отменительные (*dies ad quem* — срок, до которого продолжается действие договора). Ввиду того, что наступление срока заранее известно, платеж по обязательству до наступления отлагательного срока все-таки считался действительным и не мог быть истребован обратно (платеж по условному обязательству до наступления отлагательного условия мог быть истребован как платеж недожного).

§ 4. Цель договора (*causa*)

1. *Causa* означает ближайшую цель, ради которой заключается договор; вместе с тем *causa* — материальное основание, которое привело к заключению договора. Лицо может иметь при вступлении в договор не одну цель, а несколько, например, покупая вещь, лицо имеет в виду в течение некоторого срока, пока вещь нужна ему для профессиональных надобностей, пользоваться ею, а затем продать ее и т.д. Но в глазах права важна непосредственная ближайшая цель, ради которой лицо вступает в договор; так, когда покупатель принимает на себя обязательство платить покупную цену, его ближайшей целью является получение вещи. Такая ближайшая цель договора и называется *causa*.

Каузу (в указанном смысле) надо отличать от простого мотива, под которым разумеют всякое соображение, приводящее лицо к известному решению (см. выше, § 2, н. 3, в конце).

2. Бывают такие договоры, из которых не видно, какая кауза лежит в их основании, и неосуществление каузы (которая фактически всегда имеется в виду, ибо без всякой цели никто не заключает обязательства) не препятствует наступлению юридических последствий такого договора. Подобного рода договоры как бы отвлечены от своей каузы, от своего основания, абстрагированы от него, а потому в современной теории называются абстрактными. Примером абстрактного договора может служить цессия (уступка права требования, см. ниже, гл. IV, § 2).

Договоры, связанные с определенной хозяйственной целью (например, купля-продажа, наем имущества), называются (в противоположность абстрактным договорам) каузальными. Недостижение каузы в каузальном договоре приводит к его недействительности.

§ 5. Заключение договора. Представительство

1. Процесс заключения договора в Риме был неодинаков в зависимости от того, о каком договоре шла речь. Так, важнейший вербальный контракт (стипуляция) предполагал в качестве необходимого условия действительности договора, чтобы инициатива шла от кредитора в форме вопроса к должнику: «Обещаешь ли уплатить мне столько-то?»; после соответствующего ответа должника договор считался заключенным. В других договорах процесс заключения может начинаться и со стороны должника, например, зная, что Тицию необходимо куда-то номестить на месяц некоторые из его вещей, Люций сам вызывается принять их на хранение. Так или иначе, но одна из сторон делала предложение заключить договор (так называемый *офферт*), а другая принимала сделанное ей предложение (так называемый *акцепт*). Если договор не консенсуальный, то помимо достигнутого таким путем соглашения сторон необходимо было или выполнить требуемую форму (письменный контракт), или по крайней мере (при реальных контрактах) передать вещь, составляющую предмет договора.

2. В римском праве, даже на последних стадиях его развития, действовало правило, что договор заключается *лично* сторонами: кто не участвовал в установлении обязательственной связи, на того действие обязательства не распространяется. Даже развитому римскому праву не было известно в качестве общего правила то, что в современном праве называют заключением договоров через представителя, когда одно лицо (представитель) заключает сделку от имени и за счет другого лица (представляемого), так что все юридические последствия (права и обязанности) ложатся на представляемого. В более древнюю же эпоху заключение договора через представителя было просто недопустимым. Личный характер обязательственного правового отношения понимался так широко и прямолинейно, что и заключение обязательственного договора должно было совершаться лично сторонами. Такой взгляд порождался всеми социально-экономическими отношениями древнереспубликанского периода.

Хозяйство, по существу, оставалось еще натуральным; меновые отношения только-только начинали завязываться, хотя и приходилось кое-что покупать для своего хозяйства, сдавать или снимать отдельные вещи во временное пользование, но все это изредка, так что римский *paterfamilias* мог без особых затруднений заключить необ-

ходимые договоры лично. Территория государства была невелика, что, в свою очередь, облегчало личное заключение тех немногих договоров, которые были нужны отдельным хозяйствам. Весьма важное значение имело, далее, то обстоятельство, что по договорам, заключаемым подвластными римского домовладыки и его рабами, права (а позднее — и обязанности) приобретались самим домовладыкой (см. выше, разд. IV, § 4, н. 4). Благодаря всему этому в ту пору потребность в представительстве не давала себя знать.

Подвластные представителями не являлись. Права по заключаемым ими договорам приобретались домовладыкой независимо от того, была ли направлена на такое последствие воля подвластного, тогда как необходимым условием представительства является воля представителя заключить договор от имени и за счет представляемого. Ответственность по договорам, заключенным подвластным, лежит в первую очередь на самом подвластном, и только в качестве дополнительного (рядом с ним) должника признавался домовладыка и то не всегда в полном размере; представитель же не приобретает по заключаемому им договору ни прав, ни обязанностей.

По мере расширения Римского государства и превращения его в средиземноморскую торговую державу стала сильнее сказываться потребность в институте представительства (в точном смысле) при заключении договоров. Однако и тогда представительство с непосредственным действием (т.е. с возникновением прав и обязанностей по договору представителя сразу в лице представляемого) было допущено не в виде общего правила, а только как исключение (например, было допущено заключение через представителя договора займа).

Стороны в обязательстве

§ 1. Личный характер обязательств

1. Обязательство в понимании римских юристов представлялось строго личным отношением между двумя или несколькими определенными лицами. Оно рассматривалось как строго личная связь между кредитором и должником (несмотря на имущественный характер содержания обязательства).

Принципальный взгляд на обязательство как на отношение строго личного характера получил практическое выражение в ряде конкретных норм.

С установлением обязательства связывались определенные юридические последствия исключительно для тех лиц, которые его установили. Поэтому, как правило, нельзя было вступить в обязательство через представителя.

По той же причине не получал юридической силы договор, по которому кредитор выговаривал нечто от должника в пользу третьего лица, не участвовавшего в заключении договора: кредитору в таком случае не давали иска потому, что он непосредственно не имел денежного интереса в договоре, а третье лицо не получало иска потому, что не участвовало в заключении договора. Тем более было недопустимо возложение

какой-либо обязанности на третье лицо, не участвовавшее в заключении договора. Только в том случае, когда в заключаемом договоре был заинтересован наряду с третьим лицом также лично кредитор, договор получал юридическую силу.

2. Понимание обязательства как строго личного отношения между сторонами приводило также к тому, что обязательство первоначально признавалось абсолютно непередаваемым — ни на активной стороне (переход права требования от кредитора к другому лицу), ни на пассивной (замена одного должника другим).

С развитием хозяйственной жизни, с оживлением торговых отношений и внутри страны, и за ее пределами эти положения стали несколько смягчаться: допустили, хотя и в ограниченных размерах, представительство; равным образом признали возможной замену лица, участвовавшего в установлении обязательства, другим лицом.

§ 2. Замена лиц в обязательстве

1. *Переход обязательств по наследству.* Переход права требования кредитора или обязанности должника в связи с их смертью на наследников был допущен очень рано. Признанию преемства наследника в правах и обязанностях, входивших в состав наследства, способствовал семейный характер собственности в древнейшую эпоху, по сути дела приводивший к тому, что и обязательства, в которые вступал домовладыка в качестве кредитора или должника, являлись общими для всей семьи.

Непосредственные подвластные домовладыки являлись даже его необходимыми наследниками: их согласие на принятие наследства после домовладыки не требовалось, потому что они и при жизни домовладыки были участниками в семейной собственности, но в то время не могли проявить своих прав; домовладыка как бы заслонял их собой.

Римские юристы обосновывали смену лиц в обязательствах в случаях смерти кредитора или должника мистическим тезисом, что наследник является продолжателем личности наследодателя (*personam defuncti sustinet*, D.41.1.34).

2. *Цессия.* Замена в обязательстве кредитора либо должника при их жизни другими лицами в древнереспубликанском Риме считалась абсолютно недопустимой.

Такое положение не было связано с особыми неудобствами, пока хозяйство было натуральным (или хотя бы в основном имело характер натурального) и обязательства не имели особого значения в хозяйственной жизни. По мере того, как развивалась торговля, внутренняя и внешняя, заморская, такая неподвижность обязательства стала нетерпимой. Договоры стали повседневным явлением; обязательства заняли видное место в составе имущества римских граждан. Интересы развивавшейся торговли потребовали мобилизации обязательств.

Для удовлетворения этой потребности хозяйственной жизни, для целей передачи права требования довольно рано стали применять так называемую *новацию*, или обновление обязательства. Новация заключалась в том, что с общего согласия кредитора, должника и того лица, которому кредитор желал передать свое право требования, это последнее лицо заключало с должником договор того же самого содержания, какое было в первоначальном обязательстве, именно с целью новым обязательством заменить первоначальное.

Этот суррогат передачи права требования не мог, однако, удовлетворить потребностей хозяйственной жизни. Новация была неудобна тем, что она требовала согласия должника на замену одного кредитора другим и даже присутствия должника при совершении новации; а между тем должник как не заинтересованный в передаче кредитором своего права требования другому лицу не всегда проявлял готовность к заключению нового договора с целью замены одного кредитора другим. Помимо того, поскольку новация означала не передачу права требования, а прекращение одного обязательства и установление на его место нового, постольку вместе с первоначальным обязательством новация прекращала и всякого рода обеспечения его, которые, быть может, были установлены (поручительство, залоговое право); если новый кредитор настаивал на обеспечении обязательства, приходилось заново договариваться с поручителем или добиваться установления вновь залогового права, а получить согласие на это заинтересованных лиц (поручителя, залогодателя) не всегда удавалось.

Жизнь требовала допущения прямой уступки права требования (цессии). Для этой цели воспользовались институтом процессуального представительства. В римском формулярном процессе допускалось ведение судебного дела не лично истцом или ответчиком, а через представителя, который назывался *cognitor*, если назначался с соблю-

дением установленных формальностей, или *procurator* — в случаях неформального назначения. Формула иска, предъявлявшегося через представителя, составлялась «с перестановкой субъектов»: в интенции при изложении претензии истца писалось имя представляемого, а в кондемпнции при присуждении или отказе в иске писалось имя представителя. Таким образом, если представитель выступал от имени истца и иск удовлетворялся, то присуждение, а следовательно, и взыскание по иску делалось на имя представителя; и только в порядке отчета перед своим доверителем представитель должен был передать доверителю полученное по иску, а представитель должника, подвергшийся взысканию суммы иска, — требовать от доверителя возмещения уплаченной суммы.

Для того чтобы передать право требования другому лицу, кредитор, уступающий свое право (цедент), стал назначать то лицо, которому он желал уступить свое право (цессионария), своим представителем в процессе, с оговоркой, что этот представитель может оставить взысканное за собой (поэтому такой представитель и назывался *procurator in rem suam*).

С помощью такой обходной формы получался как будто необходимый результат: право требования первоначального кредитора поступало в имущество нового кредитора. Однако этот способ передачи права требования таил в себе существенные неудобства. В основе отношения между цедентом и цессионарием лежал договор поручения (*mandatum agendi*). Между тем договор поручения как основанный на особом доверии, проявляемом одним контрагентом другому, мог быть в любое время расторгнут односторонней волей доверителя. Помимо этого смерть доверителя также прекращала договор ввиду особо личного характера отношения поручения. Получалось, таким образом, что пока цессионарий не произвел взыскания по цедированному требованию, его положение не было прочным; стоило цеденту умереть или отменить данное цессионарию поручение, и цессия утрачивала значение. Другая опасность, подстерегавшая цессионария, заключалась в следующем. Поскольку для цели уступки своего права кредитор лишь назначал цессионария представителем на суде, платеж, произведенный должником первоначальному кредитору (цеденту), был вполне действительным и прекращал обязательство, а тем самым — и право цессионария взыскивать с должника.

Нужно было внести такие поправки, которые обеспечивали бы реальность производимой цессии. Необходимые поправки свелись к следующему.

В классическом римском праве установился такой порядок, что должника стали уведомлять о происшедшей цессии (уведомление, *denuntiatio*, обычно делал цессионарий как заинтересованный в этом); уведомление имело то значение, что должнику, получившему уведомление, не следовало платить первоначальному кредитору (цеденту); если же должник все-таки платил цеденту, его обязательство, несмотря на платеж, не погашалось, и новый кредитор имел право требовать платежа ему (а должнику тогда предоставлялось только требовать от первоначального кредитора возврата полученной суммы).

Для того чтобы интересы цессионария не пострадали в случае отмены поручения со стороны цедента либо его смерти, цессионарий стал получать самостоятельный иск (тот же иск, который принадлежал цеденту, по аналогии, причем в формулу иска вводилась фикция, будто цессионарий — наследник цедента).

Таким образом, хотя принципиально допустимость передачи права требования не была признана и после указанных поправок, однако цессионарию все-таки было гарантировано осуществление передаваемого права судебным порядком. Римские юристы в этом случае говорили *cedere actionem*, т.е. уступить иск, а не *obligationem*, т.е. обязательство (впрочем, в одной из императорских конституций, С.8.26.(27).1, говорится и о перенесении самого материального права «*si in alium ius obligationis transtulisti*», т.е. «если ты перенес на другого право обязательства...»).

Цессия может быть произведена по самым различным основаниям, и ее действительность не зависит от осуществления основания, по которому цессия совершена (в этом смысле цессия — абстрактна, см. выше, гл. III, § 4). Независимость цессии от ее основания упрощает положение должника: при платеже цессионарию для должника достаточно было удостовериться в действительности акта цессии, но не было надобности проверять основание, по которому цессия совершена.

Если цессия права требования производилась возмездно, цедент нес перед цессионарием ответственность за юридическую действительность передаваемого права (*nomen verum esse*), но не отвечал за фактическую осуществимость требования (*nomen bonum esse*). Если

цессия совершалась с целью дарения, цедент не отвечал даже за юридическую обоснованность права требования.

Не допускалась цессия прав, неразрывно связанных с личностью данного кредитора, как-то: иски об алиментах, о личной обиде и т.п.; запрещено было переуступать права, по которым уже предъявлен иск; не допускалась цессия в пользу более влиятельных лиц (*potentiores*); последнее ограничение было установлено в императорский период в интересах должника, чтобы влиятельный кредитор не оказал давления на судью при взыскании по обязательству. Можно было сделать право требования не подлежащим передаче также путем специального о том соглашения.

3. Перевод долга. В обязательстве возможна и замена одного должника другим. Но если личность кредитора по общему правилу не имеет существенного значения для должника, так что о цессии права требования должника только ставят в известность, а его согласия на цессию не спрашивают, то совсем иначе обстоит дело с заменой должника. Личность должника имеет для кредитора существенное значение, так как, вступая в обязательство, кредитор доверяет данному должнику, полагается на его исполнительность и платежеспособность, а новое лицо, которое придет на смену должнику, может оказаться не внушающим кредитору доверия. Поэтому замена одного должника другим или перевод долга возможен не иначе, как с согласия кредитора. Осуществлялся перевод долга в форме новации, т.е. путем заключения кредитором и новым должником нового договора, имевшего целью прекращение обязательства между данным кредитором и первоначальным должником.

§ 3. Обязательства с несколькими кредиторами или должниками

1. Во всяком обязательстве есть две стороны: кредитор (активная сторона) и должник (пассивная сторона). Каждая из сторон может быть представлена одним лицом или несколькими лицами.

Если в обязательстве имеется несколько кредиторов или несколько должников, их взаимные отношения между собой и отношения к другой стороне не всегда одинаковы.

Несколько кредиторов или несколько должников могут занимать в обязательстве неравное положение, а быть: один — главным, а дру-

гой — добавочным: например, поручитель (т.е. лицо, принимающее на себя ответственность за исполнение обязательства другого лица) являлся добавочным должником.

Несколько кредиторов или несколько должников в обязательстве могут иметь в нем долевое право или долевую обязанность. Во всех тех случаях, когда содержание обязательства допускает деление без нарушения хозяйственной сущности обязательства (так называемые делимые обязательства, например, обязательство уплатить денежную сумму), причем ни законом, ни соглашением сторон не установлено право каждого из нескольких кредиторов в полном размере или полная ответственность каждого из нескольких должников, имело место долевое право или долевая обязанность. Например, два брата совместно взяли займы у Тиция 200 сестерциев, не оговорив при этом, что они отвечают друг за друга; каждый из братьев признавался должником в половине полученной займы суммы.

При совершении некоторых правонарушений (например, кражи) несколькими лицами каждый из виновников был обязан уплатить штраф в полной сумме, причем уплата штрафа одним из этих нескольких должников не освобождала других; таким образом, кредитор получал сумму штрафа столько раз, сколько было должников.

Наконец, обязательство с несколькими кредиторами или с несколькими должниками могло быть таково, что каждый из кредиторов имел право требовать исполнения всего обязательства, но, уплатив одному кредитору, должник освобождался в отношении всех вообще кредиторов, и наоборот (при нескольких должниках), кредитор имел право требовать от любого из нескольких должников всего обязательства, но уплата одним из должников прекращала обязательство в отношении всех должников. Такие обязательства назывались *солидарными*; активными, если каждый из нескольких кредиторов имеет право требовать *in solidum* с должника; пассивными, если каждый из нескольких должников обязан перед кредитором *in solidum* (в полном размере).

2. В литературе римского права до последнего времени было общепризнанным, что солидарность в римском праве была двух родов, в зависимости от того, возникало ли солидарное обязательство помимо воли его участников (например, ответственность нескольких опекунов малолетнего) или же по воле участников обязательства (например, по договору, по завещанию). Обязательства первой из этих двух групп называли солидарными в собственном смысле, обя-

зательства второй группы — корреальными. Различие между теми и другими обязательствами усматривали в особенности в том, что при солидарных обязательствах в собственном смысле удовлетворение, полученное кредитором от одного из должников, освобождало всех остальных должников, а при корреальном обязательстве такой же результат наступал, как только кредитор доводил иск к одному из должников до конца производства *in iure*, так называемой литисконтестации (см. выше, разд. II, § 3, п. 2), хотя бы в дальнейшем удовлетворение по этому иску и не было получено.

Новейшие исследования источников показали, что принципиального различия между солидарными и корреальными обязательствами в римском праве не было. Те места источников, в которых признается, что одно формальное проведение дела *in iure* уже освобождает всех совокупных должников, относятся к классической эпохе, когда с моментом окончания производства по иску *in iure* связывалось погашение иска (*litis consumptio*). В праве Юстиниана правило о погашающем действии литисконтестации уже утратило силу, и иногда было признано, что только удовлетворение кредитора одним из нескольких должников освобождает всех должников от ответственности перед кредитором.

Исполнение обязательства и ответственность за неисполнение

§ 1. Исполнение обязательства

1. По своей природе обязательство — отношение временное, нередко кратковременное, которое должно прекратиться. Нормальный способ прекращения обязательства — *исполнение* (применительно к денежным обязательствам употребляется также термин «платеж»). В эпоху господства формализма одного исполнения обязательства было недостаточно для его прекращения: проводился принцип, что обязательство погашается актом, противоположным тому, с помощью которого оно установлено (*contrarius actus*); например, обязательство, установленное путем обряда *per aes et libram* (с помощью меди и весов), погашалось таким же образом, но в обратном порядке, с произнесением противоположных формул. В классическую эпоху требование «обратного акта» уже отпало.

2. Для того чтобы исполнение привело к освобождению должника от обязательства, необходимо было соблюдение ряда условий.

Во-первых, исполнение (платеж) должно быть произведено лицом, способным распоряжаться своим имуществом (по римскому выражению, способным ухудшать свое имущественное положение, J.I.21.pr.). Личное исполнение должника требовалось толь-

ко по тем обязательствам, содержание которых имеет строго личный характер (например, обязательство художника написать картину). Если личные свойства должника не имели существенного значения, исполнить обязательство мог не только должник, но и любое третье лицо (если третье лицо платит чужой долг по ошибке, ему давался иск для истребования уплаченного обратно, см. ниже, разд. VII, гл. VII, § 2).

Во-вторых, исполнение должно быть произведено лицу, способному его принять. Таким лицом является: кредитор (если он признается способным распоряжаться своим имуществом), его законный представитель, поверенный, лицо, специально указанное в договоре как имеющее право принять исполнение.

В-третьих, исполнение должно строго соответствовать содержанию обязательства. Во всяком случае без согласия кредитора должник не имеет права исполнять обязательство по частям. По соглашению сторон взамен предмета обязательства можно было предоставить для погашения обязательства что-либо иное; это называлось *datio in solutum* (предоставление вместо платежа или замена исполнения). В связи с экономическим, в частности, аграрным, кризисом позднейшей императорской эпохи Юстиниан разрешил должнику и без согласия кредитора погашать денежные долги путем передачи кредитору земельных участков соответствующей стоимости.

В-четвертых, примерно со II в. до н.э., когда с развитием средиземноморской торговли в практику вошли договоры между лицами, живущими в разных местах империи, и в отношениях товаров, находящихся не там, где заключается договор (например, в Риме продается африканская пшеница), причем цены на продаваемые товары в разных местах были различны, получило важное значение место исполнения. Как правило, место исполнения определялось по тому месту, где можно предъявить иск из данного обязательства; а таким местом считалось местожительство должника или (по желанию одной из сторон) Рим.

В-пятых, исполнение должно быть исполнено в *срок*, предусмотренный в договоре или вытекающий из характера договора и обстоятельств его заключения (например, при продаже товара, находящегося в другом месте, должник естественно имел в своем распоряжении время, нормально необходимое для перевозки товара, и т.п.). Если ни содержанием договора, ни его характером срок исполнения

не определялся, должник обязан был исполнять обязательство по первому требованию кредитора.

Досрочное исполнение обязательства допускалось только в том случае, если это не нарушало интересов кредитора: так, можно было досрочно вернуть вещь, полученную в бесплатное пользование, но досрочное возвращение вещи, принятой на бесплатное хранение, допускалось только с согласия кредитора.

§ 2. Просрочка исполнения

1. Просрочка должника. До последнего времени было общепризнано, что пропуск должником срока исполнения обязательства сам по себе не приводил в римском праве к какой-либо специальной, усиленной ответственности должника, если кредитор не сделал со своей стороны некоторых шагов к тому, чтобы поставить должника в положение лица, находящегося в просрочке. В результате новейших исследований в области науки римского права можно считать доказанным, что классическому праву не было известно такое условие просрочки: в классическую эпоху должник считался «в просрочке», как только он не исполнил обязательства в надлежащее время. Только по законодательству Юстиниана одним из необходимых элементов просрочки должника являлась *interpellatio*, т.е. напоминание со стороны кредитора. Однако и тогда в некоторых случаях просрочка должника наступала независимо от напоминания; так, если в обязательстве содержался точный срок исполнения, то он сам по себе как бы напоминал должнику о необходимости платежа (*dies interpellat pro homine*, срок напоминает вместо человека), вор всегда считался просрочившим, так что *interpellatio* не требовалась, и т.д.

Кроме указанных элементов просрочки (наступление срока исполнения, напоминание со стороны кредитора, неисполнение обязательства) требовалось еще, чтобы неисполнение обязательства в надлежащее время произошло без уважительных для того причин.

2. Просрочка в исполнении обязательства влекла для должника неблагоприятные *последствия*, которые в общем сводились к тому положению, что кредитор мог требовать полного вознаграждения за весь тот ущерб, какой для него мог возникнуть вследствие неисполнения обязательства. Прежде всего римские юристы устанавливали общее положение, что вследствие просрочки должника обязатель-

ство *perpetuatur*, т.е. становится постоянным, увековечивается. Раб, которого должник обязан был передать к такому-то сроку кредитору и передачу которого он просрочил, мог фактически умереть после наступления просрочки, притом без всякой вины должника; тем не менее это обстоятельство не освобождало должника; юристы образно выражали продолжающуюся ответственность должника словами, что раб должен быть передан и «мертвым» (как если бы он был жив, D.45.1.82.1), т.е. должна быть уплачена его стоимость. Это значит, что если до просрочки должник отвечал только за вину, но не за случайно наступивший вред, то, допустив просрочку, он становился ответственным и за случайный вред. В императорский период ответственность просрочившего должника смягчили в том отношении, что предоставили ему возможность доказывать, что и при своевременном исполнении обязательства кредитор не избежал бы понесенного вреда, так как предмет обязательства одинаково погиб бы и у кредитора. Практически доказать это, разумеется, было чрезвычайно трудно.

Другое неблагоприятное для должника последствие просрочки состояло в том, что при исчислении суммы возмещения в пользу кредитора возможное уменьшение стоимости предмета обязательства (к моменту присуждения) не уменьшило ответственности должника, тогда как, наоборот, вздорожание к этому времени предмета обязательства увеличивало сумму взыскания.

Однако наивысшую (за весь промежуток времени между наступлением просрочки и присуждением) цену вещи платил только вор; всякий другой должник, в частности, просрочивший исполнение договорного обязательства, присуждался в таком размере лишь в том случае, если кредитор доказывал, что при своевременном исполнении обязательства он именно в тот момент, когда была наиболее высокая цена вещи, продал бы ее.

Наконец, за просрочку с должника взыскивались проценты.

3. Действие просрочки должника прекращалось, если он предлагал (реально, а не на словах) кредитору всю сумму долга с теми обременениями, которые выросли в результате просрочки; то же самое наступало и тогда, если стороны договаривались о продолжении обязательственных отношений (например, договаривались о новых сроках исполнения).

Прекращение действия просрочки не уничтожало, однако, уже возникших последствий просрочки.

4. *Просрочка кредитора* наступала в тех случаях, если он без уважительных причин не принимал исполнение обязательства, предложенное ему должником надлежащим образом.

Основание признания такого института заключалось в том, что, хотя принятие исполнения — не обязанность кредитора, а только его право, однако должник не должен страдать от того, что кредитор без достаточного основания не принимает исполнения. Неблагоприятные последствия, проистекающие для должника от непринятия кредитором исполнения, могли бы выразиться в необходимости хранить предмет долга, нести ответственность за его целость и т.д.

Поэтому просрочка кредитора имела своим последствием прежде всего ослабление ответственности должника: если по характеру обязательства он отвечал бы даже за легкую неосторожность, то с момента просрочки кредитора должник отвечал только за умысел и грубую неосторожность (см. ниже, § 3, п. 2); если долг был процентным, начисление процентов прекращалось. Далее, должнику предоставлялась возможность вообще освободиться от всяких забот о предмете долга, сдав его в помещение суда или храма. В древнереспубликанском праве разрешалось в этих случаях просто выбросить предмет долга; с развитием хозяйственной жизни такое бесцельное уничтожение имущественных ценностей было признано недопустимым.

§ 3. Ответственность должника за неисполнение обязательства

1. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своего обязательства он нес ответственность перед кредитором.

Формы ответственности неисправных должников были неодинаковые в различные исторические периоды. В более отдаленные эпохи ответственность имела *личный* характер: в случаях неисполнения должником лежащей на нем обязанности к нему применялись (при том самим кредитором) меры воздействия непосредственно на его личность (заключение в тюрьму, продажа в рабство, даже лишение жизни).

Указания на такую личную ответственность содержатся еще в постановлениях XII таблиц. С течением времени формы ответственности были смягчены: за неисполнение обязательств должники стали отвечать не своей личностью, а *имуществом* (имущественная ответ-

ственность была установлена, хотя еще и не во всех случаях, законом Петелия в IV в. до н.э.). В развитом римском праве последствием неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства являлась обязанность должника возместить кредитору понесенный им ущерб.

2. Ответственность должника строилась в римском праве на *принципе* вины: должник отвечал только в том случае, если он виновен в возникшем для кредитора ущербе. Вина должника могла быть разных степеней. Наиболее тяжкой и недопустимой формой вины признавалось *умышленное* причинение вреда — *dolus*: например, лицо, обязанное передать другому лицу вещь, которая находилась у первого в пользовании, залоге, на хранении и т.п., портит или уничтожает эту вещь с целью причинить убыток ее собственнику. Другая форма вины — *culpa* — *неосторожность*, небрежность, различающаяся по степени небрежности: грубая неосторожность (*culpa lata*) и легкая небрежность (*culpa levis*). Эти понятия определялись римскими юристами следующим образом. Считалось, что грубую небрежность допускает тот, кто не предусматривает, не понимает того, что предусматривает и понимает всякий средний человек (*non intellegere quod omnes intellegunt*, D.50.16.213.2). Легкой небрежностью признавалось такое поведение, какого не допустил бы хороший, заботливый хозяин (*bonus paterfamilias, diligentissimus*, D.19.2.25.7). На должнике лежала обязанность соблюдать заботливость (*diligentia*); мера требуемой заботливости в разных договорах была разная; несоблюдение требуемой заботливости есть *culpa*, неосторожная вина. Частным видом заботливости являлась охрана вещи, составляющей предмет обязательства; в этом смысле говорят, что должник обязан к *custodia*, охране вещи.

За *dolus* отвечали всегда независимо от характера договора; более того, не признавались действительными соглашения, в которых лицо заранее отказывалось от своего права требовать возмещения умышленно причиненного вреда (уже причиненный умышленно вред может быть прощен потерпевшим). Равным образом и за грубую неосторожность должник отвечал по каждому договору (сложилась даже поговорка: «*Culpa lata dolo aequiparatur*», т.е. «Грубая неосторожность приравнивается к умыслу»).

Более строгая ответственность, т.е. даже за легкую неосторожность, возлагалась на должника лишь в тех договорах, которые нельзя считать заключенными исключительно в интересе кредитора. Так, лицо, принимающее вещь на бесплатное хранение, само в этом до-

говоре не заинтересовано; поэтому оно отвечало за порчу или уничтожение принятой вещи только тогда, если его можно признать допустившим грубую неосторожность; за легкую неосторожность лицо, бесплатно хранившее вещь, не несло ответственности. Напротив, лицо, которому дали вещь в бесплатное пользование, отвечало даже за легкую небрежность, так как оно непосредственно заинтересовано в договоре. К неосторожности приравнивалась также *imperitia*, неопытность, неумение что-то совершить; например, лицо берется выполнить известную работу и по неопытности выполняет ее ненадлежащим образом; юрист возлагал на него ответственность ввиду того, что он взялся выполнить работу как мастер своего дела (*ut artifex*, D.19.2.9.5).

Из приведенного объяснения римскими юристами понятий «грубая небрежность» и «легкая небрежность» видно, что римские юристы устанавливали небрежность лица, руководствуясь абстрактным масштабом (хороший хозяин — не какой-либо конкретный, а вообще, средний человек).

Были, однако, такие виды отношений, где договорная ответственность строилась не по абстрактному масштабу (поведение среднего человека, поведение хорошего хозяина), а по конкретному масштабу. Так, при договоре товарищества каждый из товарищей отвечал перед другим за так называемую *culpa in concreto* (конкретную вину), т.е. от каждого из участников товарищества требовалось проявление такой заботливости, внимательности и т.п. к общему имуществу, к общему делу, какие он (а не воображаемый хороший хозяин) прилагал (конкретно) к своим собственным делам, к собственному имуществу (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*, D.17.2.7.2).

Как правило, каждый отвечал только за свою личную вину; за действия других лиц должник отвечал лишь тогда, когда можно было и ему поставить в вину или недостаточно осторожный выбор необходимого помощника и т.п., действием которого причинен ущерб кредитору, или недостаточно внимательное наблюдение за действиями такого помощника (о подлинной ответственности за действия других лиц см. ниже, разд. VII, гл. IV, § 5, п. 2).

3. Если лицо проявляло полную внимательность, заботливость и т.п., а вред все-таки наступил, говорят о случайном вреде, за случай (*casus*) никто не отвечает. Практически это означало, что случайно наступивший ущерб приходится терпеть собственнику уничтоженного, испорченного и т.п. имущества (*casum sentit dominus*).

Лишь в некоторых особых категориях отношений, когда признавалось необходимым усилить ответственность, допускалась ответственность и за случай. Но и тогда должник все же мог освободиться от ответственности, если наступивший случай был исключительной, стихийной силой — *cui resisti non potest* (сопротивление которой невозможно), или так называемой *vis major* (неодолимой силой).

Такая широкая ответственность была, например, возложена преторским эдиктом на содержателей трактиров, постоянных дворов, кораблей за вещи, принятые от их посетителей и путешественников.

§ 4. Возмещение ущерба

1. Вред, или ущерб, можно понести в имуществе либо в интересах личного неимущественного характера. Возмещался ли по римскому праву вред неимущественного характера, остается спорным. Во всяком случае, наиболее важное значение в римском праве имело возмещение имущественного вреда.

Основанием обязательства возместить вред могло служить правонарушение, или деликт (например, уничтожение или повреждение чужих вещей); такое обязательство могло возникнуть как следствие неисполнения или ненадлежащего исполнения любого договора; можно было также по специальному договору принять на себя обязанность возмещения вреда, наступающего при известных обстоятельствах.

2. Понятие вреда римские юристы слагали из двух элементов: а) *damnum emergens*, *положительные потери*, т.е. лишение того, что уже входило в состав имущества данного лица и б) *lucrum cessans*, *упущенная выгода*, т.е. ненаступление в имущество данного лица тех ценностей, которые должны были бы поступить при нормальном течении обстоятельств (т.е. не будь обстоятельства, которое служит основанием возмещения).

Размер возмещения вреда иногда определяется по рыночной стоимости недоставленных, уничтоженных, поврежденных вещей (*vera rei aestimatio*, *настоящая стоимость вещи*); но в большинстве случаев учитывается стоимость вещи при данных, конкретных обстоятельствах. В источниках приводится пример: убит раб, входивший в состав труппы рабов-актеров; при возмещении вреда за убитого раба учитывается, между прочим, уменьшение стоимости остальных рабов

ввиду нарушения ансамбля (Gai.3.212; D.9.2.22.1). Однако всякого рода личные привязанности потерпевшего во внимание не принимаются; так, если убитый раб является сыном потерпевшего рабовладельца, его родительская привязанность не учитывается (D.9.2.33). Ущерб, исчисляемый по обстоятельствам данного хозяйства, принято обозначать как интерес (*id quod interest*).

3. При определении вреда, подлежащего возмещению, не принимался в расчет тот вред, который наступил вследствие беззаботности, нераспорядительности и т.п. самого потерпевшего. В источниках приводится, например, такой случай. Рабовладелец закупил пшеницу для содержания своих рабов; продавец не доставил пшеницу. Покупатель желает получить возмещение ущерба, понесенного вследствие гибели рабов от голода. Юрист дает ответ, что возмещению подлежит стоимость пшеницы, но не рабов, так как покупатель должен был купить пшеницу (за счет неисправного продавца) в другом месте и не доводить своих рабов до голодной смерти (D.19.1.21).

4. Возмещались только ближайшие последствия того факта, который служил основанием возмещения (прямые убытки), но не косвенные (более отдаленные) убытки; например, лицо, повредившее чужое здание, отвечало за стоимость необходимых исправлений, но не за кражу, совершенную рабочими, производившими необходимые исправления.

§ 5. Прекращение обязательства помимо исполнения

1. *Новацией* (или обновлением) назывался договор, которым существующее обязательство погашалось путем установления вместо него нового обязательства. В Риме для цели новации служил устный договор — так называемая стипуляция (см. ниже, разд. VII, гл. I).

Для того чтобы новация произвела погашающее (в отношении прежнего обязательства) действие, было необходимо, чтобы новое обязательство устанавливалось именно с таким намерением (*animus novandi*) и чтобы в нем был какой-нибудь новый элемент по сравнению с первоначальным обязательством: например, новое обязательство изменяло основание (долг из купли-продажи превращался в заемное обязательство и т.п.), содержание (обязательство предоставить вещь заменялось обязательством уплатить денежную сумму

и т.п.), субъектов обязательства (в последнем случае говорят о делегации или переводе на другое лицо права требования или долга).

2. *Зачет*. Обязательство могло прекратиться посредством зачета (*compensatio*) его за встречное требование. Погашение взаимных обязательств посредством их зачета происходило, конечно, в том раз- мере, в каком одно требование совпадает с другим (если А должен В 500, а В должен А 800, то в результате зачета первое обязательство прекращается, а второе остается в сумме 300).

В Риме зачет появился не как способ прекращения обязательств, а как средство упрощения процесса. Если истец по одному иску был ответчиком по иску того лица, которое являлось его ответчиком, то древнейшее римское право не допускало объединения этих двух судебных дел в одно, а требовало самостоятельного предъявления и рассмотрения каждого из этих двух исков. Для малоразвитого пра- ва представлялось недопустимым и опасным соединением в одном процессе двух встречных претензий. Только в формулярном про- цессе, и то сначала лишь для некоторых специальных случаев, ста- ла пробивать себе дорогу мысль о зачете взаимных требований. Так, было установлено, что банкиры¹, предъявляя иски к своим клиен- там, должны были зачитывать взаимные претензии клиентов; ина- че банкир, как допустивший *pluspetitio* (см. выше, разд. II, § 3, п. 6), получал отказ в иске и терял свое право требования. Другой случай зачета встречных претензий имел место при взыскании долгов, при- надлежащих к имуществу несостоятельного должника. Применял- ся также зачет взаимных претензий, возникших из одного и того же договора *bonae fidei* (см. выше, разд. VI, гл. II, § 3), хотя бы ни одна из сторон не просила о зачете. По договорам строгого права зачет взаимных требований вначале мог иметь место только по усмотре- нию суда в тех случаях, когда в формулу вставлялась *exceptio doli*.

Дальнейшее развитие зачета связано с постановлением Марка Аврелия о том, что в случае предъявления ответчиком *exceptio doli* зачет должен производиться не по усмотрению суда, а в силу зако- на. Однако, как всякое частное право, право зачета осуществлялось

¹ Банкир в античном Риме (*argentarius*) — это меняла, а также лицо, которое вело денежные дела богатых рабовладельцев (производило и принимало пла- тежи и т.п.).

не автоматически, а лишь по просьбе заинтересованного лица (путем предъявления эксцепции).

Необходимые условия для зачета при Юстиниане состояли в следующем: зачету подлежали лишь: а) встречные требования (кредитор по одному требованию — должник по другому, и наоборот); б) действительные; в) однородные (деньги за деньги, вино за вино и т.н.); г) зрелые (в смысле наступления срока погашения); д) ясные (*liquidae*).

Нельзя было требовать зачета, если основное требование направлено на возврат того, что должник незаконно присвоил себе, на возврат отданного на сохранение, на взыскание алиментов и т.д.

Раздел VII

ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Вербальные (устные) контракты

§ 1. Стипуляция

1. Вербальным (т.е. устным) контрактом назывался договор, устанавливающий обязательство *verbis* (словами), т.е. договор, получающий юридическую силу посредством и с момента *произнесения* известных фраз.

Основной вербальный контракт — стипуляция. *Стипуляцией назывался устный договор, заключаемый посредством вопроса будущего кредитора (centum dare spondes? — обещаешь дать сто?) и совпадающего с вопросом ответа (spondeo — обещаю) со стороны лица, соглашающегося быть должником по обязательству.*

Открытые в 1933 г. новые фрагменты из Институций Гая доказывают, что договор стипуляции был известен уже законам XII таблиц.

2. *Формальные требования, первоначально чрезвычайно строгие, с течением времени были значительно ослаблены (отпало, например, первоначальное требование, чтобы ответ буквально совпадал в своей редакции с вопросом, за исключением, впрочем, одной разновидности стипуляции — sponsio, — при которой это требование сохранилось).*

Несмотря, однако, на все смягчения необходимых формальностей в *классическом римском праве* все-таки прочно сохранились

некоторые черты стипуляции как формального контракта: присутствие договаривающихся сторон в одном месте, устный вопрос кредитора и такой же устный ответ должника, совпадающий по смыслу с вопросом. В качестве устного договора стипуляция оставалась недоступной как немому, который не может произнести вопроса или ответа, так и глухому, который не может непосредственно воспринять вопрос или ответ.

В период абсолютной монархии был издан (во второй половине V в.) закон, признавший обязательную силу за всякой стипуляцией, не противозаконной по содержанию, независимо от соблюдения формы вопроса и ответа, другими словами, закон допустил совершение устного договора в каких угодно выражениях.

Но и тогда стипуляция осталась недоступной для глухих и немых и требовалось, по крайней мере в принципе, присутствие сторон.

3. Обязательство, возникшее из стипуляций, было обязательством строгого права и потому подлежало строго буквальному толкованию. Так, еще Гай считал стипуляцию недействительной, если на вопрос кредитора: «Обещаешь ли 10?», должник отвечал: «Обещаю 5». Юрист даже не ставил вопроса о признании в этом случае обязательства в сумме 5. С течением времени такой крайний формализм был смягчен, и в Дигестах (D.45.1.4) указанный пример решается в том смысле, что при разногласии между сторонами в отношении суммы обязательство надо считать установленным в меньшей сумме, так как в отношении нее соглашение можно считать достигнутым (этот фрагмент Дигест приписывается Ульпиану, III в. н.э., но, видимо, он интерполирован, т.е. принадлежит составителям Дигест, и, следовательно, относится к VI в. н.э.). Надо заметить, что в Институциях Юстиниана воспроизведен изложенный выше фрагмент Гая, в котором выражена более формальная точка зрения.

Формальный характер стипуляции сказывается также в том, что ее действие ограничивалось непосредственно участвовавшими в ней сторонами.

4. Стипуляционное обязательство являлось односторонним, т.е. одной стороне принадлежало только право (не связанное с обязанностью), а на другой стороне лежала только обязанность (без сопровождающего ее права).

Обязательство из стипуляции имело абстрактный характер. Это значит, что если необходимые требования относительно порядка заключения стипуляции соблюдались, то обязательство возникало не-

зависимо от того, какое материальное основание привело стороны к заключению договора, какую хозяйственную цель они преследовали и достигнута ли цель, имевшаяся в виду сторонами.

Принцип абстрактности стипуляционного обязательства не лишил, однако, должника права доказывать, что основание, по которому он принял на себя обязательство, не осуществилось; но такое доказательство было для должника не всегда фактически возможно, да и требовало нередко времени; а за это время, пока отсутствие основания не доказано, кредитор мог уже осуществить свое право.

Абстрактный характер стипуляции (помимо простоты и быстроты взыскания долга) представлял еще то удобство, что в стипуляционную форму можно было облечь любое обязательственное отношение: и заемное обязательство, и обязательство уплатить цену за купленную вещь, и т.д. Стипуляцией нередко пользовались в целях новации, т.е. стипуляцию заключали для того, чтобы прекратить уже существующее обязательство, поставив на его место новое, возникающее из стипуляции. Доказав факт стипуляции, кредитор тем самым получал возможность взыскания по обязательству.

Эта черта стипуляции, позволявшая вложить в нее любое содержание и быстро проводить его в жизнь, делала стипуляцию самой употребительной в практике формой договора; в классический период она являлась основной формой оборота.

Необходимо, однако, для уточнения добавить, что абстрактный характер стипуляционного обязательства не доводился до таких крайних пределов, чтобы не признавать силы за стипуляцией, если по желанию сторон в ней указывалась хозяйственная цель, для которой стипуляция заключалась. Стороны не только могли упомянуть в тексте вопроса и ответа основание, по которому стипуляция совершалась, но и поставить силу стипуляции в зависимость от преследуемой цели (посредством включения соответствующего условия).

5. Для обеспечения доказательства факта совершения стипуляции вошло в обычай составлять письменный акт, удостоверяющий это обстоятельство (он назывался *cautio*). С течением времени стипуляционные документы (*cautiones*) получили такое широкое применение, что значение стипуляционной формы (вопрос и ответ) отошло на второй план, и если только обе стороны присутствовали в одном месте, то при наличии *cautio* предполагалось, что составлению документа предшествовало совершение словесной формы стипуляции.

§ 2. Развитие в форме стипуляции отношений поручительства

1. Стипуляция допускала присоединение или к кредитору, или к должнику еще других лиц, притом либо в качестве самостоятельных кредиторов или должников, либо в качестве добавочных (акцессорных).

В форме добавочной стипуляции на стороне должника в Риме устанавливалось *поручительство* (*adpromissio*). Поручительством назывался договор, которым устанавливалась добавочная (акцессорная) ответственность третьего лица (поручителя) за исполнение должником данного обязательства. После того как кредитор задал должнику вопрос и получил на него совпадающий ответ, он обращался к другому лицу (которое должно выступить в качестве поручителя) с вопросом: «Обещаешь ли дать то же самое?» (т.е. то, что только что обещал должнику), а поручитель отвечал: «Обещаю».

В качестве добавочного (к главному) обязательства обязательство поручителя существовало лишь постольку, поскольку существовало главное обязательство (обеспечиваемое поручительством), притом в размере, не превышающем размера главного обязательства.

2. Поручительство было в Риме распространенной формой обеспечения обязательств. Отчасти тому способствовало несовершенство римского залогового права; но прежде всего здесь сказывались, как и вообще в праве, социально-экономические условия римского общества. Бедняк, нуждающийся в кредите, не мог обеспечить кредитора установлением залогового права, так как не располагал свободным имуществом, которое можно было бы заложить, и должен был прибегать к поручительству. Богатые рабовладельцы не прочь были выступать в качестве поручителей, потому что, оказывая нуждающимся в поручительстве лицам эту услугу, они таким путем ставили их в зависимость от себя, приобретая и лишние голоса при выборах, и иные возможности лучшего использования своего влияния. Кроме того, оказывая такого рода «услугу» бедняку, богатый поручитель фактически умел вознаградить себя также в форме прямой эксплуатации должника, за которого он ручался.

3. Назначение поручительства как средства обеспечения должнику возможности получить необходимый кредит естественно требовало предоставления поручителю каких-то правовых средств для возмещения понесенных поручителем затрат, если ему приходилось

удовлетворить кредитора. Право поручителя, уплатившего кредитору по обязательству главного должника, переложить эту сумму на главного должника носит название «право регресса». Для осуществления права регресса служил иск из того юридического основания, по которому было установлено поручительство (обычно главный должник заключал с поручителем договор поручения, которым просил его выступить в качестве поручителя; иском из этого договора и пользовались для осуществления права регресса). Если в стипуляции, служившей для установления поручительства, вопрос и ответ выражался с помощью глагола *sponsio* (обещаю), то для осуществления регресса поручитель имел еще иск на основании закона Публилия (вероятно, III в. до н.э.); по этому закону уплаченная поручителем сумма взыскивалась им затем с главного должника в двойном размере.

4. Классическое римское право, подчеркивая добавочный (акцессорный) характер поручительства, не признавало, однако, за поручительством субсидиарного характера, т.е. не считало ответственность поручителя запасной, вспомогательной; наступающей лишь при невозможности для кредитора получить удовлетворение с главного должника. Напротив, кредитору, не получившему в срок исполнения по обязательству, предоставлялось на его усмотрение обратиться взыскание или на главного должника, или на поручителя.

Институт поручительства был изменен 4-й Новеллой (гл. I) императора Юстиниана (535 г.). Названным законом Юстиниана поручителю было предоставлено *beneficium excussionis sive ordinis* (буквально: льгота, позволяющая стряхнуть с себя первоочередную ответственность, или льгота, состоящая в очередности ответственности). На основании 4-й Новеллы Юстиниана поручитель, против которого кредитор предъявлял иск, не попытавшись взыскать с главного должника, мог выставить возражение против иска с требованием, чтобы кредитор в первую очередь обратил взыскание на главного должника.

Литтеральные (письменные) контракты

1. Литтеральным контрактом назывался договор, который должен был совершаться на письме (*litterae* – письмо): «*Litteris fit obligatio*», т.е. «Обязательство возникает посредством записи, письма».

Древнереспубликанский письменный контракт заключался посредством записи в приходно-расходные книги, которые велись римскими гражданами (сам порядок ведения этих книг и записей в них в точности не известен). Литтеральный контракт тогда представлял собой обязательство, по существу не впервые возникавшее, но заменявшее собой (обновлявшее) обязательство, уже существовавшее ранее на другом основании (например, задолженность на основании кулли, найма и т.п.) или на другом лице (долг Тиция переписывался на Люция).

Запись делалась, разумеется, на основании соответствующего соглашения сторон; иначе не могло бы быть речи о договоре. Вероятно, записи в книге кредитора известной суммы как уплаченной должнику соответствовала запись в книге должника той же суммы как полученной от кредитора: в этом и выражалось их соглашение.

Таким образом, литтеральный контракт в более древней форме можно определить как договор, заключающийся посредством записи в приходно-расходную книгу креди-

тора или существовавшего до того долга данного должника или долга другого должника, переводимого на данного на основании соответствующего соглашения сторон.

Из приведенного определения литтерального контракта вытекает вопрос: делалась ли при этой записи какая-нибудь оговорка о том, что данное обязательство должно собой заменить такое-то предыдущее и что последнее в связи с записью прекращается. Если нет, то какими средствами предупреждалось дублирование обязательства, как предупреждалась возможность двойного взыскания (и по первоначальному обязательству, послужившему основанием для записи, и по новому, возникшему вследствие записи)? В дошедших до нас источниках римского права никакого материала для ответа на поставленные вопросы мы не находим.

2. В классический период приходно-расходные книги утратили значение, по-видимому, в связи с вошедшими в практику более простыми и удобными формами записи долгов. С утратой значения приходно-расходных книг прекратилась и практика старых литтеральных контрактов.

Зато стали все больше входить в употребление заимствованные из греческой практики долговые документы — *синграфы* и *хирографы*. Синграфы излагались в третьем лице («такой-то должен такому-то столько-то»); такой документ составлялся в присутствии свидетелей, которые подписывали документ вслед за тем, от чьего имени он составлялся. Эта форма письменных обязательств получила широкое распространение на почве процентных займов, заключавшихся между римскими ростовщиками и провинциалами.

В императорский период синграфы стали менее употребительным видом письменного обязательства; на первый план выступили хирографы. Хирографы излагались в первом лице («Я, такой-то, должен такому-то столько-то») и подписывались должником.

Реальные контракты

§ 1. Договор займа (*mutuum*)

1. Заем (*mutuum*) представляет собой договор, по которому одна сторона (заимодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) денежную сумму или известное количество иных вещей, определенных родовыми признаками (зерно, масло, вино), с обязательством заемщика вернуть по истечении указанного в договоре срока либо по востребованию такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода, какие были получены (D.44.7.1.2).

Заем является одним из реальных договоров, т.е. обязательство в этом случае устанавливается не простым соглашением (*consensus*), но и передачей вещи (*res*); нельзя требовать возврата от того, кто ничего не получал.

Реальный характер договора займа не означает, однако, что в этой категории договоров *consensus*, соглашение сторон, не имеет существенного значения: соглашение сторон не является достаточным для возникновения заемного обязательства, однако (как и при всяком договоре) соглашение и при займе является необходимым моментом. Нет *consensus*, нет и договора. В текстах римских юристов встречаются примеры того, что, несмотря на передачу вещей, обязательство

не возникает, потому что между сторонами не consensus, а dissensus (разногласие, недоразумение); так, передана денежная сумма, причем передающий деньги делает это с намерением дать займы, а получающий деньги думает, что ему дают их в дар или на сохранение: займа нет за отсутствием согласованной воли двух сторон.

2. *Mutuum* является не первоначальной формой договора займа. В древнейшем римском праве для этой цели пользовались формальной сделкой *nexum*¹ (совершавшейся *per aes et libram*, с помощью меди и весов), а также стипуляцией. По мере развития хозяйственной жизни, расширения торговли, ремесленной промышленности совершение не только такой громоздкой сделки, как *nexum*, но даже и более простой, однако все-таки формальной — стипуляции, стало затруднительным. Требования хозяйственной жизни привели к тому, что стали давать судебную защиту к неформальным договорам займа; так появилась новая форма займа — реальный договор займа, для юридической силы которого не требовалось облекать согласие сторон в какие-либо торжественные формы, а достаточно было лишь передать на основании соглашения сторон так называемую валюту займа, т.е. деньги, зерно, вино и тому подобные вещи, определенные родовыми признаками.

3. *Характерные признаки договора mutuum* можно определить следующим образом:

а) *mutuum* — реальный договор, т.е. получающий юридическую силу лишь с того момента, когда на основании соглашения сторон последовала передача *res*, вещи;

б) предмет договора — денежная сумма или известное количество других вещей, определенных родовыми признаками (весом, числом, мерой);

в) эти вещи передаются займодавцем в *собственность* заемщика;

г) вещи передаются с обязательством для заемщика вернуть займодавцу такую же денежную сумму или *такое же количество вещей такого же рода*, как были получены.

¹ Содержащиеся в источниках римского права указания относительно *nexum* неясны и противоречивы; поэтому не все исследователи римского права понимают *nexum* одинаково.

Если заем не денежный, заемщик обязан вернуть не только такое же количество вещей, какое было получено, но и по качеству не хуже полученных взаймы вещей.

Поскольку предметом займа служили вещи, определенные весом, числом, мерой (а не индивидуально), причем они поступают в собственность заемщика, на нем лежал и *риск* случайной гибели полученных вещей: если в силу случайной причины взятые взаймы вещи погибали и заемщик не имел возможности ими воспользоваться, он не освобождался от обязанности вернуть полученную сумму (количество).

4. Обязательство, возникающее из займа, строго *одностороннее*: заимодавец имел право требовать от заемщика возврата такого же количества вещей, такого же рода и качества, какое было получено; на заемщике же лежала соответствующая обязанность. Заимодавец уже при самом заключении договора, так сказать, сделал свое дело, передав в собственность заемщика денежную сумму или вещи, определенные родовыми признаками; поэтому из договора для него возникало только право требования, никакой обязанности на заимодавце не лежало. Для осуществления права требования (о возврате взятой взаймы суммы денег или других вещей, определенных родовыми признаками) заимодавцу давались иски строгого права (*actio certae creditae pecuniae* и кондиция). Наоборот, заемщик при заключении договора уже получил деньги, зерно, вино и т.п. и потому не получает из договора права требовать чего-либо; для него возникала из договора только обязанность возврата такой же денежной суммы или того же количества иных вещей, какое было получено от заимодавца.

Из договора займа не вытекала обязанность заемщика платить проценты с занятой суммы. Однако широко применялось в практике заключение особого соглашения о процентах. Максимальный размер процентов в разное время определялся различно: в классическом праве — 1 процент в месяц, в праве Юстиниана — 6 процентов в год (для торговцев — 8 процентов в год); начисление процентов на проценты было воспрещено.

Соглашение относительно срока платежа по займу было несущественным: договор можно было заключить и на точно определенный срок, и без срока (в последнем случае кредитор имел право потребовать возврата занятой суммы когда угодно).

5. Под влиянием греческого права вошли в практику специальные *расписки* — хирографы (см. выше, гл. II). Составление такого документа, представлявшего собой расписку должника (заемщика) в получении денежной суммы или иной валюты займа, облегчало для кредитора лежавшее на его обязанности доказывание факта передачи валюты займа, а следовательно, и доказывание права требовать от должника возврата занятой суммы. Обеспечительным характером расписки (в только что указанном смысле) объясняется другое название, которое имел такой документ: *cautio creditae pecuniae*, т.е. документ, обеспечивающий доказательство передачи валюты займа.

Практика составления письменного документа, расписки, в которой должник подтверждал факт получения валюты, породила опасность неосновательных требований кредиторов от должников не полученных последними сумм. По самому характеру договора займа более сильной в социально-экономическом смысле стороной является заимодавец. Заемщик, нуждающийся в денежной сумме, фактически оказывался в зависимости от заимодавца, который мог диктовать ему условия. На этой почве в жизни стали нередки случаи, когда составление документа не сопровождало получение валюты займа, а предшествовало ему. В связи с этим часто случалось, что должник, ожидавший получения валюты, подписывал по требованию более сильного (социально и экономически) кредитора документ, удостоверяющий обязанность должника вернуть полученную валюту займа; документ передавался кредитору, а между тем валюту должник фактически так и не получал.

Развитию такой практики очень способствовало то, что должниками были, по общему правилу, малоимущие, а кредиторами — верхушка рабовладельческого общества. На почве указанных фактов для должника создавалась угроза, что недобросовестный кредитор использует имеющуюся у него на руках расписку, содержащую признание должника в получении валюты, и последнему придется платить неполученную сумму займа. Очевидно, что такая угроза нередко действительно осуществлялась, и это приводило к вредному для спокойствия рабовладельческого Рима озлоблению должников. Поэтому и возник вопрос о необходимости предоставления должнику каких-то правовых средств, чтобы оградить его от опасности взыскания несуществующего долга.

С названной целью в тех случаях, когда кредитор, не передавший должнику валюту займа, тем не менее предъявлял к нему иск о воз-

врате занятой суммы, должнику стали давать *exceptio doli*, т.е. он мог сослаться против иска кредитора на то, что в действиях кредитора, не передавшего должнику валюты и все-таки требующего от него платежа занятой суммы, опираясь на формальный момент — подписание должником документа о получении валюты, заключается крайняя недобросовестность, *dolus*. Гай в своих Институциях (4.119) именно изложенный пример приводит для пояснения *exceptio doli*. Позднее эта эксцепция (в данных обстоятельствах) получила наименование *exceptio non numeratae pecuniae* (эксцепции со ссылкой на то, что деньги, т.е. валюта займа, не были уплачены).

Должник мог и не дожидаться предъявления кредитором иска, а своим активным поведением предупредить саму возможность такого иска. Именно должник мог сам предъявить иск о возврате ему расписки, так как она была выдана в предположении, что вслед за тем будет получена валюта займа, а этого не последовало. Таким образом, иск должника об истребовании выданной расписки выводился из того, что расписка остается у кредитора без достаточного к тому основания, т.е. применялся кондикционный иск об истребовании от ответчика неосновательного обогащения, полученного им за счет истца (см. ниже, гл. VII, § 1).

Использование названных правовых средств (эксцепции и кондикционного иска) было связано для должника с трудной задачей — доказать отрицательный факт неполучения валюты. Дело в том, что по общим правилам процесса должник, предъявляя кондикционный иск об истребовании документа, должен был в качестве истца доказать факт, из которого вытекает исковое требование; ссылаясь на неполучение валюты в эксцепции против иска кредитора, должнику и в этом случае приходилось доказать факт неполучения валюты.

Трудность доказывания отрицательного факта до крайности уменьшала практическое значение этих мер защиты интересов должника. Дело приняло более благоприятный для должников оборот только позднее (в III в. н.э.), когда *onus probandi* (бремя доказывания) переложено было на кредитора: если должник ссылался на неполучение валюты (в эксцепции против иска кредитора), на истца возлагалась обязанность доказать факт платежа валюты. Такая мера, не совсем понятная с точки зрения социального положения кредиторов и должников (кредиторы-заимодавцы в основном принадлежали к господствующим группировкам рабовладельческого класса, интересы которых непосредственно защищались государственной властью),

объясняется, по-видимому, тем, что государство, испытывая финансовый кризис, боролось против разорения основных плательщиков налогов отдельными богатыми рабовладельцами, предпочитая выкачивать средства от менее обеспеченных слоев населения в пользу господствующего класса в целом.

6. При императоре Веспасиане (конец I в. н.э.) был издан акт — *senatusconsultum Macedonianum*, — воспретивший денежные займы подвластным детям без согласия или ведома домовладыки. Свое название данное сенатское постановление получило по имени некоего Мацедо, который взял деньги в займы, а затем, не имея возможности удовлетворить требования кредитора о возврате занятой суммы и опасаясь неприятностей, связанных с принудительным взысканием, убил своего отца, чтобы таким образом ускорить получение наследства и расплатиться с кредиторами. *Senatusconsultum Macedonianum* направлен на то, чтобы устранить в умах подвластных всякую мысль о необходимости принимать какие-либо меры во избежание взыскания. Сенатусконсульт признавал имеющим полную юридическую силу договор займа подвластного только в тех случаях, когда заем был получен с согласия или ведома домовладыки либо был обращен в пользу домовладыки. Если указанных условий нет, то против иска займодавца стали давать *exceptio senatusconsulti Macedoniani* и этим обессиливать их (даже после смерти домовладыки, когда подвластный становился самостоятельным лицом). Впрочем, подвластный оставался обязанным *naturaliter*, т.е. произведенный в погашение этого обязательства платеж имел юридическую силу, но иска об исполнении кредитор не мог предъявить.

§ 2. Договор ссуды (*commodatum*)

1. Договором ссуды называется такой договор, по которому одна сторона (ссудодатель) передает другой стороне (ссудополучателю) индивидуально определенную вещь во временное безвозмездное пользование с обязательством второй стороны вернуть по окончании пользования ту же самую вещь в целостности и сохранности.

Подобно займу договор ссуды также был реальным контрактом, т.е. обязательство из этого договора возникло лишь тогда, когда состоялась передача вещи ссудополучателю (пользователю).

2. В то время как предметом договора займа являются деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками (мерой, числом, весом), предметом договора ссуды может служить только индивидуальная вещь, ибо только такую вещь можно вернуть по окончании пользования без замены другой; если, например, предметом договора является охапка дров на топку печи, то, как только дрова сгорят, возврат тех самых дров, какие были получены, станет невозможным, и речь может идти только о возврате такого же количества того же рода вещей (т.е. это будет договор займа).

3. Договор ссуды имеет целью предоставление вещи в безвозмездное пользование, т.е. из договора ссуды получает хозяйственную выгоду (*utilitas*) только ссудополучатель. Это обстоятельство учитывалось в римском праве при решении вопроса о пределах *ответственности* ссудополучателя за сохранность вещи: поскольку договор заключался в его интересах, на него возлагалась строгая ответственность, а именно, ссудополучатель отвечал за *omnis culpa* (за всякую вину), т.е. не только за намеренное причинение вреда ссудодателю (*dolus*) и не только за грубую небрежность (*culpa lata*), но даже и за незначительную небрежность (*culpa levis*).

Ссудополучатель был обязан хранить данную ему в пользование вещь, пользоваться ею надлежащим образом, т.е. в соответствии с хозяйственным назначением вещи и указаниями договора, и проявлять при этом заботливость (*diligentia*) хорошего хозяина, т.е. не допускать невнимательности, непредусмотрительности, беззаботности, какие не свойственны хорошему хозяину. Только тогда, когда ссудополучатель проявил полную внимательность, предусмотрительность, заботу, так что вред для ссудодателя возник вследствие простой случайности (*casus*), ссудополучатель не нес ответственности перед ссудодателем; случайно возникший вред для вещи относился на счет ее собственника.

4. Договор ссуды заключался в интересах только одной стороны — ссудополучателя. Однако договор ссуды не являлся таким строго односторонним договором, как договор займа. По этому поводу до нас дошли от юриста Павла следующие соображения.

Ссудодатель заключает договор ссуды не в силу хозяйственной необходимости, а по доброй воле, осуществляя лишь моральный долг и любезность в отношении другой стороны. Поэтому он сам, оказывая такую любезность, определяет ее форму и пределы. Но как только ссудодатель предоставил другому свою вещь в безвозмездное

пользование, он себя связал: ему не принадлежит право по своему произволу прекратить потом договорное отношение, истребовать раньше установленного срока предоставленную в пользование вещь и т.д. Договор ссуды, по словам того же классического юриста, есть сделка обоюдная, и из нее возникают и иски для обеих сторон.

Конечно, *обязательство ссудополучателя* — основное: во-первых, оно возникает всегда и безусловно, ибо раз получена во временное пользование чужая вещь, возникает непременно обязательство ее вернуть; во-вторых, это обязательство — основное и по хозяйственному его значению: возврат вещи является одним из существенных признаков данного рода отношения.

Обязательство на стороне ее ссудодателя может возникнуть, а может и не возникнуть: если ссудодатель предоставляет вещь в исправном состоянии и за время пользования ссудополучателю не пришлось нести необходимых расходов на содержание и поддержание вещи, то на ссудодателе не лежит никаких обязанностей; в его лице возникает только право требовать возврата по окончании договора данной в ссуду вещи в исправном состоянии. Но если ссудодатель неосмотрительно передал в пользование вещь в таком состоянии, что она причинила ссудополучателю убытки, он обязан возместить ссудополучателю эти убытки (D.13.6.17.3; разумеется, при условии вины ссудодателя он не несет ответственности, если сам не знал о пороках данной в ссуду вещи).

Так, если ссудодатель дал в пользование больное животное, которое заразило имеющийся у ссудополучателя собственный скот; ссудодатель ссудил худые или вообще негодные сосуды, а ссудополучатель, который не мог заметить неисправности сосудов, пролил или испортил вино либо масло (D.13.6.18.3 — Гай) — во всех таких случаях для ссудополучателя открывается возможность искать возмещения убытков со ссудодателя. Равным образом, если предоставленная в пользование вещь потребовала от ссудополучателя расходов по содержанию или поддержанию ее, ссудодатель в известных случаях обязан их возместить.

Именно среди издержек, какие приходится ссудополучателю нести за взятую в пользование вещь, есть такие, которые, естественно, сопровождают процесс пользования и не могут быть переложены на ссудодателя; например, взяв в ссуду раба или животное, ссудополучатель должен, конечно, и кормить этот предмет ссуды, а потому не вправе предъявить к ссудодателю счет о возмещении такого рода из-

держек. Иначе смотрели, если раб или животное заболели и их пришлось лечить: понесенные в связи с болезнью раба или животного расходы могли составить предмет *actio commodati contraria* (иск ссудополучателя).

Однако римские юристы обращали внимание на то, что обязанности, лежащие на ссудодателе и на ссудополучателе, не эквивалентны ни по условиям возникновения, ни по экономическому удельному весу, ни по существенности значения. Две встречные обязанности, вытекающие из договора ссуды, не находились между собой в таком соотношении, как при договоре купли-продажи, найма имущества и др.

В этих последних примерах из заключения договора вытекали в качестве неперемногого последствия обязанности как той, так и другой стороны (например, обязанность продавца передать в обладание покупателя проданную вещь, обязанность покупателя уплатить за вещь условленную цену). Обе эти обязанности имеют одинаково важное, одинаково существенное значение, и не может быть законного договора купли-продажи, из которого возникла бы обязанность продавца и не возникла бы обязанность покупателя (либо наоборот).

Равным образом оба предоставления, которые обязуются сделать продавец и покупатель, по экономическому своему значению рассматриваются как в принципе эквивалентные: стоимости вещи соответствует определенная цена. При договоре ссуды никакого эквивалента предоставлению вещи в пользование нет, так как пользование по этому договору предоставляется безвозмездно. Обязанность на стороне ссудодателя может возникнуть только случайно, если в самом предоставлении вещи в пользование будет заключаться вина ссудодателя, имевшая последствием убытки для ссудополучателя (приведенный выше пример с предоставлением сосудов, дающих течь). Для того чтобы взыскать со ссудодателя понесенные убытки, ссудополучателю давался иск. Но этот возможный (эвентуальный), безусловно возникающий, иск римские юристы охарактеризовали и в самом его названии: в то время как иски продавца и покупателя, наймодателя и нанимателя имели каждый свое наименование, отражавшее их самостоятельное значение (*actio empti* — *actio venditi*, *actio locati* — *actio conducti*), иски из договора ссуды и для той, и для другой стороны носили одно и то же название — *actio commodati*. При этом иск ссудодателя называли *actio commodati directa*, прямой, основной

иск из ссуды, а иск ссудополучателя — *actio commodati contraria*, противоположный, обратный, встречный иск (который может возникнуть, а может и не возникнуть).

5. Ссудодатель несет ответственность лишь за *dolus* и *culpa lata*, но не за *culpa levis*: вступая в договор без выгоды лично для себя, ссудодатель по принципам римского права не может считаться обязанным принимать особо тщательные меры для ограждения интересов ссудополучателя; если вещь и не первоклассных качеств, ссудополучатель не имеет права на этом основании заявлять претензию ссудодателю; здесь применяются те же принципы, какие применительно к договору дарения нашли выражение в правиле народной мудрости: «Дареному коню в зубы не смотрят». По если ссудодатель допускает *culpa lata* (которая в договорных отношениях приравнивается к *dolus*), он должен отвечать перед ссудополучателем.

6. По хозяйственной цели договор ссуды является родственным договору займа; однако между ними имеются и существенные различия, как это видно из следующей таблицы:

Заем	Ссуда
а) Предмет договора — вещи, определенные родовыми признаками (числом, весом, мерой).	а) Предмет договора — вещи индивидуально определенные.
б) Вещи передаются на праве собственности.	б) Вещи передаются во временное пользование.
в) Получатель обязан вернуть такое же количество вещей того же рода.	в) Получатель обязан вернуть полученную вещь.
г) Риск случайной гибели переданных вещей лежит на получателе (как собственнике).	г) Риск случайной гибели вещи лежит на передавшем ее собственнике.
д) Обязательство — строго одностороннее.	д) Наряду с основной обязанностью получателя вещи может возникнуть обязанность ссудодателя возместить вред, причиненный ссудополучателю.

§ 3. Договор хранения или поклажи (*depositum*)

1. Договором *depositum* называется реальный контракт, по которому лицо, получившее от другого лица индивидуально определенную

вещь (поклажеприниматель, депозитарий), обязуется безвозмездно хранить ее в течение определенного срока или до востребования и по окончании хранения возвратить в целости и сохранности лицу, передавшему вещь на хранение (поклажедателю, депоненту).

Характерные признаки этого договора сводятся к следующим.

Во-первых, *depositum* — контракт реальный: обязательство из этого договора возникало посредством передачи вещи; одно соглашение о том, что известное лицо обещает принять на хранение вещь другого лица, еще не устанавливало обязательства из договора хранения.

Во-вторых, как правило, предметом договора хранения (как и предметом ссуды) являлась вещь индивидуально определенная. Однако в римском праве был допущен также и договор о хранении вещей, определенных родовыми признаками; но передачу на хранение таких вещей нельзя признать соответствующей характеру данного договора; недаром депозитум вещей, определенных родовыми признаками, называют *depositum irregulare*, т.е. не обычный, не нормальный вид договора, а особый, исключительный.

Не требуется, чтобы поклажедатель был собственником отдаваемой в поклажу вещи; можно отдать на хранение и чужую вещь (например, находящуюся у поклажедателя в пользовании, в закладе и т.п.). Но не может быть предметом договора хранения вещь, принадлежащая поклажепринимателю.

В-третьих, цель передачи вещи — хранение ее поклажепринимателем. Поклажеприниматель не только не становился собственником вещи, он даже не являлся ее владельцем; он только держатель вещи на имя поклажедателя, не имеющий также и права пользоваться вещью.

В-четвертых, существенным признаком договора *depositum*, отличающим этот договор от договора найма, являлась безвозмездность договора.

В-пятых, вещь могла быть передана по этому договору на определенный срок или до востребования; следовательно, включение в договор срока хранения — несущественно.

В-шестых, по окончании срока хранения (а при бессрочном договоре — по заявлению поклажедателя) вещь в соответствии с целью договора должна быть возвращена поклажедателю, притом (в случае обычного, нормального *depositum*) именно та индивидуальная вещь, которая была принята на хранение.

2. Договор хранения (подобно договору ссуды) не устанавливал равноценных, эквивалентных прав и обязанностей для той и другой стороны (как то имеет место, например, при договорах купли-продажи, найма имущества и т.д.). Поскольку *depositum* характеризовался признаком бесплатности хранения, поклажеприниматель не имел такого же основного права требования к поклажедателю, каким являлось требование поклажедателя о возврате переданной на хранение вещи в целости. Но *depositum* не являлся и таким последовательно односторонним договором, как заем, из которого иск получала только одна сторона — займодавец.

Как и при договоре ссуды, из *depositum* вытекало основное требование поклажедателя о возврате вещи, защищаемое прямым иском — *actio depositi directa*; и только в качестве случайного, возникающего при известных обстоятельствах, давался иск поклажепринимателю, именуемый *actio depositi contraria*, с помощью которого поклажеприниматель мог взыскивать с поклажедателя убытки, если тот, давая вещь на хранение, виновным образом причинил убытки поклажепринимателю, не знавшему о пороках переданной вещи.

3. *Права и обязанности сторон.* На поклажепринимателе лежала обязанность хранить вещь в течение определенного времени, после чего — вернуть поклажедателю; это — главное, основное обязательство из договора *depositum*. Безвозмездный характер хранения ослаблял требования, предъявляемые к хранителю: про него говорят, что он *custodiam non praestat*. Это выражение нельзя понимать в том смысле, что хранитель не отвечает за то, будет ли принятая вещь в сохранности или нет: поскольку хранитель вещи был обязан ее вернуть, и это его обязательство являлось юридическим, защищенным с помощью иска, очевидно, он не мог не отвечать за целость и сохранность вещи.

Формулу, что поклажеприниматель *custodiam non praestat*, следует толковать в том смысле, что, поскольку поклажеприниматель не извлекал из договора никакой для себя выгоды, хранил вещь безвозмездно, он был вправе ограничиваться более элементарными мерами, хранить вещь, как это делают обычные, заурядные люди, а также должен был принимать те меры, какие, быть может, предусмотрены в договоре. Принимать какие-либо специальные, более сложные меры для охраны вещи депозитарий не обязан. Он должен хранить вещь как обыкновенный средний хозяин. Другими словами, поклажеприниматель отвечал, если в его действиях, во всем его отноше-

нии к вещи проявлен *dolus* (умысел) или *culpa lata* (грубая небрежность), но не отвечал, если его можно упрекнуть только в *culpa levis* (легкой вине).

Связь пределов ответственности поклажепринимателя с принципом безвозмездности договора поклажи, отмеченная выше, нередко приводилась римскими юристами в объяснение того, что поклажеприниматель не отвечает за *culpa levis*. Особенно подробно и ярко разъяснен этот вопрос Гаем. Гай писал, что если тот, кому мы отдали на хранение какую-нибудь вещь, утратит ее *neglegenter*, т.е. по небрежности, он не будет нести ответственности за утрату. Свой ответ Гай так и мотивирует: ввиду того, что поклажеприниматель принимает вещь не в своем интересе, а в интересе того, от кого он данную вещь получил, он несет ответственность только в пределах *dolus*, т.е. если вещь погибает вследствие его *dolus*; за небрежность он не отвечает, так как лицо, доверяющее хранение своей вещи небрежному другу, должно пенять на себя; впрочем, грубую небрежность принято ставить наравне с *dolus* (D.44.7.1.5).

Приведенный отрывок из сочинения Гая прямо подтверждает тот принцип, что ввиду безвозмездности договора поклажеприниматель не отвечал за особо внимательное, тщательное отношение к вещи; он не должен был лишь намеренно причинять вред поклажедателю (это — ответственность за *dolus*) и не должен допускать грубой небрежности — *culpa lata*.

Употребленное Гаем выражение — «передача вещи на хранение небрежному другу» — отражает мельком древнейшую форму, служившую цели хранения. Договор поклажи в качестве реального контакта является сравнительно поздней формой. Между тем, несомненно, и в более отдаленные периоды римской жизни случаи отдачи вещей на хранение должны были встречаться. Как же их оформляли юридически? Прямого юридического средства для этой цели не было. Поэтому прибегали к гораздо более сильному средству, а именно: вещь передавалась тому, кто должен был ее хранить, на праве собственности с обязанностью (основанной на *fides*, на честности) вернуть по истечении известного времени полученную вещь обратно. Так как подобного рода передача вещи в собственность основана на полном доверии к получателю, то она называлась доверительной, фидуциарной; а так как такое доверие в подобного рода случаях чаще всего могло быть проявлено только в отношении близкого знакомого, друга, то отсюда такая доверительная передача вещи в собственность, направ-

ленная по существу на цель хранения, получила название *fiducia cum amico*. Поэтому Гай в приведенном выше тексте и упоминает о «небрежном друге».

Указанными историческими корнями данного договора, вероятно, объясняется та особенность *actio depositi directa*, что присуждение по этому иску в случаях обращения с вещью не в соответствии с договором (например, в случае пользования вещью, принятой на хранение), а также в случае виновного невозвращения вещи влекло для хранителя бесчестье (*infamia*).

Здесь, быть может, сказывается отголосок более старых времен, когда данное обязательство было еще не договорным, а деликтным, когда хранитель нес штрафную ответственность. Установлением строгой ответственности, выражающейся в бесчестье, сопровождавшем нарушение со стороны хранителя лежавшего на нем обязательства, имелось в виду вернее обеспечить возврат вещи.

По окончании хранения поклажеприниматель обязан был вернуть вещь, а также доходы от нее, если они получены были за время хранения.

4. Обязанность поклажедателя, как уже отмечено выше, являлась случайно привходящей в отдельных случаях; поэтому для поклажепринимателя не было создано основного (прямого) иска, а давалась *actio depositi contraria*. С помощью этого иска поклажеприниматель взыскивал с поклажедателя возможные убытки, а также вознаграждение за издержки на вещь, если они произведены по прямому указанию поклажедателя или по существу являются необходимыми издержками (например, прокорм принятых на хранение рабов, животных).

Необходимые издержки не должны были ложиться на поклажепринимателя, потому что ему не принадлежало право пользоваться принятыми на хранение вещами. Что касается издержек не необходимых, а только хозяйственно целесообразных, то вопрос об их возмещении является спорным.

5. Некоторые случаи поклажи имели настолько своеобразные черты, что их приходится выделить в качестве особых разновидностей этого контракта.

Так, иногда лицо вынуждено отдавать свои вещи в особо тяжелой обстановке (например, во время пожара, наводнения или иного бедствия либо опасности; так называемая *depositum miserabile*, несчастная, горестная поклажа). В преторском эдикте такие случаи были

выделены в том смысле, что поклажеприниматель, принявший вещь на хранение при особо тяжелых условиях, отвечал в случае причинения ущерба поклажедателю в двойном размере ущерба. Ульпиан (D.16.3.1.1–4), комментируя это место преторского эдикта, объясняет и оправдывает повышение ответственности тем, что в указанных случаях поклажедатель вынужден был доверять свои вещи другому лицу внезапно. Когда поклажедатель при нормальных условиях отдает кому-то вещь, а тот нотом ее не возвращает, то следует принять во внимание, что поклажедатель сам выбрал себе хранителя и должен отчасти пенять на себя. Когда приходится устраивать свои вещи в минуту тяжелой опасности, некогда выбирать подходящего хранителя, проявлять должную осмотрительность в выборе, приходится отдавать вещи кому-то удастся.

Таким образом, ни в каком легкомыслии, незнании людей и т.п. упрекать поклажедателя при *depositum miserabile* было нельзя. Тем тяжелее вероломство поклажепринимателя, не возвращающего вещь, отданную ему вследствие крайней необходимости. Естественно, что в этих случаях была установлена повышенная ответственность поклажепринимателя.

Специальную разновидность договора хранения составляет так называемый *depositum irregulare* (необычная, ненормальная поклажа); так называлась отдача на хранение денег и других вещей, определенных родовыми признаками. Если названные вещи передавались в особом хранилище (ящике, шкатулке и т.п.), они тем самым получали индивидуализацию, и тогда никакого своеобразия договора не было. Если же вещи, определенные родовыми признаками, отдавались поклажепринимателю без какого-либо их обособления в некоторое целое, получающее значение индивидуально определенной вещи, а непосредственно, то в результате смещения переданных вещей с однородными вещами поклажепринимателя полученные вещи становились предметом права собственности поклажепринимателя, на которого возлагалась в таких случаях обязанность возвратить не те же самые вещи, какие им были получены, а только такое же количество вещей, такого же рода, какие были получены. Эта разновидность договора и носит название *depositum irregulare*, т.е. *depositum* — не по правилам, не обычно совершаемый, а особый, исключительный. *Depositum irregulare* на первый взгляд имеет много общего с договором займа: одинаковый предмет договора (вещи, определенные родовыми признаками), переход права собственности

на переданные вещи к лицу, получившему их, и вытекающее отсюда перенесение на получателя вещей риска их случайной гибели, наконец, обязанность возврата не полученных вещей, а только такого же количества вещей такого же рода. При всем этом внешнем сходстве контрактов *depositum irregulare* и *mutuum* между тем и другим контрактом остается существенная разница. Цель договора займа заключается в том, чтобы удовлетворить хозяйственную потребность заемщика, т.е. лица, получающего деньги или иные вещи, определенные родовыми признаками.

При иррегулярной поклаже хозяйственное назначение и цель договора прямо противоположны: услугу оказывает принимающий деньги или иные вещи, определенные родовыми признаками.

§ 4. Договор залога

1. В тех случаях, когда залог сопровождался передачей вещи (так называемый заклад, см. разд. V, гл. IV, § 7, п. 2), между сторонами наряду с залоговым правом устанавливались договорные отношения, имеющие характер реального контракта.

Древнейшая форма залогового права — *fiducia* — сопровождалась для получившего вещь только моральной обязанностью вернуть вещь, после того как обеспеченное с помощью залога обязательство будет погашено; с течением времени эта обязанность стала признаваться юридической (давалась *actio fiduciae*).

2. При залоге в форме *pignus* устанавливалось двустороннее обязательство: залогодатель отвечал за возможный вред, понесенный залогопринимателем от заложенной вещи (приводившийся выше пример: передано больное животное, заразившее скот получателя); залогоприниматель обязан был относиться к вещи с заботливостью хорошего хозяина и после погашения обеспеченного залогом обязательства вернуть вещь. Залогодателю давалась *actio pigneraticia directa*, залогопринимателю — *actio pigneraticia contraria*.

Консенсуальные контракты

§ 1. Договор купли-продажи (*emptio-venditio*)

1. Обращение вещей (переход их из хозяйства в хозяйство) имело место еще до появления денег и представляло собой непосредственный обмен вещи на вещь (так называемую мену). Это соответствовало общим экономическим условиям общества, только что переходившего от натурального хозяйства к меновому.

На смену указанной первоначальной формы меновых сделок пришел обмен товара на деньги (притом немедленный: купля-продажа на наличные). Дальнейшее развитие имущественных отношений привело к такому договору, когда немедленной передачи товара, с одной стороны, цены — с другой, могло и не быть, т.е. стали заключать договор, по которому стороны принимают на себя взаимно обязательства: одна — передать товар, другая — уплатить за него цену.

2. Основная хозяйственная цель договора купли-продажи заключается в том, чтобы в хозяйство покупателя поступили на праве собственности те или иные нужные для него вещи. Наиболее эффективное правовое средство для постижения этой цели состояло в том, чтобы сделать покупателя собствен-

ником необходимых вещей. Древнейшее право так и разрешило задачу: манципация была одновременно и древнейшей формой купли-продажи (на наличные), и способом приобретения права собственности.

Классическое римское право не связывало, однако, с договором купли-продажи непосредственно такого правового результата. Оно разделяло обязательственный момент (принятие на себя продавцом обязательства предоставить покупателю обладание продаваемыми вещами) и момент получения покупателем права на вещь. Последний результат (получение покупателем непосредственного права на вещь) основывался на особом титуле, каким являлась фактическая передача проданной вещи покупателю.

Таким образом, *договор купли-продажи можно определить как консенсуальный контракт, посредством которого одна сторона — продавец (venditor) обязуется предоставить другой стороне — покупателю (emptor) в собственность вещь, товар (merx), а другая сторона — покупатель обязуется уплатить продавцу за проданную вещь определенную денежную цену (pretium).*

Merx (товар) и *pretium* (цена) являлись существенными элементами договора купли-продажи.

3. Товаром (предметом купли-продажи) могли быть в основном телесные вещи, не изъятые из оборота. Однако можно было продать и *res incorporalis* (нетелесную вещь), например, право требования. Как правило, предметом купли-продажи были вещи, существующие в натуре и притом принадлежащие продавцу. Однако ни тот, ни другой признак, т.е. ни существование вещи в натуре в момент заключения договора, ни принадлежность ее в этот момент продавцу, не являлись безусловно необходимыми. Жизнь требовала расширения сферы применения договора купли-продажи, для чего было использовано отмеченное выше разграничение обязательно-правового и вещноправового моментов.

Так, признали, что нет препятствий к заключению договоров купли-продажи чужих вещей, т.е. не принадлежащих продавцу: заключая такой договор, продавец берет на себя обязательство приобрести вещь от ее собственника и передать покупателю. Как чисто обязательственный акт купли-продажа и в этом случае получала действительную силу. Конечно, могло случиться, что продавцу не удалось получить вещь от собственника и он не может передать ее покупателю или, хотя фактически и передаст, но не обеспечит облада-

ние ею; покупатель вправе тогда взыскивать с продавца возмещение своего интереса.

Благодаря обязательственно-правовому характеру последствий договора купли-продажи оказалось возможным удовлетворить и другую потребность хозяйственной жизни. Именно с развитием менового хозяйства нередко встречалась надобность продать, например, продукты сельского хозяйства раньше, чем они созрели. Такие договоры о продаже будущего урожая были допущены; в этом случае говорили о продаже вещи, будущей или ожидаемой. Договор купли-продажи рассматривался тогда как заключенный под отлагательным условием, т.е. правовые последствия договора возникали в таком случае не немедленно по заключении договора, а только по выяснении урожая.

В источниках римского права нет достаточно четких указаний относительно практики купли-продажи вещей, определенных родовыми признаками. Быть может, это объясняется историческим развитием договора купли-продажи. Первоначальная форма купли-продажи — манципация — предполагала непосредственную передачу продаваемой вещи в собственность покупателя; естественно было требование, чтобы предмет купли-продажи был индивидуализирован. Если продажа должна была непосредственно перенести на покупателя право собственности, то нельзя было продать известное количество зерна или масла, не обособив его от остального количества; право собственности же передать только на выделенное, конкретизированное (или с помощью тары, или посредством указаний на территориальное нахождение продаваемого товара и т.п.), определенное количество зерна, масла и т.п.; например, продается такое-то количество масла в двух определенных сосудах, такое-то количество зерна, находящееся на таком-то складе, и т.п.

Обязательство сдать известное количество вещей, определенных родовыми признаками, без ближайшей конкретизации предмета договора, устанавливалось в Риме исстари с помощью стипуляции. Стипуляционная форма, видимо, удовлетворяла потребности практической жизни, вследствие чего можно было обходиться без купли-продажи родовых вещей.

4. Второй существенный элемент купли-продажи — цена (*pretium*).

Цена должна была выражаться в денежной сумме; в этом отличие купли-продажи от мены, при которой эквивалентом вещи, пе-

редаваемой одной стороной другой, являлась также какая-нибудь вещь, передаваемая второй стороной первой стороне.

Цена должна быть определенной.

Цена складывалась в зависимости от условий рынка, и в отдельных случаях могла быть то выше, то ниже нормальной стоимости вещи. В императорский период, однако, была сделана попытка принудительного регулирования размера покупной цены. Во-первых, рескриптом Диоклециана (285 г.) было допущено в известных случаях расторжение договора купли-продажи вследствие так называемой *laesio enormis*, т.е. чрезмерной убыточности договора (для продавца), а именно при продаже вещи дешевле половины действительной стоимости. Покупатель, не желавший доводить дело до расторжения договора купли-продажи, мог доплатить разницу до настоящей цены и таким путем сохранить за собой купленную вещь (С.4.44.2).

Во-вторых, Диоклециану принадлежит также попытка (впрочем, безуспешная) установить общие для всей империи таксы на различные товары (*edictum de pretiis rerum venalium*).

5. Конечной целью договора купли-продажи являлась передача вещи покупателю на праве собственности. По если продавец сам не был собственником вещи, то, естественно, покупатель также не становился ее собственником, а следовательно, вещь могла быть виндигирована ее собственником. В этом случае продавец *несет ответственность за эвикцию вещи*. Эвикцией вещи (от слова *evincere* — «вытребовать», «отсудить») называется лишение покупателя владения полученной от продавца вещью вследствие отсуждения ее каким-либо третьим лицом на основании права, возникшего до передачи вещи продавцом покупателю. Все эти признаки: утрата покупателем фактического владения купленной вещью по судебному решению, состоявшемуся по основанию, возникшему до передачи вещи от продавца покупателю, — являлись существенными.

Иск на основании эвикции покупателю не давался, если лишение владения купленной вещью следует приписать его собственному нерадению и беззаботности; в частности, если покупатель не поставил продавца в известность о заявленной третьим лицом претензии и таким образом лишил его возможности привести доказательства права покупателя на владение вещью.

В древнереспубликанский период, когда купля-продажа совершалась посредством манципации, в случае предъявления третьим лицом иска к покупателю, направленного на отобрание от него вещи,

на продавца возлагалась обязанность помочь покупателю в отражении предъявленного иска. Если продавец не оказывал требуемого содействия покупателю или хотя и оказывал, но безрезультатно, и покупатель лишился купленной вещи, он мог взыскать с продавца двойную покупную цену в качестве штрафа; для этой цели служила *actio auctoritatis*.

Позднее, когда продажа стала совершаться без манципации, вошло в практику при заключении договора купли-продажи более или менее ценных вещей совершение дополнительной стипуляции, с помощью которой выговаривалось получение от продавца (в случае эвикции) двойной покупной цены. Подобного рода стипуляции получили такое широкое распространение, что их стали считать как непременно связанные с договором купли-продажи; если продавец отказывался заключить такую стипуляцию, можно было в судебном порядке потребовать ее совершения.

Развитие права по вопросу об эвикции завершилось признанием за покупателем права на основании самого договора купли-продажи (независимо от совершения стипуляции) искать в случае эвикции вещи с продавца возмещения убытков в порядке регресса (обратного требования).

6. Продавец обязан был предоставить вещь в надлежащем состоянии по качеству: если вещь передана в таком виде, что или ее невозможно использовать по назначению, или она обесценена вследствие имеющихся в ней недостатков, в этой передаче нельзя было видеть исполнение продавцом принятой на себя по договору обязанности.

Нормы права об ответственности продавца за надлежащее качество проданной вещи развивались постепенно.

В течение ряда столетий гражданское римское право характеризуется принципом ответственности лишь за то, что было прямо обещано. Расширение ответственности продавца за недостатки вещи сначала было осуществлено в практике курульных эдилов, регулировавших торговлю на рынках и базарах, и лишь в классический период с основной области применения эдильского эдикта (торговля на рынках) расширенная ответственность была распространена и на общегражданские договоры продажи.

По гражданскому праву продавец отвечал за свои заявления и обещания, но лишь за такие, которые делались серьезно с целью установления ответственности, а не представляли собой простого расхва-

ливания товара, которое нельзя понимать как принятие на себя продавцом ответственности.

Таким образом, по цивильному праву продавец нес ответственность перед покупателем, если он прямо обещал, что вещь имеет такие-то положительные качества, а их не оказалось, или что вещь не страдает такими-то недостатками, а между тем они имелись в вещи.

Наряду с этим продавец отвечает и в тех случаях, когда в его действиях можно усмотреть *dolus*, т.е. намеренное сокрытие, умолчание об известных продавцу и не известных покупателю недостатках с целью сбыть негодную вещь; например, зная, что продаваемый раб страдает определенной болезнью, продавец скрывает его болезнь от покупателя.

Впрочем, норму об ответственности продавца за умолчание о недостатках продаваемой вещи, поскольку речь идет о цивильном праве, нужно понимать несколько ограничительно. Дело в том, что римскому праву было не свойственно возлагать на одного из контрагентов в договоре заботу о том, чтобы не пострадали интересы другого контрагента. Поэтому ответственность продавца за умолчание обуславливалась тем, что недостатки продаваемой вещи не известны и не должны быть известны покупателю, а продавец этим пользуется и старается склонить покупателя к договору. Римские юристы приводили такие примеры: покупатель слепой, а продавец ничего не говорит о недостатках, — в данном случае продавец отвечает за недостатки проданной вещи; наоборот, покупатель (зрячий) покупает слепого раба, продавец не отвечает, так как покупатель должен был видеть, какого раба покупает (D.18.1.11 пр.; 8.1.43.1).

В таких границах установилась в римском праве ответственность продавца за ненадлежащее качество проданной вещи по общегражданским договорам продаж. Но эти нормы не могли удовлетворить торговый оборот. Оживленные торговые отношения требовали создания большей уверенности у участников оборота в том, что заключаемые сделки не таят в себе никаких опасностей, что из них не возникнет убытков, которых не на кого будет переложить.

В Риме особенно большое значение имели сделки продажи, совершаемые на рынках, так как здесь продавались наиболее ценные для рабовладельческого хозяйства товары — рабы и скот. Рыночные сделки находились под наблюдением особых должностных лиц, именовавшихся курульными эдлами. В частности, в компетенцию ку-

рульных эдилов входило рассмотрение споров, возникавших на почве рыночных сделок.

В практике курульных эдилов по рассмотрению споров из сделок рыночной продажи выработались специальные правила, вошедшие в эдикты, издававшиеся курульными эдилами. Эти правила установили ответственность продавца за скрытые недостатки вещи, т.е. такие, которые не бросаются в глаза, так что обнаружить их нельзя даже при внимательном осмотре товара. В борьбе против продажи вещей, имеющих недостатки, которых покупатель не мог заметить при заключении договора, были введены два иска. Один иск был направлен на то, чтобы «сделать вещь некупленной», т.е. вернуть стороны в то положение, в каком они были при заключении договора (это *actio redhibitoria*); другой иск был направлен на уменьшение покупной цены (отсюда его название — *actio quanti minoris*).

По обоим названным эдильским искам продавец отвечал даже в том случае, если он сам не знал о существовании недостатков вещи.

Буквальное содержание эдикта охватывало только вещи, особенно важные в хозяйстве (скот, рабов). Впоследствии те же правила были применены и к случаям продажи других вещей. *Actio redhibitoria* можно было предъявить только в пределах шестимесячного срока, *actio quanti minoris* — в течение года (D.21.1.1.1; 21.1.38 pr.).

7. Покупатель обязан уплатить покупную цену. Платеж покупной цены, если договором сторон не предусматривалась отсрочка или рассрочка платежа, являлся необходимым условием для приобретения покупателем права собственности за проданную вещь.

Если по заключении договора купли-продажи проданная вещь погибала по случайной причине, т.е. без вины в том как продавца, так и покупателя, то неблагоприятные последствия факта гибели вещи ложились на покупателя. Это значит, что покупатель обязан платить покупную цену (а если уже уплатил ее, не имеет права требовать ее обратно), несмотря на то, что продавец вследствие случайной причины не может исполнить лежащей на нем обязанности предоставления вещи. Сложился даже афоризм: «*Periculum est emptoris*» — «Риск случайной гибели проданной вещи лежит на покупателе» (если, конечно, в договоре стороны не предусмотрели иного положения).

Правило *periculum est emptoris* резко расходилось с общим принципом римского права — *casum sentit dominus* (т.е. последствия слу-

чайностей, какие могут постигнуть вещь, приходится ощущать собственнику данной вещи). С точки зрения этого общего правила, если вещь по заключении договора купли-продажи, но еще до передачи покупателю случайно погибает или повреждается, риск должен был бы нести продавец, так как при указанных обстоятельствах именно он является собственником проданной вещи. Только после фактической передачи вещи (*traditio*) право собственности переходит (при наличии других необходимых условий) к покупателю и, следовательно, с точки зрения правила *casum sentit dominus*, только тогда нужно было бы возложить на покупателя и риск случайной гибели или порчи вещи. В действительности же покупатель нес риск независимо от того, стал ли он уже собственником купленной вещи, или еще нет.

Потребовалось немало усилий для того, чтобы объяснить это исключительное правило. Некоторые авторы¹ видели объяснение правила *periculum est emptoris* в том, что первоначальной формой продажи была *mancipatio*, сразу переносившая право собственности на покупателя, так что ему приходилось нести риск в соответствии с общим правилом *casum sentit dominus*. Когда в дальнейшем заключение обязательственного договора купли-продажи и переход права собственности к покупателю разъединились, установившееся положение сохранилось в силу известного консерватизма римского права.

Большим распространением и признанием пользуется другое объяснение, также построенное на историческом происхождении купли-продажи². До того как договор купли-продажи получил признание в качестве консенсуального, той цели, для которой в классическом римском праве служит купля-продажа, достигали с помощью двух отдельных стипуляций. «Обещаешь ли дать мне раба Стиха?» — спрашивал покупатель продавца и получал утвердительный ответ. «Обещаешь ли уплатить мне 100?» — спрашивал продавец покупателя и также получал на свой вопрос утвердительный ответ. Так возникали две стипуляционные обязательства. Разумеется, хозяйственно эти две стипуляции являлись взаимно обусловленными, но ввиду формального и абстрактного характера стипуляций обе

¹ См., например: *Monier. Manuel élémentaire de droit romain*, 1944. P. 11.

² См.: *Girard. Manuel élémentaire de droit romain*. 8-е изд., 1929.

стипуляции юридически были совершенно самостоятельны, а потому каждая имела свою судьбу, не связанную с судьбой другой стипуляции. Отсюда и получалось, что обстоятельства могли сложиться так, что стипуляция, устанавливавшая обязательства передачи вещи, оказывалась неисполнимой без всякой в том вины продавца, т.е. случайно, вследствие чего продавец освобождался от исполнения своего обязательства. Между тем другая (встречная) стипуляция сохраняла силу: поскольку стипуляционное обязательство имело абстрактный характер, не было связано с основанием, по которому обязательство установлено, обязавшийся уплатить 100 по-прежнему должен был платить, хотя его право требования (по первой стипуляции) отпало. Это положение так прочно вошло в жизнь, что те же самые последствия случайной гибели проданной вещи продолжали применяться и тогда, когда оформление купли-продажи с помощью двух стипуляций перестало быть необходимым, так получил признание консенсуальный контракт — *emptio-venditio*.

В соответствии с переходом на покупателя с момента заключения договора риска случайной гибели или порчи проданной вещи к нему поступают и всякого рода случайные приращения, улучшения и т.п., последовавшие после заключения договора.

8. Таким образом, из договора *emptio-venditio* возникали два взаимных обязательства: продавец был обязан предоставить покупателю проданный предмет, гарантировать беспрепятственное обладание им (*habere licere*), отвечать за эвикцию и недостатки вещи, а покупатель был обязан уплатить условленную цену. Продавцу давалась *actio venditi* для того, чтобы добиваться принудительным порядком исполнения обязательства со стороны покупателя (если он добровольно не исполнял обязательства), и наоборот, покупатель получал *actio empti* для удовлетворения своих претензий к продавцу. Оба эти иска были из категории *actiones bonae fidei* (см. разд. II, § 4, п. 3), при которых не было культа буквы договора, а проводилось более свободное толкование воли сторон.

Обязательства, лежащие на продавце и покупателе, по своему значению одинаково существенны и притом внутренне связаны: продавец потому принимает на себя обязательство изложенного выше содержания, что из того же договора должно возникнуть встречное, по смыслу договора — эквивалентное, обязательство покупателя, и наоборот, покупатель обязуется уплатить покупную цену потому, что продавец обязуется предоставить ему продаваемую вещь. В этом

смысле куплю-продажу называют синаллагматическим договором, т.е. содержащим взаимосвязанные, обмениваемые одно на другое обязательства.

§ 2. Договоры найма (*locatio-conductio*).

Общие положения

1. Классическое римское право знало три вида договора *locatio-conductio*: 1) наем вещей (*locatio-conductio rerum*); 2) наем услуг (*locatio-conductio operarum*); 3) наем работы, или подряд (*locatio-conductio operis*, или *operis faciendi*).

Это различие видов найма — плод долгого развития права. Первоначально наем раба как движимой вещи вполне удовлетворял потребность хозяйства в рабочей силе, и наем услуг не практиковался; договор подряда применялся главным образом к сдаче государственных работ, работ по очистке улиц и т.п.¹

2. Римские юристы отмечали некоторую близость договора найма к договору купли-продажи и в отдельных случаях выражали сомнение, какой из двух названных договоров имеет место. Например, одно лицо предоставляет другому гладиаторов на таких условиях, что это второе лицо должно уплатить первому за гладиаторов, вышедших из боя невредимыми, по 20 динариев, а за убитых или искалеченных — по 100 динариев. Гай считал, что в отношении первой группы рабов имеет место *locatio-conductio*, в отношении второй —

¹ И.В. Шерешевский в статье «Правовое регулирование „наемного труда“ в Риме» (Вестник древней истории. 1955. № 1) высказывает мнение, что римское право не знало расчленения единого договора *locatio-conductio* и что такое расчленение представляет плод творчества буржуазных историков и юристов, навязывающих римскому рабовладельческому обществу отношения, аналогичные капиталистическим.

В частности, И.В. Шерешевский утверждает, что в римском праве не различали *locatio-conductio operarum* и *locatio-conductio operis*; в таком различии не было необходимости, так как в наем сдавались услуги рабов, считавшихся вещами, и, следовательно, такие сделки подходили под *locatio-conductio rei*. Однако И.В. Шерешевский и сам не отрицает, что иногда под влиянием безысходной нужды и свободные лица предоставляли свои услуги по договору найма, что вольноотпущенники сдавали свои услуги рабовладельцу, что ряд текстов в D.19.2 относятся к услугам и несвободных, и свободных лиц. Несомненно только одно, что *locatio-conductio operarum* широкого применения не имела.

emptio-venditio. Заказ колец золотых дел мастеру из его золота характеризуется как купля-продажа, из золота заказчика — как *locatio-conductio*.

3. Договор *locatio-conductio* порождает права и обязанности для каждой из сторон; каждая сторона получала самостоятельный иск (*actio locati* и *actio conducti*); оба эти иска — *bonae fidei*.

§ 3. Договор найма вещей (*locatio-conductio rerum*)

1. Наймом вещей называется такой договор, по которому одна сторона (наймодатель, *locator*) обязуется предоставить другой стороне (нанимателю, *conductor*) одну или несколько определенных вещей для временного пользования, а другая сторона обязуется уплачивать за пользование предоставленными вещами определенное вознаграждение (*merces, pensio*) и по окончании пользования возвратить вещи в сохранности наймодателю.

Среди свободных римских граждан очень рано появилась резкая имущественная дифференциация. Наряду с крупными землевладельцами, обрабатывавшими свои огромные латифундии трудом множества рабов, образовалась многочисленная прослойка бедных крестьян, свободных, но малоземельных или вовсе безземельных. Эти безземельные и малоземельные крестьяне были вынуждены снимать у богатого рабовладельца небольшие клочки земли для обработки. Равным образом в городах было много граждан, не имевших собственных домов и снимающих жилище у богатых домовладельцев. Соотношение наймодателей и нанимателей с социально-экономической стороны приводило к соответствующему умалению прав нанимателя: его экономическая зависимость от наймодателя сказалась, между прочим, в том, что наниматель вещи (в особенности земельного участка) не признавался в Риме владельцем и не пользовался самостоятельной владельческой защитой против всякого рода самовольных посягательств на его землю и хозяйство. Отразить такие самовольные нарушения обладания снятым земельным участком наниматель мог только через посредство сдатчика, на имя которого считался обладающим данным участком наниматель. Легко понять, как возрастала в силу этого зависимость нанимателя от сдатчика, и без того дававшая себя знать.

2. Предметом *locatio-condictio rei* могли быть вещи — движимые и недвижимые, но из числа движимых вещей только такие, которые не принадлежат к числу потребляемых (т.е. при нормальном хозяйственном употреблении не уничтожающихся и не подвергающихся существенному изменению), так как в отношении потребляемых вещей неисполнима обязанность нанимателя возвратить по окончании найма ту самую вещь, которая была получена по договору. Было необязательным, чтобы наймодатель имел право собственности на сдаваемую вещь: допускалась сдача внаймы и чужой вещи.

3. Вознаграждение за пользование (наемная плата) нормально должно определяться в денежном выражении; но в договорах найма (аренды) сельскохозяйственных земельных участков допускалось определение наемной платы в натуре (известное количество продуктов, в частности, известная доля урожая). Если в других случаях лицо, получающее по договору вещь в пользование, принимало на себя обязательство дать за это в пользование другую вещь и т.п., то такой договор не подходил под категорию *locatio-conductio*.

Срок не являлся необходимым элементом договора найма: можно было предоставить вещь в пользование и без указания точного срока («на неопределенный срок»). В этом случае договор мог быть в любое время прекращен по заявлению каждой стороны.

4. *Обязанности наймодателя.* На наймодателе лежала обязанность предоставить нанимателю пользование нанятой вещью (или вещью и плодами от нее). Вместе с вещью должны быть переданы и принадлежности к ней (например, при сдаче земельного участка — обычный инвентарь).

Вещь должна быть предоставлена своевременно. Несоблюдение этой обязанности дает нанимателю право отступить от договора.

Обязанность наймодателя предоставить нанимателю вещь в пользование не исчерпывалась однократной передачей вещи нанимателю: наймодатель обязан был в течение всего срока найма обеспечить нанимателю возможность спокойного и соответствующего договору пользования вещью. Для этого наймодатель должен производить необходимый ремонт отданной в наем вещи, чтобы в течение всего срока договора поддерживать вещь в годном для пользования состоянии, устранять препятствия, которые мог встретить с чьей-либо стороны наниматель, и т.п.

5. Если предоставленная в пользование вещь оказывалась непригодной для пользования или по крайней мере пользование не давало всего того хозяйственного эффекта, на получение которого наниматель вправе был рассчитывать, то применялись принципы, аналогичные тем, на которых строилась ответственность продавца за недостатки проданной вещи. Ответственность наймодателя за недостатки сданной в наем вещи выражалась в возмещении всего интереса нанимателя в тех случаях, когда вещь оказывалась непригодной для пользования по тому назначению, какое имелось в виду при заключении договора. Однако возможно было в этих случаях и иное последствие, а именно, нанимателю принадлежало право отказаться от договора. Если пользование вещью было возможно, но с меньшим хозяйственным эффектом и удобствами, наниматель мог с помощью *actio conducti* требовать снижения наемной платы.

6. Наймодатель отвечал за всякую вину (*omnis culpa*). Если невозможность пользования вещью для нанимателя наступала без вины в том наймодателя, последний не нес ответственности перед нанимателем, но и не имел права требовать наемную плату за то время, пока пользование вещью было невозможно по такой случайной причине. Из этого можно сделать вывод, что риск в данном случае лежал на наймодателе (*periculum est locatoris*).

Наймодатель обязан был также платить за отданную в наем вещь налоги, нести всякого рода публичные повинности и проч.

7. *Обязанности нанимателя.* Наниматель был обязан платить наймодателю за пользование вещью условленную наемную плату пропорционально времени пользования. По общему правилу, если не было иного соглашения, наемная плата вносилась по истечении соответствующего промежутка времени (*postnumerando*). Если наниматель внес наемную плату вперед, а пользование в течение всего периода, за который внесена наемная плата, оказалось невозможным не по вине нанимателя (например, по случайной причине сторел нанятый дом), нанимателю дается *actio conducti* для возврата наемной платы.

Вопрос о платеже наемной платы получил специальную регламентацию для того случая, когда она определена в натуре в известном количестве продуктов (сельскохозяйственная аренда). Различные случайные обстоятельства могут сильно повлиять на урожай и так его понизить, что для арендатора окажется непосильной арендная плата, установленная по договору. Классические римские юри-

сты оставили по этому вопросу следующие указания. Если имела место так называемая неодолимая сила (*vis cui resisti non potest*), вследствие чего пропал урожай, наниматель освобождался от обязанности платежа наемной платы. Если же ничего чрезвычайного не произошло, убыток от недорода и т.п. нес наниматель. В отношении неурожая, постигшего нанятый участок, классические юристы давали еще такое указание: урожайность — дело случайное: один год — неурожайный, а другой — дает обильный урожай; поэтому в неурожайный год, когда арендатору трудно уплатить полную арендную плату, следует допустить уменьшение арендной платы (*remissio mercedis*); но если последующие годы будут урожайными, наймода-тель вправе до-получить арендную плату и за неурожайный год.

8. Наниматель при пользовании вещью должен был соотноситься с содержанием договора и хозяйственным назначением вещи. Наниматель нес ответственность за всякого рода повреждения и ухудшения нанятой вещи, если они произошли по его вине (хотя бы легкой) (D.19.2.19.2).

По окончании найма нанятая вещь должна быть возвращена без задержки и в надлежащем состоянии. В случае несвоевременного возвращения нанятой вещи наниматель был обязан возместить наймодателю убытки, понесенные им от несвоевременного возвращения вещи.

Если наниматель за время найма произвел затраты на нанятую вещь, то вопрос о его праве на возмещение произведенного расхода решался в зависимости от характера затрат. В тех случаях, когда издержки можно было считать необходимыми либо полезными, хозяйственно целесообразными, наниматель имел право требовать от наймодателя их возмещения; если же издержки не имели такого значения, а сделаны были только в силу особенностей личного вкуса или желания нанимателя, то нанимателю не давалось права требовать возмещения таких затрат, а только предоставлялось *ius tollendi*, т.е. право отделить от вещи «вложения» в нее, при условии, однако, если это можно сделать без ухудшения вещи.

9. Наниматель не лишен был права (если не было противоположного соглашения с наймодателем) передать нанятую вещь в пользование другому лицу (поднаем — C.4.65.6). Разумеется, такая передача нанятой вещи поднаемателю не снимала с основного нанимателя ответственности перед наймодателем за сохранность вещи и надлежащее ее использование. Наниматель вообще отвечал от своего име-

ни (в данном случае это значит: как за свою вину) за вину всех, кого он допускал к нанятой вещи.

10. Социально-экономическое положение нанимателей в Риме и преимущественная забота закона о наймодателях сказались на регламентации договора найма, в частности, в том, что римское право строго последовательно проводило обязательственно-правовую природу имущественного найма.

Важнейшим выводом из указанного принципа было то положение, что, если наймодатель до истечения срока имущественного найма отчуждал сданное имущество, новый собственник не был связан договором своего предшественника (D.19.2.25.1). В новое время получил большое распространение афоризм, что по римскому праву «купля прекращает (ломает) наем». Этот афоризм неточен: отчуждение сданной в наем вещи не снимало с наймодателя ответственности перед нанимателем, следовательно, договор между ними не считался прекращенным; но осуществление нанимателем пользования нанятой вещью находилось в зависимости от согласия нового собственника вещи, на которого договор предшественника автоматически не распространялся. Если новый собственник не давал нанимателю согласия на пользование вещью, первоначальный наймодатель нес ответственность по договору.

11. Договор найма вещи в некоторых случаях мог быть *прекращен* односторонним отказом от него той или другой стороны. Такое право признавалось за нанимателем, в частности, тогда, если предоставленная наймодателем вещь оказывалась непригодной для пользования. Наниматель мог также отказаться от договора, если пользование вещью связано с серьезной опасностью.

В ряде случаев имеет право прекратить договор наймодатель, а именно, если наниматель злоупотреблял своим правом, пользовался вещью так, что портил ее и т.д., если нанятая вещь требовала ремонта, а выполнение его невозможно без прекращения пользования нанимателем, наконец, если вещь оказалась необходимой для личных надобностей наймодателя.

Смерть той или иной стороны не прекращала договора найма. Прекращался договор найма истечением срока, но если фактически пользование вещью со стороны нанимателя продолжалось и по окончании срока, договор считался возобновленным по молчаливому согласию сторон.

§ 4. Договор найма услуг (*locatio-conductio operarum*)

1. Договором найма услуг (*locatio-conductio operarum*) называется такой договор, по которому одна сторона (нанявшийся, *locator*) принимала на себя обязательство исполнить в пользу другой стороны (нанимателя, *conductor*) определенные услуги, а наниматель принимал на себя обязательство платить за эти услуги условленное вознаграждение.

В отличие от *locatio-conductio operis*, имевшего целью предоставление подрядчиком готового результата работы, договор найма услуг имел предметом выполнение отдельных услуг по указанию нанявшего. Это обстоятельство приводило неизбежно к известной зависимости нанявшегося от нанимателя. Нанявшийся выполнять известные работы за плату фактически ставил себя в положение, близкое к положению раба. В тех случаях, когда по характеру отношения зависимость нанявшегося от нанимателя признавалась недопустимой, прибегали к договору поручения (см. ниже, § 6).

Необходимо заметить, что в условиях рабовладельческого общества договор найма личных услуг вообще не мог иметь большого распространения и сколько-нибудь существенного значения: для выполнения всякого рода услуг в распоряжении рабовладельца были прежде всего рабы, в известной мере — также вольноотпущенники. Обращаться к услугам свободных граждан путем заключения *locatio-conductio operarum* приходилось нечасто. Содержание договора составляли главным образом повседневные домашние работы, не предполагающие специальных знаний или особых способностей.

Договор найма услуг мог быть заключен или на точно определенный срок, или без указания такого срока. В последнем случае каждая сторона могла в любое время заявить об отказе от договора.

2. Нанявшийся был обязан исполнять в течение срока договора те именно услуги, которые предусмотрены в договоре, притом исполнять лично, без замены себя другим лицом. Наниматель был обязан оплачивать услуги в условленном размере. Как и при найме вещей, уплата наемной платы по договору найма услуг производилась *postnumerando*, т.е. по истечении той единицы времени, за которую производился расчет. Если нанявшийся не мог вследствие болезни или иной причины выполнять условленные услуги, он не имел права и на вознаграждение. Если же нанявшийся готов был оказывать

условленные услуги, но его услугами наниматель не воспользовался по не зависящим от нанявшегося причинам, последний сохранял право на вознаграждение.

Однако неиспользование нанимателем услуг ненанявшегося не должно было служить для последнего источником обогащения путем получения платы за один и тот же период времени от двух нанимателей: заработанное (на стороне) нанявшимся за то время, пока наниматель не пользовался его услугами, засчитывалось в счет вознаграждения, причитающегося нанявшемуся по данному договору.

§ 5. Договор подряда (*locatio-conductio operis*)

1. Договором подряда (*найма работы, locatio-conductio operis*) назывался договор, по которому одна сторона (подрядчик, *conductor*) принимала на себя обязательство исполнить в пользу другой стороны (заказчика, *locator*) известную работу, а заказчик принимал на себя обязательство уплатить за эту работу определенное денежное вознаграждение.

Отличие этого договора от предыдущего договора (найма услуг, *locatio-conductio operarum*) заключалось в том, что по договору найма услуг нанявшийся обязан был к предоставлению отдельных услуг; договор же подряда направлен на то, чтобы подрядчик дал определенный *opus*, законченный результат (D.50.16.5.1).

Договор подряда в тех случаях, когда подрядчик работает своим материалом (полностью или в части), близко подходит к договору купли-продажи. Различие между обоими этими договорами проводилось римскими юристами в зависимости от того, кто дает главный (основной) материал для выполнения работы (D.18.1.20).

2. Подрядчик обязан был исполнить и сдать работу как законченный результат в соответствии с договором, надлежащим образом, в установленный срок, в надлежащем состоянии по качеству работы.

Подрядчик отвечал за всякую вину, не исключая легкой (*culpa levis*).

Подрядчику разрешалось пользоваться при исполнении договора услугами других лиц, но с тем, что за их вину подрядчик отвечал как за свою собственную (D.19.2.25.7).

По вопросу о том, кто несет *риск* случайной гибели или порчи работы, указания источников несколько разноречивы. Основной прин-

ции, по которому решаются в источниках отдельные казусы, сводится к тому, что случайная гибель или порча работы, происшедшая до сдачи работы, ложится на подрядчика, после сдачи работы — на заказчика.

3. На обязанности заказчика (нанимателя) лежала уплата условленного вознаграждения.

Если в процессе исполнения работы выяснялась невозможность исполнить работу за условленную цену, в основание которой положена смета, составленная подрядчиком, от заказчика зависело или согласиться на увеличение вознаграждения подрядчика, или приостановить работу и отказаться от договора.

Если заказчик произвольно отказывался принять от подрядчика исполненную им работу, то он не освобождался от обязанности уплатить подрядчику предусмотренное договором вознаграждение. Если заказчик прервал выполнение заказанной работы раньше срока и подрядчику удалось использовать освободившееся время на другой работе, его заработок по этой второй работе засчитывался в счет вознаграждения, причитающегося от первого нанимателя.

§ 6. Договор поручения (*mandatum*)

1. Договор поручения состоял в том, что одно лицо (доверитель, мандант) поручало, а другое лицо (мандатарий, поверенный) принимало на себя исполнение безвозмездно каких-либо действий.

Предмет поручения могли составлять как юридические действия (совершение сделок, выполнение процессуальных действий), так и услуги фактического характера (в источниках приводятся в качестве примеров безвозмездная починка, отделка платья и т.п., J.3.26.13).

2. Безвозмездность исполнения поручения являлась существенным признаком договора поручения. *Mandatum*, по мнению римских юристов, ведет свое происхождение *ex officio atque amicitia* (из общественного долга и дружбы), а выполнение долга и получение за это платы, по понятиям римлян, несовместимы (D.17.1.1.4). Если за исполнение действия назначалась плата, тем самым договор превращался в договор найма. Класс рабовладельцев, не имевший надобности работать за плату, «наниматься», относился с презрением к такой платной работе и, чтобы «не принижать» общественного значения услуг мандатария, действующего или по дружбе, или цена оказанные

ему честь и доверие, резко разграничивал два названных вида договоров: поручение и наем.

Однако было бы неточно утверждать, что мандатарий ни при каких обстоятельствах ничего не получал от манданта за исполнение его поручения. *Merces* — плата в смысле эквивалента оказанной услуги, действительно не свойственна договору поручения, но когда мандатарий получал за оказанную услугу какой-то подарок, «благодарность», выраженную материально, это признавалось допустимым, не принижающим мандатария и социального значения отношения.

В отличие от *merces* такого рода «благодарность» получила наименование *honor* (откуда в свое время образовался термин «гонорар» лиц так называемых либеральных или свободных профессий, т.е. таких, которыми не считалось позорным заниматься и свободному римскому гражданину). С введением понятия гонорара создавалась по существу искусственная оболочка, которая должна была прикрывать действительные отношения между мандантом и мандатарием.

3. Обязанности мандатария. Несмотря на безвозмездность поручения, римское право предъявляло к мандатарю строгие требования относительно точности, тщательности и заботливости в исполнении поручений. Принять на себя поручение зависит от воли мандатария (говорит Павел), но исполнить принятое поручение есть уже необходимость (D.13.6.17.3).

Мандатарий должен был довести принятое на себя дело до конца. Если же мандатарий видел, что он не может исполнить порученного дела, он должен был немедленно сообщить об этом манданту, чтобы тот мог заменить его другим лицом; если мандатарий не поставил манданта в известность о невозможности исполнить поручение, он отвечал перед мандантом за причиненный ущерб.

Поручение должно быть исполнено в полном соответствии с его содержанием (притом как с его буквальным содержанием, так и с его внутренним смыслом).

Видоизменять поручение, хотя бы и с целью предоставить доверителю известные выгоды, мандатарий не имел права; например, дано конкретное поручение купить дом Сея за 100, а мандатарий купил дом Тиция; хотя бы ему удалось купить этот дом и дешевле 100, поручение считалось неисполненным. Может оказаться, что исполнение поручения в тонкости невозможно ввиду изменения обстоя-

тельств. Мандатарий должен был тогда испросить дополнительные указания от манданта; если же это фактически оказывалось невозможным, то поступить так, чтобы решение соответствовало общему смыслу поручения.

В случае превышения мандатарием пределов поручения мандант не обязан был принимать исполнение; но в пределах поручения мандант согласно господствовавшей среди римских юристов точке зрения был обязан принять исполнение.

Личное исполнение поручения не всегда было обязательно. Если предмет поручения не предполагал непременно личную деятельность мандатария и в самом договоре не было предусмотрено непременно личное исполнение поручения, мандатарий вправе был привлечь к исполнению поручения других лиц (заместителей, или субститутов).

Договором могло быть прямо оговорено, или что исполнение должно быть непременно личное, или, наоборот, что мандатариию разрешается передать выполнение порученных действий другим лицам. Даже если по характеру поручения обязательно личное его исполнение, могло оказаться неизбежным участие третьих лиц в исполнении поручения: для мандатария могло оказаться невозможным личное совершение порученного действия при таких условиях, когда интересы манданта не позволяли отложить это действие. В зависимости от того, имеет или нет мандатарий право пользоваться услугами третьих лиц (субститутов), находилась и ответственность мандатария за действия этих его помощников и заместителей.

Если мандатариию не было предоставлено договором право пользоваться при исполнении поручения услугами третьих лиц, а ему пришлось заменить себя другим лицом, то он отвечал за действия субститута как за свои собственные и обязан был возместить манданту весь вред, причиненный действиями субститута. Но если мандатариию в конкретном случае было предоставлено право прибегать к услугам помощников и субститутов, то он отвечал тогда перед мандантом только за осторожный, тщательный выбор субститута (*сiupra in eligendo*), но не за его действия.

Как уже указывалось выше, особое социальное и бытовое значение манданта в рабовладельческом обществе отражалось на характере ответственности мандатария. Вопреки общему принципу, что сторона, сама не извлекающая выгод из данного договора, материально в нем не заинтересованная, несет более ограниченную ответствен-

ность (лишь за *dolus* и *culpa lata*), мандатарий отвечал за всякую вообще вину и обязан был возместить манданту все убытки, причиненные при исполнении поручения или ввиду неисполнения поручения, хотя бы они были причинены вследствие легкой вины мандатария (С.4.35.13).

Мандатарий был обязан передать манданту результаты исполнения поручения. Мандатарий передавал манданту не только все взысканное с должников манданта, но и случайно поступившее к нему для манданта (например, ошибочный платеж несуществующего долга). Вещи, полученные для манданта, должны быть ему переданы (с плодами от них).

По исполнении поручения мандатарий должен был отчитаться перед мандантом, передать ему документы, относящиеся к поручению.

4. Для осуществления прав манданта, соответствующих изложенным обязанностям мандатария, манданту давался иск *actio mandati directa*. Присуждение по этому иску влекло за собой *infamia*.

5. Обязанности манданта. Выполняя поручение, мандатарий не должен терпеть от этого какого-либо материального ущерба. Если такой ущерб наступил, мандатарий имел право требовать от манданта возмещения.

Мандант обязан был возместить мандатарии издержки, понесенные при исполнении поручения, даже независимо от результата, достигнутого путем произведенных расходов, лишь бы мандатарий действовал добросовестно и разумно.

Мандант был обязан возместить мандатарии убытки, понесенные последним по вине манданта или по крайней мере в непосредственной связи с исполнением поручения; случайный ущерб, наступивший лишь попутно при исполнении поручения, не подлежал возмещению мандантом.

Свои претензии мандатарий осуществлял с помощью *actio mandati contraria*.

6. Прекращение договора. Кроме общих случаев прекращения договорных обязательств (см. разд. VI, гл. V, § 5) договор поручения прекращался также односторонним отказом от договора той или иной стороны, а равно смертью одной из сторон. Эти специальные случаи прекращения договора поручения объясняются тем, что договор поручения предполагал особое доверие и взаимное расположение сторон, и если они кончаются, должен кончиться и договор;

наряду с этим важное значение имели личные качества мандатария, вследствие чего его смерть являлась основанием прекращения договора.

Договор поручения мог быть в любое время *односторонне* расторгнут мандантом. Отмена поручения производилась путем простого сообщения об этом мандатарию. Если мандатарий исполнил поручение раньше, чем узнал об отмене мандата, мандант обязан был принять исполнение и рассчитаться с мандатарием. Равным образом и мандатарий имел право отказаться от договора. Но его право отказа ограничивалось требованием пользоваться своим правом отказа без ущерба для доверителя, т.е. заявлять отказ своевременно, так, чтобы доверитель мог принять необходимые меры для предупреждения возможных убытков вследствие отказа мандатария.

Если мандатарий отказывался от договора с нарушением указанного требования, он был обязан возместить манданту проистекавшие отсюда убытки.

Договор поручения прекращался смертью той или другой стороны. Однако мандатарий не имел права по получении сведений о смерти манданта немедленно бросить порученное дело; начатые действия мандатарий должен был довести до конца, чтобы не причинить убытков наследникам доверителя. С другой стороны, если мандатарий, не зная о смерти манданта, исполнял поручение до конца, он имел иск к наследникам манданта.

В случае смерти мандатария его наследники были обязаны известить об этом манданта. Если наследники мандатария, не получив соответствующих указаний от манданта, исполняли поручение, им не давалась *actio mandati contraria*.

§ 7. Договор товарищества (*societas*)

1. Договором товарищества (*societas*) назывался договор, по которому два лица или несколько лиц объединялись для достижения какой-то общей хозяйственной цели (разумеется, не противоречащей праву).

Найденные в 1933 г. новые фрагменты Институций Гая подтвердили высказывавшееся ранее в качестве предположения мнение, что *societas* в Риме возникла на почве семейной общности имущества главным образом среди сонаследников, объединявшихся для совместной охраны своего имущества и управления им (недаром в ис-

точниках говорится, что «товарищество содержит в себе как бы право братства»).

2. Договором товарищества создавалась в той или иной мере имущественная общность.

Общность имущества могла быть установлена по договору в самых разнообразных размерах и формах. Участники договора товарищества могли установить общность всего имущества. Тогда образовывалось право общей собственности всех лиц, участвующих в товариществе, на все их имущество, притом не только на имеющееся при заключении договора, но и на все последующие приобретения, не исключая случайных (*ex fortuna*).

Возможна была, однако, и общность более ограниченная. Участники договора могли лишь сделать вклады на общее дело — деньгами, другими имущественными ценностями, а также услугами. Равенство вкладов не являлось необходимым, но при отсутствии в договоре специальных указаний оно предполагалось.

При этом договором могло быть предусмотрено, что вклады составляют общую собственность всех участников товарищества; но не было препятствий и к тому, чтобы каждый из товарищей сохранил индивидуальное право собственности на имущество, вносимое в качестве вклада, и только передал его в общее пользование для целей товарищества.

Большим распространением пользовалась так называемая *societas quaestus* — особая форма договора товарищества, при которой члены товарищества объединяли имущество, предназначенное для определенной промышленной деятельности; в общее имущество должны были тогда входить и приобретения, какие получаются в результате общей деятельности (но не случайные поступления). Эта форма товарищеского соединения была настолько распространенной, что если договор товарищества заключался без указания конкретной его разновидности, то предполагалось, что установлена именно *societas quaestus*.

3. Существенным в содержании договора товарищества являлось также участие товарищей в прибылях и убытках. Равенство долей участия товарищей в общем деле не являлось необходимым, но при отсутствии в договоре иных указаний доли участия товарищей предполагались равными.

Допускалось заключение договора товарищества и на таких условиях, когда отдельный товарищ участвует в прибылях в большей

доле, а в убытках — в меньшей доле. Но, как правило, должна быть равномерность в распределении между всеми участниками товарищества и положительных, и отрицательных результатов деятельности товарищества.

Во всяком случае недопустимым признавался такой договор, по которому на одного из участников товарищества возлагалось исключительно несение убытков без какого-либо участия в прибылях от ведения общего дела, а другому — предоставлялись одни только доходы; такой договор товарищества принято было называть львиным товариществом (D.17.2.29.2 — намек на известную басню Эзопа, в которой лев, проведя совместно с ослом охоту, при дележе добычи все доли забрал себе).

Таким образом, более подробно договор товарищества можно определить следующим образом. *Договор товарищества — это такой договор, по которому двое или несколько лиц объединяются для осуществления известной общей дозволенной хозяйственной цели, участвуя в общем деле имущественным вкладом или личной деятельностью, или сочетанием имущественного вклада с личными услугами, с тем, что прибыль и убытки от ведения общего дела распределяются между всеми товарищами в предусмотренных долях, а при отсутствии в договоре указаний — поровну.*

Срок в договоре товарищества не являлся существенно необходимым: товарищество могло быть установлено как на определенный срок, так и без срока. В последнем случае не устанавливалось, конечно, пожизненной связанности сторон: за каждым из товарищей признавалось право одностороннего, с соблюдением известных условий, отказа от договора.

4. *Societas* в римском праве не признавалась самостоятельным носителем прав и обязанностей (юридическим лицом). Если иногда римские юристы и говорили об имуществе товарищества, то этим они не имели в виду сказать что-либо большее, чем имущество всех товарищей; субъектами прав и обязанностей являлись только сами *socii*.

5. *Права и обязанности членов товарищества в отношении друг друга* (внутренние отношения).

Каждый товарищ должен был внести для общего дела условленный вклад. Если вклад состоял в оказании услуг, товарищ должен был их выполнять.

Риск случайной гибели вещей, вносимых в качестве вкладов по договору товарищества, ложился на всех товарищей: в отношении индивидуальных вещей — с момента заключения договора, а в отношении вещей, определенных родовыми признаками, — с момента их передачи.

Равным образом и риск случайных потерь и убытков, наступающих при ведении товарищеского дела, также несли все товарищи совместно.

Каждый из товарищей должен был относиться к общему делу, а следовательно, и к интересам других товарищей, заботливо и внимательно. Относительно степени заботливости, требуемой от каждого товарища, в Дигестах есть указание Гая, что требование, предъявляющееся к каждому участнику товарищества относительно необходимой заботливости и осмотрительности, было необычное (D.17.1.72).

При других договорах от контрагента требуют или соблюдения поведения «хорошего хозяина», или по крайней мере заботливости обыкновенного, «среднего человека», но то и другое на основе отвлеченной мерки, т.е. подходя с точки зрения некоторого наблюдаемого вообще поведения людей той или иной категории. В противоположность этому в договоре товарищества поведение товарища определяли, пользуясь конкретной меркой — тем уровнем заботливости, на котором фактически находится данное конкретное лицо. Товарищ не должен относиться к общему делу и общему имуществу хуже, чем к своим делам и имуществу: проявлять *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (заботливость, какую он имеет обыкновенно применять к своим делам) равнозначно выражению «отвечать за *culpa in concreto*».

При таком масштабе товарищ, ведущий свои дела беззаботно и небрежно, не отвечал перед другими товарищами, если и к общему делу он относился с обычной для него беззаботностью. Гай оправдывал такой масштаб ответственности тем, что, объединяясь для общей хозяйственной цели, товарищи должны знать, с кем они объединяются; если они принимают в свой состав лицо, нерадиво ведущее свои собственные дела, они сами виноваты в неосмотрительности, и нет оснований приходить к ним на помощь.

Само собой разумеется, что за *dolus* каждый товарищ отвечал, безусловно, как и всякий другой (D.17.2.45).

Каждый из товарищей был обязан получаемые при ведении общего дела денежные суммы, вещи и т.п. не присваивать себе, а отнести (в соответствии с договором) на общий счет для распределения между всеми товарищами. Сообразно с этим каждый товарищ имел право требовать от других товарищей, чтобы и издержки, понесенные им, и обязательства, в которые ему пришлось вступить при ведении общего дела, не оставались на нем одном, но также были распределены между всеми в соответствии со смыслом договора.

Каждому из товарищей давался в отношении других товарищей иск — *actio pro socio*. Иск из договора товарищества не только принадлежал к числу *actiones bonae fidei*, но и влек *infamia* (бесчестье) для того, кто присуждался по этому иску.

Такой характер иска объясняется тем, что договор товарищества предполагает исключительное взаимное доверие его участников, а потому нарушение доверия в данном случае особенно недопустимо. Вместе с тем при взыскании по *actio pro socio* товарищ-ответчику оказывалось снисхождение: ему оставляли необходимые средства для существования. Эта льгота (так называемое *beneficium competentiae*), вероятно, объясняется происхождением товарищества из семейных отношений.

6. Правовые отношения между товарищами и третьими лицами (внешние отношения).

Товарищество в римском праве не представляло собой юридического лица. Поэтому, выступая вовне по делам всех товарищей, отдельный товарищ действовал лично от себя, и все права и обязанности, вытекавшие из его действий, возникали в его лице: он становился и управомоченным, и обязанным. Только после того как товарищ сдавал полученные им деньги и другие ценности в общую кассу, контрагенты данного товарища могли предъявлять иски и к другим товарищам как обогатившимся от совершенной сделки.

7. В качестве договора, строго личного и основанного на взаимном доверии, договор товарищества прекращался, как только отпадало согласие всех товарищей на продолжение общего дела. Даже если товарищи принимали на себя взаимное обязательство не прекращать договора, такое обязательство не имело силы. Как только кто-либо из товарищей заявлял о своем отказе оставаться в товариществе, товарищество прекращалось.

Таким образом, специфически личный характер товарищества приводил к тому, что договор прекращался односторонним отка-

зом любого товарища оставаться в договорных отношениях. Однако если договор заключался на определенный срок, а отказ товарища заявлен без достаточного основания, то отказавшийся товарищ (по словам классического юриста Павла, D.17.2.65.6) освобождал другого товарища от обязанностей по отношению к себе, но себя не освобождал от обязанностей по отношению к другому товарищу. Павел пояснял это следующим образом: если после заявления об отказе от договора будет получена прибыль, отказавшийся товарищ в ней не участвует; но если будет убыток, соответствующая доля ляжет и на отказавшегося. Это место источников следует понимать в том смысле, что Павел не имел в виду такое положение на весь срок договора; речь идет лишь о тех мероприятиях, которые уже были начаты и которые отказавшийся бросил на середине. Отказ от договора вообще не должен быть заявлен несвоевременно; товарищ, не желающий продолжать договорные отношения с товарищами, должен приурочить свой отказ к такому моменту, когда это связано с наименьшими невыгодами для дела.

Вследствие личного характера договорных связей между товарищами договор товарищества прекращался также смертью одного из товарищей. По римским воззрениям, такое же значение, как смерть лица, имеет *capitis deminutio*; с наступлением *capitis deminutio* одного из товарищей договор также прекращался.

Равным образом товарищество прекращалось и в случае несостоятельности кого-либо из товарищей.

Безыменные контракты (*contractus innominati*)

§ 1. Общие замечания

1. Система исчерпывающего перечня контрактов, имевших каждый определенное хозяйственное значение и правовые очертания и защищавшихся каждый своим иском (со специальным названием), не могла удовлетворить всех потребностей рабовладельческого общества начала империи. Хозяйственная жизнь к началу нашей эры стала уже достаточно развитой и сложной. В торговле, да и в других отраслях хозяйственной жизни, складывались изо дня в день самые разнообразные отношения, из которых многие не укладывались в тесные рамки замкнутой системы договоров. Если два лица договаривались о каких-то имущественных представлениях друг другу, причем их договор не подходил ни под один из реальных или консенсуальных контрактов, то вся юридическая сила такого договора первоначально состояла лишь в следующем: если одна сторона такое соглашение исполняла, а другая сторона уклонялась от его исполнения, то первой стороне давали кондикционный иск для истребования обратно того, что было предоставлено другой стороне. Но на этом развитие не остановилось. Под напором требований хозяйственной жизни сторона, исполнившая обязательство, установленное

договором, выходящим за рамки замкнутого перечня контрактов, получила иск для понуждения другой стороны к исполнению ее обязательства. Для обозначения иска из подобного рода договоров римские юристы употребляли выражение «*agere praescriptis verbis*», т.е. предъявить иск с прескрипцией в формуле (см. выше, разд. II, § 3, п. 6).

Отсюда в науке римского права было выработано название *actio praescriptis verbis*.

2. У римских юристов встречается противопоставление новых договоров, выходящих за рамки замкнутого перечня, таким договорам, которые «имеют свое название». На этом основании средневековые юристы назвали новую категорию «*contractus innominati*», т.е. безыменные, непоименованные контракты. Это название (в самом римском праве не встречающееся) не вполне точно; некоторые из этих «безыменных» контрактов все-таки получили название (например, мена — *permutatio*, оценочный договор — *contractus aestimatorius*). Термин «безыменные контракты» нужно понимать в том смысле, что сама категория новых контрактов не имела такого обозначения, как основные гражданские контракты — вербальные, литтеральные, реальные, консенсуальные.

3. Разнообразные случаи безыменных контрактов в Дигестах Юстиниана (D.19.5.5 pr.) сведены к четырем основным типам: 1) *do ut des* — я передаю тебе право собственности на вещь с тем, чтобы ты передал мне право собственности на другую вещь; 2) *do ut facias* — я передаю тебе право собственности на вещь с тем, чтобы ты совершил известное действие (оказал какие-то услуги и т.п.); 3) *facio ut des* — я совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы ты передал мне право собственности на известную вещь; 4) *facio ut facias* — я совершаю для тебя известное действие с тем, чтобы и ты совершил для меня какое-то действие.

4. Даже тогда, когда безыменные контракты окончательно сложились в виде одного из звеньев римской системы контрактов, они сохранили одну особенность, отличавшую их от других контрактов. Именно за стороной, выполнившей свое обязательство и не получившей удовлетворения от другой стороны, было сохранено право взаимного предъявления иска о понуждении контрагента к встречному предоставлению предъявить кондикционный иск о возврате исполненного первой стороной как неосновательного обогащения, т.е. право отступить от договора.

§ 2. Договор мены (*permutatio*)

1. Договор мены по своему хозяйственному назначению близок к договору купли-продажи. При купле-продаже обязательству одной стороны предоставить «в прочное обладание» другой стороне продаваемую вещь соответствует обязательство другой стороны уплатить цену; вещь как бы обменивается на деньги. При договоре мены происходит обмен вещи на вещь (одна из сторон передает в собственность другой стороне определенную вещь, вследствие чего другая сторона становится обязанной передать в собственность первой стороне другую вещь, D.19.4.1.2).

В качестве формы непосредственного товарообмена мена являлась древнейшим договором, предшествовавшим купле-продаже. С появлением договора купли-продажи мена не могла сохранить прежнего хозяйственного значения и отошла на второй план. Юридическую регламентацию договор мены получил сравнительно поздно. Во всяком случае в классическую эпоху в связи с развитием денежного оборота договор мены по своему удельному весу далеко уступал купле-продаже и может быть отнесен к числу второстепенных договоров.

2. Если первая сторона передала вещь, ей не принадлежащую, и в дальнейшем вещь была кем-либо отсуждена у второй стороны, договор не считался заключенным. В случае эвикции у первой стороны вещи, полученной во исполнение договора от второй стороны, наступают те же юридические последствия, как и при эвикции от покупателя проданной ему вещи.

На тех же основаниях, как и при купле-продаже, решались вопросы об ответственности сторон по договору мены за недоброкачественность переданной вещи (см. выше, гл. IV, § 1).

§ 3. Оценочный договор (*contractus aestimatorius*)

1. Под оценочным договором понимался такой договор, по которому определенная вещь передавалась одной стороной другой для продажи по известной оценке с тем, чтобы другая сторона или предоставила первой сумму, в которую оценена переданная вещь, или возвратила саму вещь (D.19.3.1).

2. При продаже вещи во исполнение оценочного договора по внешнему виду отношений имело место отступление от правила о том, что передача вещи от лица, не имеющего на нее права собственности, не может привести к приобретению права собственности лицом, которому вещь передана. Именно лицо, получившее вещь для пропажи по определенной оценке, не являлось собственником этой вещи; тем не менее, если оно продавало и передавало вещь, приобретатель становился ее собственником. Такое отступление от общего правила объясняется, конечно, тем, что в данном случае вещь продавалась по воле ее собственника, выразившейся в заключении оценочного договора.

По смыслу оценочного договора не было препятствий к тому, чтобы лицо, принявшее вещь для продажи, оставило ее за собой, уплатив контрагенту сумму оценки. Если лицу, принявшему вещь для продажи, удавалось продать ее дороже оценки, излишек шел в его пользу.

Пакты (*pacta*)

§ 1. Понятие и виды пактов

1. Пакт (как и *contractus*) есть соглашение, притом соглашение неформальное. Однако в отличие от контракта пакт, как правило, есть соглашение, не пользующееся исковой защитой. В преторском эдикте, правда, было сказано: «*Pacta conventa servabo*», т.е. «Я буду признавать, сохранять заключенные пакты» (откуда ведет происхождение афоризм: «*Pacta sunt servanda*» — «Соглашения надо соблюдать, не нарушать», D.2.14.7.7). Однако признание пактов со стороны претора выражалось, как правило, не в предоставлении иска, а только в обеспечении возможности сослаться на *pactum* в порядке возражения (так называемая *exceptio pacti*).

2. С течением времени все же некоторые категории пактов в виде исключения получили и исковую защиту. Признание пактов было вызвано тем, что по мере развития торговли и промышленности в рабовладельческом обществе в повседневную практику вошло множество неформальных соглашений, не подходящих ни под один из установленных типов контрактов. Оставить новые виды неформальных соглашений без исковой защиты в некоторых случаях было нельзя, так как это не соответствовало бы требо-

ваниям развивающегося оборота и подрывало бы устойчивость деловых связей.

3. Так получились две категории пактов: 1) *pacta nuda* — «голые» пакты, т.е. не снабженные («не одетые») иском, и 2) *pacta vestita* — пакты «одетые», снабженные иском. Последние, в свою очередь, делятся на: а) *pacta adiecta* — пакты, присоединенные к договору, защищаемому иском; б) *pacta praetoria* — пакты, получившие защиту от претора, и в) *pacta legitima* — пакты, получившие исковую защиту от императоров, в императорском законодательстве.

§ 2. Присоединение к контракту (*pacta adiecta*)

1. *Pacta adiecta* — это дополнительные к какому-нибудь защищаемому иском договору (контракту) соглашения, имеющие целью внести какие-либо видоизменения в юридические последствия главного договора, в частности, возложить на ту или другую сторону в договоре какие-либо дополнительные обязанности.

2. Как правило, такие добавочные пакты присоединялись к главному договору непосредственно при его заключении; например, лицо, продававшее земельный участок, тут же условливалось с покупателем, что проданный участок не передается немедленно, а остается на известный срок в арендном пользовании продавца. В случае нарушения подобного рода пакта, присоединенного к купле-продаже, давался иск из основного договора (т.е. продавцу — *actio venditi*, покупателю — *actio empti*).

Не исключалась возможность присоединения к договору дополнительного пакта и по прошествии некоторого промежутка времени после заключения договора (*ex intervallo*). Однако пакт, присоединенный к договору по истечении некоторого времени, защищался иском только в том случае, если по своему содержанию он был направлен на то, чтобы сделать положение должника более льготным, а не более тяжелым; например, пакт об отсрочке исполнения или об уменьшении размера процентов и т.п. защищался иском, хотя бы он был присоединен к основному договору только через некоторое время после заключения договора; напротив, пакты о приближении срока исполнения, об увеличении размера процентов и т.п., заключенные *ex intervallo*, исковой защитой снабжены не были.

§ 3. Преторские пакты

1. К числу пактов, «одетых» претором и потому называемых *pacta praetoria*, принадлежит, например, *constitutum debiti, receptum*.

2. *Constitutum debiti* называлось неформальное соглашение, по которому одно лицо обязывалось уплатить другому лицу уже существующий долг (и тем самым подтверждало долг, откуда идет название самого пакта: *constitutum debiti* — подтверждение долга).

С помощью этого пакта можно было обязаться уплатить или свой (существующий) долг, или же долг другого лица.

Заключая *constitutum debiti*, можно было и изменить содержание договора.

Подтверждение собственного долга имело тот смысл, что таким путем уточнялся срок платежа, причем, как правило, должник получал одновременно отсрочку исполнения. Подтверждение чужого долга понималось как принятие обязательства уплатить чужой долг (т.е. как одна из форм поручительства, см. разд. VII, гл. 1, § 2).

3. Под названием *receptum* в преторском эдикте были объединены три категории пактов, по существу, не имевшие между собой ничего общего:

а) *receptum arbitrii* — соглашение с третейским судьей;

б) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* — соглашение с хозяином корабля, гостиницы, постоялого двора о сохранности вещей проезжих;

в) *receptum, argentariorum* — соглашение с банкиром об уплате третьему лицу известной суммы за контрагента банкира, заключившего пакт.

Receptum arbitrii. Два лица, пришедшие между собой к соглашению о передаче своего спора на разрешение третейского судьи (*arbiter*), заключали с намеченным арбитром пакт, по которому последний обязывался рассмотреть порученное дело; такое соглашение с арбитром и называлось *receptum arbitrii*.

Третейский судья, взявшийся рассмотреть спор и уклонившийся затем от исполнения пакта без уважительных причин, подвергался штрафу. В качестве уважительных причин неисполнения принятого арбитром обязательства рассмотреть дело признавались следующие: болезнь арбитра; возложение на него публичных обязанностей, не позволяющих исполнить обязанности арбитра; враждебные отно-

щения, сложившиеся после заключения *receptum* между арбитром и спорящими лицами, и др.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum. На практике нередко наблюдались случаи, когда хозяева кораблей (*nautae*), содержатели трактиров и гостиниц (*caupones*), постоянных дворов (*stabularii*) и т.п. имели связь с ворами и разбойниками, которыми изобиловали и водные, и сухопутные пути сообщения. Между тем лица, которым приходилось проезжать по морю или по дорогам на суше и пользоваться услугами хозяев кораблей, трактиров, постоянных дворов и т.п., были вынуждены доверять им и оставлять у них на хранение свои вещи (например, лошадь в стойле). Настоятельно необходимо было хотя бы несколько сократить наблюдавшиеся случаи обворовывания проезжавших на кораблях или останавливавшихся в трактирах, постоянных дворах и т.п. и способствовать большей безопасности путешествий (тем более что находиться в названных предприятиях были вынуждены и лица, принадлежавшие к верхушке господствующего класса). Для этой цели преторский эдикт установил повышенную ответственность хозяев названных предприятий за целостность вещей их клиентов. Хотя передача багажа, лошади и проч. со стороны путешественника на хранение содержателю подобного рода предприятия, в котором оказался путешественник, происходила автоматически, причем отказаться от принятия вещей путешественника на хранение содержатель такого предприятия не имел права, однако здесь усматривали неформальное соглашение, пакт (в виде *receptum*, т.е. принятия), по которому на хозяина предприятия возлагалась повышенная ответственность: его ответственность имела место даже в том случае, если вещь пропала или причинен иной вред и без вины принявшего вещь. Хозяева названных предприятий освобождались от ответственности только в том случае, если ущерб наступал вследствие стихийного бедствия (см. разд. VI, гл. V, § 3, п. 3).

Для защиты путешественника, потерпевшего от кражи, порчи вещей, с которыми он пришел на корабль или в трактир, претором давалась *actio in factum* о возмещении ущерба, понесенного собственником вещи.

Receptum argentarii. Так называлось неформальное соглашение, по которому банкир или меняла принимали на себя обязательство перед своим клиентом уплатить его долг известному третьему лицу. В силу этого соглашения банкир не становился должником третьего лица; третье лицо оставалось кредитором только клиента банкира,

к клиенту третье лицо и должно было направлять свою претензию; но если у должника не оказывалось средств для оплаты, он предлагал своему кредитору получить с банкира, заключившего *receptum* с должником (клиентом); если банкир отказывался платить, клиент получал против него *actio recepticia*.

§ 4. Пакты, получившие исковую защиту в императорском законодательстве (*pacta legitima*)

1. Пакты, получившие юридическое признание (исковую защиту) в законодательстве позднейшей империи, называются *pacta legitima*. Права кредиторов, возникавшие из этих соглашений, защищались посредством *condictio ex lege*, кондикционного иска (вытекавшего из соответствующего закона).

В качестве примеров императорских пактов можно назвать *compromissum*, *pactum donationis*.

2. Под *compromissum* разумеется соглашение лиц, между которыми имеется спор относительно права, о передаче этого спора на разрешение третейского судьи (соглашение с самим третейским судьей называлось *receptum arbitrii*, см. предыдущий параграф).

В классическую эпоху выполнение соглашения сторон о разрешении спора третейским судом обеспечивалось или тем, что спорная вещь или денежная сумма передавалась третейскому судье с тем, чтобы он передал ее тому, в чью пользу будет разрешен спор, или же посредством стипуляции. За неисполнение решения арбитра на виновную сторону налагался штраф.

Императорское законодательство дало непосредственную исковую защиту *pactum compromissi*.

3. *Pactum donationis* — неформальное соглашение о дарении. Дарением называется договор, по которому одна сторона, даритель, предоставляет другой стороне, одаряемому, вещь (или иной составной элемент своего имущества, например, право требования) с целью проявить щедрость в отношении одаряемого (*animus donandi*). Дарение может состоять в передаче права собственности на вещь, в платеже денежной суммы, в установлении сервитута и т.д. Частным случаем дарения было дарственное обещание, т.е. обещание что-то предоставить, совершить известные действия и т.д.

В классическом праве дарственное обещание имело обязательную силу только в том случае, если оно было облечено в форму стипуляции; неформальное дарственное обещание не порождало обязательства. Помимо этого формального требования еще в республиканский период для сохранения имущества в руках богатых семейств было установлено ограничение размера дарения (закон Цинция, 204 г. до н.э.), за исключением дарений, совершаемых в пользу ближайших родственников. Максимальный размер дарения, допущенный Цинциевым законом, не известен (не дошел до нас). Цинциев закон принадлежит к числу так называемых *leges imperfectae*, т.е. таких законов, в которых не предусматриваются юридические последствия его нарушения. Для проведения закона в жизнь претор стал давать *exceptio legis Cinciae* (возражение против иска об исполнении дарственного обещания, противоречащего Цинциеву закону).

В императорский период (в начале IV в. н.э.) Цинциев закон утратил значение. Императорским законодательством было введено требование совершать так называемую судебную инсинуацию дарственных актов, т.е. требовалось заявлять их перед судом с занесением в реестр. Первоначально требование публичности дарения относилось к дарению на любую сумму, но Юстиниан ограничил применение *insinuatio* лишь дарениями на сумму свыше 500 золотых и установил, что дарения на меньшие суммы получают силу независимо от каких-либо формальностей. Тем самым *pactum donationis* получил исковую силу.

Ввиду того, что даритель не только не получает от дарения никакой *utilitas* (хозяйственной выгоды), но даже теряет нечто, ибо дарение предполагает обогащение одаряемого за счет имущества дарителя и, следовательно, имущество дарителя в этом случае уменьшается, ответственность дарителя за возможную эвизию подаренной вещи, за обнаруженные в ней недостатки и проч. ограничивалась только случаями допущения дарителем *dolus* и *culpa lata*.

Дарение своеобразно еще в том отношении, что при известных обстоятельствах допускалась односторонняя отмена дарения. Так, патрон мог отменить дарение, совершенное в пользу вольноотпущенника, в случае неблагодарности одаренного. Эта норма является частным отражением зависимости, в которой находились вольноотпущенники по отношению к патронам и которая нередко переходила в эксплуатацию вольноотпущенника. Юстиниан установил уже

в качестве общего правила для всех случаев дарения, что неблагодарность одаренного служит основанием отмены дарения. В качестве примеров неблагодарности в законе Юстиниана названы: нанесение тяжелой обиды, создание опасности для жизни дарителя, причинение ему значительного имущественного вреда. Патрон, не имевший детей в момент совершения дарения в пользу вольноотпущенника, имел право потребовать дар обратно в случае последующего рождения у него детей.

Обязательства как бы из договора (*quasi ex contractu*)

§ 1. Понятие и виды обязательств как бы из договора

1. Термином «обязательства как бы из договора» обозначаются обязательства, возникающие при отсутствии между сторонами договора, но по своему характеру и содержанию сходные с обязательствами, возникшими из договоров. В данном случае основанием возникновения обязательства являлись или односторонние сделки, или некоторые другие факты, не являющиеся ни договором, ни деликтом. Давая таким обязательствам наименование «обязательства как бы из договора», римские юристы делали отсюда практические выводы, состоящие в том, что возникающие в этих случаях спорные вопросы об условиях и пределах ответственности сторон разрешаются аналогично тому, как они решаются применительно к соответствующим договорам.

2. Основные виды обязательств как бы из договора следующие.

Negotiorum gestio — ведение чужих дел (или вообще забота о чужом деле) без поручения. Слова «без поручения» добавлены к римскому термину *negotiorum gestio* не самими римскими юристами, а в позднейшей литературе, чтобы подчеркнуть существенный признак данного обязательства — от-

существование договора. Из этих дополнительных слов («без поручения») видно, что рассматриваемый вид обязательства является аналогичным тому, какое возникало из договора поручения (*mandatum*).

Обязательства, возникающие вследствие *неосновательного обогащения* одного лица за счет другого. Под эту общую рубрику подходил ряд специальных разновидностей: обязательство, возникающее из ошибочного платежа недолжного; обязательство возврата того, что получено лицом по определенному, имевшемуся в виду основанию, тогда как основание не осуществилось; обязательство возврата недобросовестно полученного и др.

Эта группа обязательств имела сходство с реальными контрактами в том отношении, что как в реальных контрактах, так и в перечисленных обязательствах из неосновательного обогащения обязательство возникало на основе передачи денег или иных вещей от одной стороны другой. Однако между этими двумя категориями правоотношений существовало и коренное различие: при реальных контрактах вещь переходила из имущества одного лица в имущество другого на основании соглашения сторон, вследствие чего «обогащение» получателя вещи не могло считаться неосновательным, *sine causa*; в данном же случае обязательство возникало из факта нахождения денег или иных вещей в имуществе одного лица за счет другого именно без какого-либо законного на то основания.

§ 2. Ведение чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*)

1. Ведение дел без поручения (*negotiorum gestio*) в смысле основания возникновения обязательства означало такое отношение, когда одно лицо (*gestor*) вело дело другого лица (*dominus*), управляло его имуществом и т.п., не имея на то поручения от этого другого лица (D.3.5.3. пр.). Такая забота о чужом деле, несмотря на отсутствие поручения со стороны заинтересованного лица, имела значение с точки зрения предупреждения ущерба для лиц, в силу каких-то причин не имевших возможности самим позаботиться о своих интересах, в особенности для лиц отсутствующих. Поэтому из факта ведения чужих дел при известных условиях возникало обязательство как на стороне того лица, дело которого ведет гестор, так и на стороне гестора.

На случай ведения чужих дел преторский эдикт предусматривал иски *bonae fidei*, подобные искам, даваемым сторонам по договору поручения (*mandatum*): хозяину дела давалась *actio negotiorum gestorum directa*, а гестору — *actio negotiorum gestorum contraria*.

2. Необходимые предпосылки для возникновения такого вида обязательств (элементы данного правового института) следующие.

Во-первых, ведение чужих дел. Оно могло выразиться в совершении или проведении данным лицом какого-нибудь одного дела, нескольких дел или в управлении имуществом (или частью имущества) другого лица.

Не являлось существенным совершение гестором каких-либо юридических действий; ведение дел могло выразиться и в каком-либо фактическом действии. Равным образом несущественна и значительность дела, взятого на себя гестором: всякая забота, приложенная одним лицом к имуществу другого (например, лицо кормит раба или животное другого лица, ставит подпорки к зданию, угрожающему падением, и т.д.), позволяла (при наличии других предпосылок) признать *negotiorum gestio*.

Чаще всего заботились об имуществе лиц, отсутствующих из места нахождения имущества; но отсутствие собственника имущества не являлось необходимым признаком рассматриваемого института; например, лицо могло взяться за чужое дело потому, что непосредственно заинтересованный не мог позаботиться о себе в силу тех или иных препятствий.

Забота о чужом имуществе должна пониматься как факт совершения лицом известных действий, направленных на обслуживание чужой имущественной сферы; по каким соображениям лицо это делало (общественный ли долг или соображения личного характера толкали гестора на совершение таких действий), не существенно.

Во-вторых, необходимой предпосылкой возникновения обязательства из ведения дел являлось то обстоятельство, что лично перед *dominus* (хозяином дела) на гесторе не было обязанности (ни по договору, ни по закону) совершать данные действия. Следовательно, институт ведения дел не мог получить применения, если одно лицо вело дела другого на основании договора (т.е. на основании поручения от хозяина дела) или в качестве опекуна хозяина дела (так как опекун в силу закона обязан заботиться о своем подопечном). Не препятствовало возникновению обязательства из ведения дел нали-

чие одного лишь морального долга позаботиться об интересах другого лица.

Третье необходимое условие возникновения обязательства данного вида заключалось в том, что действия, в которых выразилось ведение дела, совершались за счет другого лица (*dominus*). Это требование сводилось к тому, что гестор должен был иметь намерение отнести расходы, связанные с ведением дела, за счет того, в чьих интересах совершаются действия. Другими словами, у лица, ведущего дело, не должно быть *animus donandi*, т.е. намерения своею деятельностью одарить хозяина дела, проявить в отношении него щедрость.

В-четвертых, ведение дел — отношение безвозмездное: вознаграждение за свои действия гестор не получает.

3. Обязательства сторон. Лицо, которое бралось за чужое дело (гестор), должно было относиться к этому делу заботливо и потому отвечало за всякую вину. Выполнив те действия, которые гестор признал необходимым совершить, он обязан был отчитаться перед *dominus* в совершенных действиях. Если в результате ведения дел у гестора на руках оказывались деньги, другие вещи, права требования, причитающиеся хозяину дела, гестор обязан был сдать их хозяину.

Хозяин дела был обязан возместить гестору понесенные им издержки (на какое-либо вознаграждение за труд, хлопоты и т.п. гестор права не имел). Обязанность возмещения понесенных гестором расходов возникала лишь в том случае, если его действия совершены были *utiliter*. Это условие следует понимать в том смысле, что действия гестора должны быть таковы, чтобы их можно было признать хозяйственно целесообразными, отвечающими интересам того лица, для которого они совершались, независимо от достигнутого эффекта или результата (например, если гестор принял надлежащие меры для лечения заболевшего животного, принадлежащего другому лицу, последний обязан возместить гестору понесенные издержки, хотя бы животное, несмотря на принятые меры, погибло).

Если хозяин дела одобрял деятельность гестора, вопрос о целесообразности действий гестора отпадал; своим одобрением хозяин дела уже разрешил его в положительном смысле и признал себя обязанным возместить гестору понесенные им издержки. В данном случае находит применение правило *ratihabitio mandato comparatur* («одобрение приравнивается к поручению»). Надо заметить вообще, что не только в названном случае прямо выраженного хозяином дела

одобрения действий гестора, но и в тех случаях, когда (на основе изложенных выше положений) хозяин дела был обязан признать действия гестора для себя обязательными, отношения между этими двумя лицами определялись по тем же правилам, как между мандантом и мандатарием (см. выше, гл. IV, § 6).

Если действия гестора нельзя признать целесообразными (произведенными *utiliter*) и хозяин дела вследствие этого отказывается в их одобрении, гестор не только не имел права на возмещение понесенных им затрат, но еще был обязан восстановить то положение, в каком находилось имущество *dominus* до мероприятий гестора. Так, надо помнить и указание в источниках (D.3.5.10), что иногда гестор отвечает не только за *culpa*, но и за *casus* (случай). По общему же правилу, т.е. если *negotiorum gestio* протекала в соответствии с изложенными выше положениями, так что лицо, в интересах которого действовал гестор, не вправе было отказать в одобрении действий гестора, последний за *casus* не отвечал.

Однако независимо от наличия всех необходимых условий для того, чтобы гестор получил право на возмещение понесенных издержек, он во всяком случае имел право требовать от хозяина дела возврата денег, вещей и проч., на которые хозяин дела обогатился от действий гестора (возврат неосновательного обогащения, см. следующий параграф).

§ 3. Обязательства из неосновательного обогащения

1. Поступление в имущество одного лица каких-либо частей имущества другого лица (денежной суммы, вещей, прав требования и т.п.) либо сохранение в имуществе одного лица каких-то частей имущества, подлежащих передаче в имущество другого лица, принято обозначать выражением, что одно имущество обогатилось за счет другого. Как правило, обогащение происходит вследствие какого-нибудь юридического основания (например, получение от другого лица денежной суммы на основании договора займа, купли-продажи и т.д.). В тех случаях, когда для поступления денег, вещей и т.д. в имущество данного лица или для сохранения их в этом имуществе за счет имущества другого лица юридического основания нет, говорят о неосновательном обогащении одного лица за счет другого.

Нельзя считать окончательно доказанным или опровергнутым, что в классическом римском праве получил признание *общий принцип*, что факт обогащения имущества одного лица за счет имущества другого лица без достаточного к тому юридического основания порождает всегда обязательство первого лица возратить неосновательное обогащение второму лицу. Вместе с тем бесспорно, что в некоторых определенных категориях случаев такое обязательство возникало. Так как в этих случаях обязательство возникало из дозволенного действия, следовательно, деликта не было, но не было и договора между сторонами, а между тем последствия наступали, сходные с возникающими из договора (например, займа), — данная разновидность обязательств также принадлежала к числу обязательств как бы из договора.

Для истребования неосновательного обогащения заинтересованному лицу давался так называемый кондикционный иск, *condictio*.

В зависимости от предмета иска римские юристы различали *condictio certae pecuniae* (иск о возврате определенной денежной суммы), *condictio certae rei* (иск о возврате определенной вещи), *condictio incerti* (иск о возврате другого обогащения).

Основными категориями обязательств из неосновательного обогащения были: а) *condictio indebiti* (иск о возврате уплаченного недолжного), б) *condictio causa data causa non secuta* (иск о возврате предоставления, цель которого не осуществилась), в) *condictio ex causa furtiva* (иск о возврате полученного вследствие кражи) и др.

2. Condictio indebiti. Ошибочный платеж долга, в действительности не существующего, порождал обязанность получившего предмет долга вернуть полученное уплатившему. Для осуществления требования о возврате ошибочно уплаченного и служила *condictio indebiti* (Gai.3.91).

Это обязательство относится к числу обязательств из неосновательного обогащения потому, что раз нет долга (и нет намерения одарить получателя), нет основания для платежа, а следовательно, нет основания для оставления предмета платежа в имуществе лица, получившего его.

Необходимыми предпосылками для истребования посредством *condictio indebiti*, ошибочно уплаченного, являются следующие.

Во-первых, факт *платежа*, совершенного уплатившим лицом с намерением погасить определенный долг. Безразлично, произведен ли платеж посредством передачи денег, вещей и т.п. или в силу

факта, сохранившего в имуществе лица причитавшуюся с него сумму (например, платеж произведен посредством прекращения взаимного долга второго лица в отношении первого).

Во-вторых, *несуществование долга*, погашение которого имелось в виду лицом, совершающим платеж. Непризнание за долгом исковой силы (так называемое натуральное обязательство, см. разд. VI, гл. I, § 2) не приравнивалось к несуществованию долга (т.е. получение платежа по натуральному обязательству не есть неосновательное обогащение).

Если долг хотя и существовал, но кредитором являлся не тот, кому совершается платеж, или должником — не тот, кто платит, — платеж признавался совершенным по несуществующему долгу.

Уплаченное раньше срока не считалось за уплаченное недолжно и не подлежало возврату; напротив, платеж условного долга до наступления условия приравнивался к платежу несуществующего долга.

В-третьих, платеж несуществующего долга должен быть произведен *ошибочно* вследствие извинительного заблуждения.

Предметом *condictio indebiti* являлось обогащение лица, получившего платеж, т.е. поступившие в состав его имущества (или сохранившиеся в имуществе благодаря платежу) вещи или их эквивалент.

3. *Condictio causa data causa non secuta* (иск о возврате предоставления, цель которого не осуществилась). Названный иск дается в тех случаях, когда одно лицо получает за счет другого какую-нибудь имущественную выгоду ввиду определенной цели (основания), а цель (основание) не осуществилась.

Для возникновения этой разновидности квазиконтрактных обязательств требуется наличие следующих условий.

Во-первых, *предоставление имущественной выгоды* одним лицом другому, как-то: передача права собственности (Тиций передал Люцию в собственность серебряную вазу); принятие на себя первым лицом обязательства в пользу второго (Тиций обязался по стипуляции уплатить Люцию 100 сестерций); погашение обязательства второго лица в отношении первого (Тиций выдал Люцию квитанцию в погашение долга Люция Тицию в сумме 200 сестерций) и т.п.

Во-вторых, *предоставление имущественной выгоды* было сделано, имея в виду определенную цель, определенное основание, предполагающее наступление какого-то события, с которым связывает-

ся предоставление; например, уплачивалась определенная сумма для организации поездки лица по определенному делу в другой город; переданы вещи в качестве приданого в связи с ожидаемым браком и т.п.

В-третьих, *цель или основание*, ввиду которых сделано предоставление, *не осуществились*.

При наличии названных условий лицо, за счет которого обогатилось другое лицо, имело к последнему кондикционный иск о возврате сделанного предоставления (в приведенных выше примерах Тиций имеет кондикционный иск к Люцию о возврате переданной вазы, о прекращении стипуляционного обязательства на сумму 100 сестерций, о восстановлении прекращенного долга Люция на сумму 200 сестерций и т.п.).

4. *Condictio ex causa furtiva* (иск о возврате полученного посредством кражи). Вещи, полученные посредством кражи, не становились, конечно, собственностью вора и могли быть виндигированы собственником; но *odio furum* (буквально — «из ненависти к ворам», «против воров») для предоставления собственнику больших удобств для истребования своих вещей допустили также и кондикционный иск для возврата полученного посредством кражи. Хотя кондикционный иск предполагал факт кражи, т.е. деликт, однако юридическим основанием *condictio ex causa furtiva* являлся факт обогащения (*res*), т.е. получение воров определенных вещей или денежной суммы из имущества другого лица.

В указанном объективном моменте — в обогащении одного лица за счет другого — сходство данного вида кондикций с рассмотренными ранее (п. 2–3). И в этом случае, как и в предыдущих, обязательство возникает *ге*, подобно реальным контрактам, вследствие чего данный вид обязательства (подобно двум предыдущим видам кондикций) относился к числу обязательств как бы из договоров. Отличительным признаком этого иска по сравнению с двумя предыдущими кондикциями являлось то, что наряду с указанным объективным моментом в данном случае предполагался также и субъективный момент — недобросовестность обогатившегося (должника).

Condictio ex causa furtiva (или просто *condictio furtiva*) давалась только тому, за чей счет обогатился вор, т.е. собственнику вещи (в этом отличие *condictio furtiva* от деликтного иска из кражи — *actio furti*, который давался всякому заинтересованному лицу, например, пожизненному пользователю, хранителю и проч.).

Ответчиком по иску являлся только вор; всякого рода соучастники и пособники вора отвечали по деликтному иску (*actio furti*), но не по *condictio furtiva*.

Предметом *condictio furtiva* является прежде всего возврат похищенного; но так как ввиду преступного способа получения чужого имущества вор отвечал за случайную гибель вещи, то с помощью кондикции из кражи было можно в случае гибели вещи требовать денежное возмещение ее стоимости. В последнем случае вор обязан был уплатить наивысшую цену, какую вещь имела за время между похищением и присуждением; кроме того, по *condictio furtiva* должны быть возвращены плоды от вещи, притом не только фактически полученные воров, но также и все те, какие мог бы получить потерпевший от кражи, если бы вещь не была у него похищена.

5. *Другие случаи применения исков о возврате неосновательного обогащения (condictiones sine causa)*. Наряду с изложенными в предыдущих параграфах специальными видами кондикций в источниках упоминаются отдельные случаи применения, так сказать, общего иска о возврате неосновательного обогащения. В этих случаях кондикционный иск давался в силу одного факта неосновательного обогащения за чужой счет без ближайшего определения условий иска.

Примеры подобного рода, относящиеся к классическому праву, можно обобщить следующим образом: кондикция дается в тех случаях, когда вещи одного лица фактически потреблены другим лицом или стали принадлежать ему на праве собственности без юридического на то основания (чужие деньги смешаны с собственными деньгами данного лица), так что собственник вещей утрачивал возможность предъявить виндикационный иск для истребования вещей. Тогда на место утраченной виндикации давалась кондикция.

Разновидность *condictio sine causa* представлял случай, когда денежная сумма или иные вещи поступили в имущество данного лица на законном основании, но затем основание отпало (*causa finita*); например, в обеспечение обязательства был дан задаток; обязательство исполнено, а задаток продолжает оставаться у кредитора, хотя основание дачи задатка кончилось; давалась *condictio sine causa* для истребования в этом случае задатка; другой пример: *condictio sine causa* давалась для истребования расписки должника, оставшейся у кредитора, несмотря на погашение долга.

Обязательства из деликтов или как бы из деликтов

§ 1. Понятие частного правонарушения

1. Частным правонарушением (*delictum privatum*) в отличие от условного преступления (*crimen publicum*) в Риме называлось такое правонарушение, которое рассматривалось как нарушение главным образом прав и интересов отдельных частных лиц (а не прав и интересов государства в целом) и потому порождало обязательство лица, совершившего деликт, уплатить потерпевшему штраф или по крайней мере возместить убытки.

Надо заметить, что в круг частных правонарушений римское право включает некоторые такие, которые, с современной точки зрения, являются тяжкими уголовными преступлениями (например, увечье, кража и др.).

2. Обязательства из правонарушений являются древнейшим видом обязательств. В глубокой древности их санкцией была частная месть со стороны потерпевшего и его родичей. По мере укрепления государства и развития хозяйственной жизни стали практиковаться соглашения между правонарушителем и потерпевшим о замене мести денежным штрафом; эти соглашения были санкционированы правом (система добро-

вольных композиций). Дальнейшее развитие привело к тому, что применение мести было запрещено и было установлено, что единственно допустимыми последствиями являются штраф и вознаграждение потерпевшего за вред и обиду.

3. Система деликтных обязательств характеризовалась в Риме тем, что существовал определенный, исчерпывающий перечень случаев, в которых возникали такие обязательства, но не было установлено общего правила, что всякое недозволенное действие, нарушающее чьи-либо права или интересы, порождает обязательство лица, совершившего такое действие в отношении потерпевшего. В древнейшем праве правонарушение сопровождалось установленными для него последствиями независимо от наличия субъективной вины совершившего деликт (в этом сказывался пережиток эпохи частной мести, при которой к правонарушению подходили с точки зрения потерпевшего). В дальнейшем развитии права наличие субъективной вины совершившего деликт стало необходимым условием для признания в конкретном случае частного деликта.

4. Таким образом, законченное понятие частного деликта предполагало три элемента: а) объективный вред, причиненный противозаконным действием одного лица другому; б) вину лица, совершившего противозаконное действие (умысел или хотя бы неосторожность); в) признание со стороны объективного права данного действия частноправовым деликтом, т.е. установление частноправовых последствий данного деяния, применяемых в порядке гражданского процесса.

5. Историческим происхождением частных деликтов объясняется ряд особенностей, свойственных деликтным обязательствам в классическом римском праве, в отличие от договорных обязательств.

Договорное обязательство (идет ли речь о его активном моменте — праве требования кредитора, или о пассивном — обязанности должника) являлось одним из элементов имущества и потому переходило в порядке универсального преемства (см. разд. VIII) на наследников как кредитора, так и должника; этого не бывало только в тех договорах, которые предполагали особое личное доверие или особые личные качества должника, как, например, *mandatum* — договор поручения. Иски из деликтных обязательств предоставлялись наследникам кредитора, за исключением тех, которые, по римскому выражению, «дышат мезтью» (*vindictam spirantes*), например, иск о личной обиде дается только обиженному, но не наследнику его. На-

следник должника по деликтному обязательству вообще не отвечал; однако к нему мог быть предъявлен иск, если в его имущество поступило нечто, полученное в результате деликта, и тогда наследник правонарушителя отвечал в пределах своего обогащения.

Если в договорном обязательстве участвовало несколько лиц на той или другой стороне, то сумма требования или долга либо делилась между ними по долям, либо устанавливалось солидарное обязательство. В деликтных обязательствах штрафная ответственность нередко возлагалась на каждого из виновников, и не в определенных долях и не по принципу солидарной ответственности, а по принципу кумуляции (умножения взыскания); например, штраф, взимаемый по *actio furti* с вора, в случае совершения кражи несколькими лицами взимался с каждого из них в полном размере.

Дееспособность к вступлению в договорные обязательства и к несению ответственности за деликты не всегда совпадала; например, несовершеннолетние (*impuberes*) были неспособны заключать договоры без участия опекуна, а за деликты ответственность несли.

В области деликтов подвластных детей и рабов сложилась (как отголосок эпохи частной мести) неизвестная в договорном праве *ноксальная* ответственность; в случае совершения деликта рабом или подвластным лицом давался так называемый ноксальный иск против домовладыки виновного лица или раба; по ноксальному иску домовладыке предоставлялось (по его выбору) или возместить потерпевшему убытки от деликта, или выдать ему виновного для отработки долга.

6. В процессе исторического развития шла некоторая ассимиляция договорных и деликтных обязательств. Штрафы из деликтов стали нередко заменяться возмещением убытков, вследствие чего реже стало применяться умножение ответственности и т.п. Однако в основном указанные черты различия договорных и деликтных обязательств остались.

§ 2. Важнейшие виды частных деликтов

1. *Iniuria*. Термин *iniuria* употреблялся и в общем смысле неправомерного действия (*omne quod non iure fit* — все, что совершается не по праву), и в специальном смысле *личной обиды*. Еще законам XII таблиц были известны отдельные виды личных обид: а) повреждение

конечностей человеческого тела (*membrum ruptum*), караемое поначалу «око за око», если только стороны не достигнут соглашения о выкупе; б) повреждение внутренней кости (*os fractum*), караемое штрафом (в пользу истца); в) другие личные обиды действием, также караемые штрафом в пользу истца.

В классическом римском праве деликт *iniuria* был обобщен (всякое умышленное противозаконное нанесение личной обиды). При этом, с одной стороны, понятие деликта было расширено, поскольку *iniuria* больше не ограничивалась обидой действием, но охватывала всякое оскорбительное, пренебрежительное отношение к чужой личности; а с другой стороны, сужено, поскольку было выдвинуто в качестве необходимого элемента намерение обидеть (*animus iniurandi*). Изменилась и санкция этого деликта: на место прежних фиксированных сумм (штрафных такс) было введено определение штрафа судом в каждом отдельном случае в зависимости от обстоятельств дела: характера обиды, социально-экономического положения обидчика и обиженного (иск приобрел характер так называемого оценочного иска, *actio iniuriarum aestimatoria*).

2. *Furtum*. Наиболее подходящий русский термин, соответствующий *furtum*, — «кража». Однако *furtum* не совпадало полностью с современным понятием кражи. Во-первых, к категории *furtum* в Риме относились и те деликты, которые в современном праве именуются кражей, и те, которые теперь называются присвоением, растратой и т.п. Во-вторых, *furtum* не ограничивалось похищением вещи; можно было также совершить *furtum usus* — кражу пользования вещью (т.е. корыстное, намеренное пользование вещью при отсутствии на то права), *furtum possessionis* — кражу владения (данную разновидность деликта, например, совершал собственник вещи, если отнимал у кредитора переданную ему в залог вещь). В-третьих, *furtum* является частным правонарушением (впрочем, в праве императорского периода намечается некоторая тенденция к приближению этого деликта к уголовным преступлениям).

Таким образом, к *furtum* относилось всякое противозаконное корыстное посягательство на чужую вещь (*contrectatio rei fraudulosa*). Однако такое определение данного деликта нельзя признать точным: *furtum possessionis* (как видно из приведенного выше примера) могло иметь предметом собственную вещь лица, совершавшего этот деликт.

В древнейшем римском праве, выраженном в законах XII таблиц, вор, захваченный с поличным (*furtum manifestum*), а также вор, у которого вещь обнаружена после кражи в результате обыска, производившегося особым торжественным способом, карался бичеванием, после чего отдавался во власть потерпевшего; в случае ночной или вооруженной кражи вора можно было даже убить на месте. Вор, не застигнутый с поличным (*furtum nec manifestum*), карался штрафом в размере двойной стоимости украденной вещи.

В более позднем праве саморасправа потерпевшего с вором не допускалась даже при *furtum manifestum*. Юридические последствия деликта кражи стали выражаться в следующих исках. Прежде всего потерпевшему давался иск о возврате похищенного (*condictio furtiva*). Собственник похищенной вещи имел, правда, в своем распоряжении виндикационный иск; но *condictio furtiva*, которую можно было предъявить взамен виндикации, была легче в отношении доказывания: в виндикационном процессе от истца требовалось доказательство его права собственности на данную вещь; предъявляя *condictio furtiva*, истцу достаточно было доказать факт кражи у него вещи ответчиком. Таким образом, предоставление потерпевшему *condictio furtiva* облегчало ему возврат вещи. Кроме того, кондикция была удобна тем, что позволяла в случае, если вор сбыл вещь с рук, истребовать от него «обогащение», оставшееся в его имуществе в результате кражи.

Истребованием от вора похищенной вещи (или поступившего вместо нее обогащения в имущество вора) юридические последствия *furtum* не исчерпывались. Потерпевший имел возможность предъявить, кроме *condictio furtiva*, еще штрафной иск — *actio furti*. С помощью последнего иска взыскивался штраф: при *furtum manifestum* — в четвертном размере стоимости похищенного, при *furtum nec manifestum* — в двойном размере. Соучастники в краже отвечали в таком же размере (умножение штрафной ответственности).

3. *Damnum iniuria datum* (неправомерное уничтожение или повреждение чужих вещей). Незаконное посягательство на чужое имущество могло выразиться не только в корыстном его присвоении (полном или частичном), но также в виновном уничтожении или повреждении чужих вещей. В древнереспубликанском римском праве такого общего деликта не было: законы XII таблиц знали только некоторые частные случаи причинения имущественного вреда, особен-

но острые в условиях жизни земледельца, как то: порубка деревьев, поджог хлеба или дома и др.

Общий деликт повреждения чужих вещей появился только с изданием закона Аквиллия *de damno iniuria dato* (приблизительно в III в. до н.э.). Аквиллиев закон состоял из трех глав, из которых к деликту повреждения вещей относились первая и третья. В первой главе говорилось, что, кто убьет чужого раба или четвероногое животное, тот обязан уплатить за него высшую цену, какая существовала на раба или животное на протяжении предшествующего года. В третьей главе Аквиллиева закона было постановлено, что если будет ранен раб или четвероногое животное либо будет уничтожена или повреждена какая-то другая вещь, то виновный обязан уплатить высшую цену поврежденной или уничтоженной вещи, какую она имела на протяжении последнего месяца.

Первоначальная практика применения Аквиллиева закона строго придерживалась его буквы о возмещении вреда *corpore corpori datum*: под действие этого закона подводились лишь такие случаи, когда вред причинялся телесным воздействием (*corpore*) на телесную вещь (*corpori*). Так, например, лицо, виновным образом оставившее чужого раба без пищи, вследствие чего раб умер голодной смертью, при таком буквальном толковании закона не несло ответственности. С течением времени закон Аквиллия стали применять шпре: в случаях причинения вреда чужому имуществу таким поведением лица, в котором нельзя было усмотреть физического воздействия на вещь (*corpore corpori*), стали также применять Аквиллиев закон, давая иск по аналогии (*actio legis Aquiliae utilis*).

Необходимым условием применения Аквиллиева закона было причинение вреда *iniuria* (в смысле *non iure* — противозаконно). В порядке толкования закона было введено требование субъективной вины, хотя бы то была самая слабая ее форма (*culpa levissima* — самая легкая неосторожность).

Толкованием юристов была расширена сфера применения Аквиллиева закона: закон предусматривал только случаи причинения имущественного вреда собственнику; практика применения закона распространила защиту также на узуфруктуара, залогопринимателя, добросовестного владельца и даже на лиц, имевших обязательственное право требовать передачи вещи.

В случае совершения деликта несколькими лицами они отвечали солидарно.

§ 3. Обязательства как бы из деликта (*quasi ex delicto*)

1. В некоторых случаях обязательство возникает из недозволенного поведения лица, однако при таких обстоятельствах, когда нет ни одного из предусмотренных в нормах права деликтов (римское право придерживалось системы перечня частных деликтов и не знало общего принципа, что всякое виновное неправомерное причинение имущественного вреда порождает деликтное обязательство). Обязательства из недозволенных действий, выходящие за пределы перечня деликтов, получили название обязательств как бы из деликта (*quasi ex delicto*).

2. В качестве примеров обязательств как бы из деликта можно привести следующие.

Если из окна здания что-нибудь вылито или выброшено на общественный проезд, то всякий, кто потерпит от этого какой-либо ущерб, получал по преторскому эдикту *actio de effusis et deiectis* (иск о вылитом или выброшенном) против хозяина дома или квартиры, откуда было вылито или выброшено. Ответственность хозяина дома или квартиры наступала независимо от их личной вины (вследствие чего такой случай нельзя было подвести под какой-либо деликт, например, повреждение чужих вещей). Ответственность по данному иску была различна, смотря по характеру причиненного вреда за поврежденное имущество собственнику присуждалась двойная цена, за ранение свободного человека взыскивался штраф «по справедливой оценке» судьи, за причинение смерти свободному человеку взыскивался (по требованию любого гражданина, *actio popularis*) штраф в сумме 50 000 сестерциев.

Другой пример обязательства как бы из деликта: если на подоконнике здания что-либо положено или на здании подвешено так, что угрожает падением и причинением вреда, то любой гражданин мог предъявить иск (являвшийся, следовательно, также *actio popularis*) против хозяина дома или квартиры, не ожидая факта причинения вреда. По такому иску «о положенном или подвешенном» (*actio de positis et suspensis*) взыскивался штраф в 10 000 сестерциев.

Раздел VIII

ПРАВО НАСЛЕДОВАНИЯ

Понятие и история права наследования

§ 1. Основные понятия наследственного права

1. Наследованием называется переход имущества умершего лица к (одному или нескольким) другим лицам.

Ф. Энгельс в своей работе «Происхождение семьи, частной собственности и государства» показал, что еще в доклассовом обществе (при родовом строе) были задатки наследования. Но подобно тому как собственность (в экономическом смысле) существовала и до образования классов, государства, права, а право собственности появилось только в классовом обществе, с образованием государства, так и наследственное право в качестве завершения права собственности появилось только с возникновением государства, защищающего и в этом случае интересы господствующего класса.

2. Наследование (в собственном смысле) есть преемство универсальное. Это значит, что наследник, вступая в наследство, приобретает единым актом все имущество наследодателя (или — при наличии нескольких наследников — определенную долю имущества) как единое целое. Универсальный характер наследования проявляется в том, например, что к наследнику переходят сразу и права, и обязанности, входящие в состав на-

следства, в том что наследник может приобрести в составе наследства даже такие права и обязанности, о существовании которых он и не знал, и т.п.

Наряду с этим римское право знало и так называемое сингулярное преемство после умершего лица, т.е. предоставление лицу отдельных прав — так называемые легаты, или отказы (о них см. ниже, гл. V).

3. Наследование возможно было или по завещанию, или по закону (если завещание данным лицом не оставлено либо оно признано недействительным, либо наследник, назначенный в завещании, не принял наследства).

Характерной особенностью римского наследственного права была недопустимость сочетания двух названных оснований (завещания и закона) при наследовании после одного и того же лица, т.е. недопустимо было, чтобы одна часть наследства перешла к наследнику по завещанию, а другая часть того же наследства — к наследникам по закону (в этом смысле надо понимать афоризм *«nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»*, т.е. «не может быть наследования в одной части имущества умершего лица по завещанию, а в другой части — по закону»).

4. В процессе наследования необходимо различать открытие наследства и вступление в наследство. Наследство открывается в момент смерти наследодателя (наследовать вообще можно только после умершего физического лица). С открытием наследства для определенных лиц связано получение права приобрести наследство. Но эти лица еще не становятся в момент открытия наследства собственниками вещей, оставшихся после наследодателя, должниками по его обязательствам и т.д., словом, в момент открытия наследства наследственное имущество еще не переходит к наследникам. Переход прав происходит только в момент вступления в наследство, когда наследник выражает волю принять наследство. Необходимо, впрочем, заметить, что в древней агнатской семье (см. разд. IV, гл. I, § 1) непосредственно подвластные домовладыке (дети, а также внуки от ранее умерших детей) считались «необходимыми» наследниками и приобретали наследственное имущество независимо от акта принятия наследства. «Необходимым» наследником был также раб завещателя, который отпускался по завещанию на свободу и назначался наследником.

§ 2. Исторические этапы развития римского наследственного права

1. В соответствии с характером производственных отношений древнереспубликанского Рима и семейным характером в ту пору собственности все члены семьи считались, несмотря на широту прав, принадлежавших главе семьи, как бы участниками в семейной общности прав. Поэтому и после смерти *pater-familias* имущество оставалось за агнатской семьей в силу закона. Наследование по завещанию, получившее в более позднее время очень широкое применение (так что наследование по закону носило название «унаследование *ab intestato*», т.е. после лица, не оставившего завещания), в древнейшую эпоху не имело места. Что же касается наследования по закону, то в силу указанного обстоятельства круг законных наследников первоначально определялся по признаку агнатского родства.

Родство по крови (когнатское) как основание для наследования по закону впервые получило признание в преторском праве и окончательно восторжествовало в императорском законодательстве.

2. Подобно тому как в области права собственности в римском праве наряду с гражданской (квиритской) собственностью сложилась в преторском эдикте так называемая бонитарная собственность и лишь в законодательстве Юстиниана произошла унификация права собственности, так и в области наследования наряду с гражданским наследованием (*hereditas*) установилась преторская *bonorum possessio*. Разложение агнатской семьи, ослабление отцовской власти, явившееся следствием изменения производственных отношений и всего социально-экономического строя, приводило к тому, что передача наследства лицам, связанным с наследодателем лишь агнатскими отношениями, минуя самых близких кровных родственников, но утративших агнатскую связь (например, эманципированных детей), стала признаваться несправедливой.

Наряду с этим сложные формальности, требовавшиеся по гражданской праву при составлении завещания, также стали слишком стеснительными. Новые запросы жизни были учтены претором. В своем эдикте он стал обещать судебную защиту также лицам, которые по гражданскому праву не имели права наследовать; равным образом он объявил, что будет признавать завещания, составленные в более простой форме.

Не имея права отменять нормы гражданского права, претор достигал цели, предоставляя новым наследникам владение наследственным имуществом (*bonorum possessio*). Сначала это признание давалось лишь постольку, поскольку с «преторским наследником» не конкурировал гражданский наследник: если находился гражданский наследник, заявлявший требование о наследстве, наследство передавалось ему, преторский же наследник оказывался *sine re*, т.е. без наследственного имущества. Но позднее (в период принципата) претор стал обеспечивать прочное обладание наследственным имуществом за теми лицами, которые признавались им более подходящими наследниками (*bonorum possessio cum re*, т.е. право на наследование с фактическим получением имущества, *res*). После этого *bonorum possessio* стала одним из случаев возникновения бонитарной, или преторской, собственности (см. разд. V, гл. III, § 1).

3. В императорский период две исторически сложившиеся системы: гражданская, *hereditas*, и преторская, *bonorum possessio*, стали постепенно сближаться тем путем, что наиболее старые гражданские наследственные нормы стали изживаться и наряду с этим само гражданское право стало впитывать в себя новые положения, построенные на преторских принципах (например, взаимное право наследования матери и ее детей). Окончательное торжество новые принципы наследования получили только в Новеллах Юстиниана.

Наследование по завещанию

§ 1. Понятие завещания

1. Завещанием (*testamentum*) в римском праве признавалось не всякое распоряжение лица своим имуществом на случай смерти, а лишь такое, которое содержало *назначение наследника*. По классическому праву требовалось, чтобы такое назначение было в самом начале завещания. Назначение наследника составляло существенную часть завещания: если в распоряжении, сделанном на случай смерти, имелись даже исчерпывающие указания, кому и в каких долях должно перейти имущество после смерти данного лица, но никто не был назван в этом распоряжении в качестве наследника (никому не дано *nomen heredis*, имя наследника), завещание не было действительным. Назначением наследника, однако, завещание могло не исчерпываться; в нем могли также содержаться отказы (легаты), назначаться опекуны к малолетним наследникам и т.п.

2. Завещание является *односторонней сделкой*, т.е. оно выражает волю только завещателя. То обстоятельство, что завещание получит действительное значение лишь при условии, если назначенный в нем наследник согласится принять наследство, не делает завещание договором, ибо выражение воли наследника имеет место не при соверше-

нии завешания (как, например, согласие одаряемого при дарении), а только после смерти завещателя, как совершенно самостоятельный, отдельный от завешания акт.

Односторонний характер завешания проявлялся, между прочим, в праве завещателя в любое время также односторонне изменить или вовсе отменить завешание.

§ 2. Условия действительности завешания

1. Для совершения завешания требовалась специальная способность: *testamenti factio activa*. Такая способность требовалась в момент совершения завешания. Завещательной способности не имели недееспособные (душевнобольные, малолетние, расточители), лица, осужденные за некоторые порочащие преступления, и проч.

2. Форма завешания, чрезвычайно громоздкая в древнейшее время, постепенно упрощалась, но все-таки даже в праве Юстиниана была достаточно сложной (требовалось присутствие семи свидетелей, но письменная форма не была безусловно обязательной). Наряду с частными завешаниями совершались и публичные (при участии органа государственной власти): а) путем занесения распоряжения завещателя в протокол суда или муниципального магистрата, б) путем передачи в императорскую канцелярию письменного завешания на хранение.

3. Наследник должен быть назначен лично завещателем (нельзя назначить наследником, «кого выберет Тиций»), ясно и точно; должно быть назначено «определенное лицо», *persona certa*. К числу неопределенных лиц (*personae incertae*) первоначально относили, в частности, постумов (т.е. лиц, зачатых при жизни завещателя, но к моменту его смерти еще не родившихся), а также юридические лица; в позднейшем императорском праве назначение наследниками и тех, и других было допущено. Но во всяком случае лицо, назначаемое наследником, должно обладать *testamenti factio passiva*, т.е. способностью быть назначенным наследником. Такой способности не имели, например, лица, которые в момент смерти завещателя еще не были зачаты, а также дети государственных преступников и др. Некоторые лица, хотя и имели *testamenti factio passiva*, но не могли получать наследство полностью или в части, если не отпадет обстоятельство, признаваемое по закону препятствием для получения наследства.

Так, по законам Августа о борьбе с безбрачием и бездетностью холостые мужчины в возрасте 25–60 лет и незамужние женщины 20–50 лет могли получать наследство по завещанию только после ближайших родственников; после всякого другого завещателя они получали наследство лишь в том случае, если в течение 100 дней после открытия наследства вступали в брак, и т.д.

Назначение наследника под условием допускалось, если условие имело характер отлагательного (см. разд. VI, гл. III, § 3, п. 3). В этом случае наследство открывалось не в момент смерти наследодателя, а по наступлении условия. Условие отменительное в завещании не допускалось потому, что оно противоречило принципу римского наследственного права: *semel heres semper heres* (лицо, раз ставшее наследником, остается на положении наследника навсегда, а между тем наступление отменительного условия привело бы к прекращению прав и обязанностей наследника).

Если тем не менее наследник назначен под отменительным условием, условие считается не написанным, и наследник признается назначенным безусловно.

Равным образом не допускается назначение наследника с включением срока (безразлично, отменительного или отлагательного); при нарушении этого требования сроки считаются неписанными.

4. Примером отлагательного условия может служить *подназначение* наследника (*substitutio*). Наиболее распространенный вид субституции сводился к тому, что в завещании назначался как бы запасной наследник на случай, если назначенный на первом месте по той или иной причине (смерти, нежелания принять наследство и т.п.) не делается наследником.

5. В завещании назначение наследника иногда сопровождалось *возложением* (*modus*) на наследника выполнения каких-либо действий, использования имущества по определенному назначению (например, на наследника возлагалась обязанность поставить памятник на могиле завещателя). Если наследник, получивший имущество *sub modo* (с возложением), не выполнит возложения, допускались меры понуждения в административном порядке.

§ 3. Обязательная доля ближайших родственников

1. В древнейшую эпоху завещатель пользовался неограниченной свободой распоряжаться своим имуществом. По законам XII таблиц

uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto (как домовладыка распорядится относительно своего имущества, так пусть и будет). Но по мере разложения старой патриархальной семьи, с одной стороны, и утраты былой простоты и строгости нравов, с другой стороны, завещатели стали осуществлять эту неограниченную свободу завещательных распоряжений так, что имущество иной раз передавалось по завещанию совершенно посторонним и даже случайно оказавшимся лицам, а ближайшие родственники завещателя, в значительной мере способствовавшие своей деятельностью образованию наследственного имущества, ничего из него не получали. На этой почве постепенно появились *ограничения* завещательной свободы, разросшиеся затем в право некоторых наследников по закону на так называемую *обязательную долю* в наследстве, т.е. на то, чтобы и в случае составления завещания им было обеспечено (кроме особых исключительных случаев) получение некоторого минимума из наследства.

2. Но древнейшему гражданскому праву для завещателя было установлено лишь то ограничение, что своих *sui heredes* (т.е. непосредственно подвластных) он не должен был обходить в своем завещании молчанием: он должен или назначить их наследниками, или прямо лишить их наследства, хотя бы и не указав никакого уважительного для того основания. В древнейшую эпоху завещание составлялось в народном собрании; поэтому можно было рассчитывать на то, что лишить наследства самых близких людей без всякой уважительной причины завещателю помещает страх перед общественным мнением. Лишение наследства подвластных сыновей должно было совершаться поименно в отношении каждого; дочерей можно было и не называть по имени («все прочие мои подвластные лишаются наследства»). Несоблюдение изложенных правил в отношении сына влекло за собой ничтожность завещания и открытие наследства по закону (*ab intestato*). При несоблюдении этих правил в отношении дочери, внука, внучки завещание сохраняло силу, но неправильно обойденные в завещании лица «прирастали» к назначенным в завещании наследникам, т.е. вместе с ними участвовали в наследовании.

3. Жизнь показала, что формальное требование, обращенное к завещателю, или назначить ближайших родственников наследниками, или прямо лишить их наследства, не ограждает законных интересов названных лиц. Вследствие этого в практике суда, в компетенцию которого входили споры о наследстве (так называемого центумвираль-

ного суда), было установлено, что наиболее близких родственников недостаточно просто упомянуть в завещании, но необходимо и завещать им известный минимум (обязательная доля). Если завещатель не исполнял этого требования, наследник, имевший право на такую обязательную долю и ее не получивший, мог предъявить особый иск *querela inofficiosi testamenti*, т.е. жалобу на то, что завещание нарушает нравственные обязанности. В случае основательности иска суд предполагал, что завещатель умственно ненормален, в силу чего завещание признавалось недействительным.

Круг лиц, за которыми признавалось право на обязательную долю, был претором расширен, а именно, помимо *sui heredes* право на обязательную долю было признано также и за эманципированными детьми. В классический период право на обязательную долю принадлежало еще более широкому кругу наследников, а именно нисходящим и восходящим родственникам завещателя — безусловно, полнородным и единокровным братьям и сестрам завещателя — при условии, если наследником в завещании назначено лицо опороченное (*persona turpis*). Размер обязательной доли определялся сначала одной четвертью той доли, какую получило бы данное лицо при наследовании по закону. При Юстиниане [N.115] размер обязательной доли стали определять более гибко; если бы при наследовании по закону данное лицо получило не менее четверти наследства, то обязательная доля исчислялась в размере одной трети от этой законной доли; если же при наследовании по закону лицо получило бы менее четверти, то обязательная доля равнялась половине того, что лицо получило бы по закону.

Если обязательная доля не оставлена по уважительной причине, завещание сохраняло полную силу. Уважительность причины устанавливалась в классический период по усмотрению суда; Юстиниан дал исчерпывающий перечень оснований для лишения обязательной доли; например, причинение опасности для жизни завещателя, вступление дочери, не достигшей 25 лет, в брак против воли родителей и т.д.

4. Последствием предъявления названного выше иска («о нарушении завещателем нравственных обязанностей») в классическом праве была не полная недействительность завещания, а только в той мере, в какой необходимо для удовлетворения жалобщика, т.е. для того, чтобы ему получить обязательный минимум.

Если имеющих право на обязательную долю в конкретном случае несколько человек или в завещании назначено несколько наследников, оспаривание должен был вести каждый из обойденных против каждого из наследников в отдельности; если, например, предъявлен иск только к одному из двух наследников, назначенных в завещании, то в отношении второго наследника завещание сохраняло силу.

Если завещатель не совсем лишил своего ближайшего наследника обязательной доли, а только назначал ему ее не в полном размере, заинтересованному лицу давался иск «о дополнении законной доли».

Наследование по закону

§ 1. Развитие института наследования по закону

1. Как было указано выше (гл. I, § 2 настоящего раздела), древнейшая известная нам римская система наследования по закону (относящаяся к эпохе законов XII таблиц) исходила из семейной общности имущества и агнатского родства. В соответствии с этим законы XII таблиц признают первоочередными наследниками *ab intestato* непосредственно подвластных наследодателя (детей, внуков от ранее умерших детей и т.п. при условии, если они к моменту открытия наследства не вышли из-под власти домоладыки). Эти наследники называются «своими» (*heredes sui*), а вместе с тем «необходимыми» (*necessarii*) в том смысле, что они получают наследство независимо от их воли принять наследство. Если после наследодателя не оставалось «своих наследников», к наследству призывался ближайший по степени агнатский родственник (*agnatus proximus*).

Если ближайший агнат не принимал наследства, то оно не переходило ни к следующему по степени родства, ни к кому другому, а становилось выморочным — принцип однократности призвания к наследству. Это выражалось афоризмом: «в наследовании по закону (т.е. по закону XII таблиц) не до-

пускается *successio*, преемство» между наследниками разных степеней или категорий. Только в том случае, если после наследодателя не осталось и агнатов, к наследству призывалась третья группа наследников — *gentiles*, члены одного с наследодателем рода.

2. По мере развития хозяйственной жизни и на ее базе — всех вообще сторон общественной жизни патриархальная семья разлагалась.

На смену семейной собственности стала складываться индивидуальная частная собственность. В связи с этим система наследования, построенная на принципе агнатского родства, утратила свое основание. «Живой голос народа» — преторский эдикт уловил новые требования жизни и, не производя радикальной реформы, придал все-таки известное значение родству по крови (когнатскому), которое в изменившихся условиях стало важнее агнатского. Именно претор обеспечивал владение наследственным имуществом (*bonorum possessio*), соблюдая следующую очередность. На первом месте он поставил детей (*liberi*); категория *liberi* отличалась от *sui heredes* древнереспубликанского права тем, что в состав *liberi* входили также эманципированные дети. Претор употреблял здесь (нередко применявшийся им и в других случаях) прием фикции, а именно он предписывал судье предположить, что эманципация не повлекла за собой *capitis deminutio minima*. Претор учитывал при этом, что эманципированные дети со времени эманципации работали, так сказать, на себя; в их пользу шли и всякие приобретения по сделкам. Напротив, дети, оставшиеся под властью домовладыки, приобретали все для него, так что известная доля наследства представляла собой результат их деятельности. Поэтому претор, давая *bonorum possessio* одинаково всем детям — как подвластным, так и эманципированным, установил требование, чтобы эманципированные дети при разделе наследства присоединяли к нему и то имущество, которое они приобрели после эманципации (так называемая *collatio bonorum*).

Вторую (по очереди) группу наследников в преторском эдикте составляли *legitimi*, т.е. лица, которые имели право наследования по законам XII таблиц, другими словами, агнатские родственники. В третью очередь преторский эдикт призывает *agnati*, кровных родственников (до шестой степени включительно) в порядке близости (к наследодателю) по степени. Наконец, на четвертом месте претор предоставляет наследство по закону пережившему супругу — мужу или жене.

Помимо включения в круг законных наследников кровных родственников и пережившего супруга, претор провел еще одно новшество: он установил преемство призвания между наследниками разных классов и степеней. Именно, если призываемое к наследству лицо не принимало наследства, наследство теперь не становилось выморочным; оно открывалось следующему по очереди кандидату.

3. Императорское законодательство обеспечило окончательную победу за преторскими принципами наследования как более отвечающими потребностям жизни. Сначала (еще в период принципата) были введены частичные дополнения к правилам наследования: за матерью признали предпочтительное перед агнатами право наследования после детей, и наоборот, дети получили такое же право наследования после матери.

§ 2. Наследование по закону в Юстиниановом праве

1. Коренным образом порядок наследования *ab intestato* был реформирован в Новеллах Юстиниана 118 и 127.

По этим Новеллам первый класс наследников *ab intestato* составляли нисходящие родственники (сыновья, дочери, внуки, внучки и т.д.). Нисходящий более близкой степени исключает от наследования нисходящих более отдаленных степеней; например, если имеются дети, то не призываются к наследству внуки и т.д. Однако нисходящий родственник более отдаленной степени призывался к наследству наряду с более близкими нисходящими наследодателя, если то лицо, через которое такой более отдаленный нисходящий происходил от наследодателя, умерло до открытия наследства. Например, в момент смерти наследодателя оказались в живых из числа его нисходящих дети и внуки от *ранее умершего* сына или дочери. В этом случае внуки имели право получить ту долю, которая досталась бы их умершему отцу или матери, если бы те пережили наследодателя. Такое участие в наследовании называется *наследованием по праву представления* (внуки в данном случае как бы представляют собой своего умершего отца или мать).

2. Наследование по праву представления не следует смещивать с так называемой *наследственной трансмиссией*. Наследники по праву представления являются наследниками не своего отца или мате-

ри (не переживших наследства), а самого наследодателя (в приведенном примере — деда). При наследственной трансмиссии наследник пережил смерть наследодателя, так что наследство открылось ему; но наследник умирает, не успев приобрести наследства, и возникшее в его лице право приобрести наследство само переходит по наследству к его наследникам. Таким образом, если опять взять для примера тех же родственников (какие были взяты при изложении права представления) и предположить, что в момент смерти деда его сын (отец внуков) был жив, но до вступления в наследство умер, к его детям переходит право принять наследство, оставшееся после деда, но дети считаются в этом случае наследниками не деда, а отца.

В начале развития римское право отрицало наследственную трансмиссию: право, возникающее у наследника в момент открытия наследства, рассматривалось как строго личное (как бы особый вид правоспособности); поэтому право принять наследство не могло переходить по наследству. В конечной же стадии развития римского права проводится под влиянием выступившей на первый план *имущественно-правовой стороны* наследования и ослабления мистического представления о воплощении в наследстве личности наследодателя иной принцип. Именно, если лицо, которому открылось наследство (по завещанию или по закону — безразлично), умерло, не успев приобрести наследства, право приобрести открывшееся наследство переходило к его собственным наследникам, с ограничением, однако, срока принятия (в течение года со дня извещения первоначального наследника об открытии ему наследства).

Между нисходящими одной и той же степени родства наследство делилось поровну.

Поскольку в праве Юстиниана подвластные дети по общему правилу приобретали имущество для себя, установленная претором *collatio bonorum* (см. § 1 данной главы, п. 2) утратила смысл. На смену ей была введена коляция в другом значении: нисходящие, получившие от наследодателя при его жизни приданое или предбрачный дар (см. разд. IV, § 3), должны были включать это имущество в наследство (в целях уравнивания долей).

3. Во второй очереди призываются к наследству, по Новеллам Юстиниана, восходящие родственники (отец, мать, дед, бабушка и т.д.), а также полнородные братья и сестры (и дети ранее умерших братьев и сестер). При наличии восходящих ближайшей степени более отдаленный восходящий родственник не призывался к наследству (на-

пример, если после умершего остался в живых отец или мать, то дед и бабушка не призывались). Если наследовали одни восходящие, наследство делилось по линиям (отца и матери). Это имело значение, если к наследству призывались не родители, а деды и бабушки; например, после наследодателя остались дед по отцу, дед и бабушка по матери; они получали наследство не поровну: половина шла по отцовской линии и доставалась деду по отцу, а другая половина шла по материнской линии и делилась между дедом и бабушкой по одной четверти. Если призывались к наследству одновременно восходящие и полнородные братья и сестры, наследство делилось между всеми ими поровну (*in capita*, поголовно).

4. Третью очередь законных наследников составляли, по Новеллам, неполнородные братья и сестры (и дети умерших ранее неполнородных братьев и сестер, наследующие по праву представления).

5. В четвертой очереди призывались все остальные боковые кровные родственники (без ограничения степеней), причем ближайшая степень исключает дальнейшую.

6. В приведенном перечне наследников не назван переживший супруг (муж или жена). Он призывался к наследованию в последнюю очередь, если не вступил в наследство ни один из наследников четырех перечисленных очередей. Зато за «бедной вдовой» (т.е. не имеющей собственного имущества или приданого, позволяющего жить соответственно общественному положению женщины) признано было право так называемого необходимого наследования, т.е. право на обязательную долю в размере одной четверти наследства (впрочем, если наследовали дети в числе более трех, вдова получала равную с ними долю). Обязательной доли муж не мог лишиться жено своим завещанием.

7. Если к наследству призывалось несколько лиц одной и той же степени родства (например, три сына) и один из призванных не приобретал своей доли в наследстве, она прирастала к долям других одновременно признанных наследников (в приведенном примере при отказе от наследства одного из сыновей два других сына получали по половине).

§ 3. Выморочное наследство

Если наследство не принято ни одним наследником как по завещанию, так и по закону (потому ли, что наследников не осталось, или

они не пожелали принять наследство), наследство становилось выморочным.

В древнейшем праве такое имущество считалось ничьим и могло быть захвачено каждым желающим. Начиная со времени принципата, выморочное имущество передавалось государству; в период абсолютной монархии из этого порядка было установлено то исключение, что за муниципальным сенатом, церковью, монастырем и т.п. было признано преимущественное право на получение выморочного наследства после лиц, принадлежавших к этим организациям.

Принятие наследства и его последствия

§ 1. «Лежачее» наследство

1. В момент смерти наследодателя происходит открытие наследства. К открытию наследства приурочивается определение лиц, призываемых к наследству. По призываемые лица еще не приобретают права на само наследственное имущество, пока не вступят в наследство. За время между открытием наследства и его принятием наследственное имущество не принадлежит никакому определенному лицу; это *hereditas iacens*, «лежачее» наследство, как бы ожидающее своего субъекта.

2. В древнейшем римском праве правовое положение «лежачего» наследства понималось очень примитивно: непринятое наследственное имущество рассматривалось как бесхозяйное (*res nullius*), и хотя к нему не применялось правило о захвате бесхозяйных вещей, но все же любое лицо, захватив вещи из «лежачего» наследства и провладев ими год, становилось собственником, несмотря на то, что условий для приобретения права собственности по давности здесь не было.

В классическом праве «лежачее» наследство перестали считать бесхозяйным имуществом. До принятия наследником это имущество как бы числили за умершим; говорили,

что наследство *personam defuncti sustinet* (поддерживает, хранит в себе личность умершего). Подобная мистическая конструкция все же позволила бороться против всякого рода посягательств на «лежащее» наследство.

§ 2. Приобретение наследства и его последствия

1. Вступление в наследство могло быть совершено или прямым выражением воли (притом в древнем гражданском праве — строго формальным выражением, в преторском и позднейшем праве Юстиниана — также и неформальным), или же самим поведением лица в качестве наследника; например, наследник взыскивает причитающиеся суммы с должников наследодателя, платит долги его кредиторам и т.п.

2. Вступая в наследство, наследник не только приобретает соответствующие права, но и становится ответственным по обязательствам наследодателя. Даже если наследство состояло почти из одних долгов наследодателя, универсальный характер наследственного преемства приводил в доюстиниановом праве к ответственности наследника по долгам наследства. Мистическое представление, что в наследстве воплощена имущественно-правовая личность умершего, сказалось в том положении, что наследник считался принципиально ответственным за долги наследства неограниченно, как за свои собственные. Избежать такой неограниченной ответственности наследник мог только с помощью радикальной меры — непринятия наследства, если его пассив превышает актив.

3. В праве Юстиниана было установлено, что если наследник произведет (с участием нотариуса, оценщика, кредиторов наследства, легатариев) опись и оценку (инвентарь) наследственного имущества, то ответственность наследника по долгам наследства ограничивается размерами актива наследства. Эта льгота называется *beneficium inventarii*. Опись и оценка наследства должны быть составлены не позднее трех месяцев после того, как наследник узнал об открытии наследства (а приступить к составлению описи и оценке нужно было в течение первого месяца).

4. *Beneficium inventarii* имело практическое значение в тех случаях, когда в наследственном имуществе много долгов и для наследника возникала опасность, что его собственное имущество в значитель-

ной мере пойдет на удовлетворение кредиторов наследодателя. Но положение могло быть и иное: в наследстве актив превышает пассив, но у наследника много своих долгов. Принятие наследства приводило к слиянию обеих имущественных масс — наследника и наследодателя: как кредиторы наследника, так и кредиторы наследодателя (а также легатарии) могли искать удовлетворения из всего объединенного имущества. При большой задолженности наследника кредиторы наследодателя рисковали не получить удовлетворения из-за этой конкуренции кредиторов наследника (причем факт принятия должником наследства, обремененного долгами, не мог быть ими учтен, когда они оказывали кредит наследодателю).

Для ограждения интересов кредиторов наследства преторским эдиктом было введено *beneficium separationis* (льгота отделения). Эта льгота состояла в том, что кредиторам наследства было предоставлено право потребовать отделения наследственного имущества от собственного имущества наследника с тем, чтобы наследственное имущество пошло в первую очередь на удовлетворение кредиторов наследства, затем на выплату легатов, и лишь возможный остаток был использован на удовлетворение кредиторов наследника.

5. Приобретение наследства имело своим последствием также погашение взаимных обязательств, существовавших между наследником и наследодателем, поскольку в лице наследника соединялись после принятия наследства и кредитор, и должник по этим обязательствам; прекращение сервитутов, которые имел наследодатель на имущество наследника (или наоборот) в силу наступившего совпадения в одном лице и права собственности, и сервитута.

§ 3. Иски о наследстве

1. Надобность в судебной защите у наследника могла возникнуть или вследствие того, что кто-то не признавал тех прав, которые входили в состав наследства (например, определенное лицо отказывалось выдать наследнику Тиция вещь не потому, что не признает его наследником Тиция, а потому, что отрицает право самого Тиция на данную вещь), или же вследствие того, что кто-то своим поведением нарушал или не признавал права данного лица как наследника (например, оспаривал действительность завещания, из которого данное лицо выводило свое право наследования).

2. В случае первой из названных в п. 1 групп в распоряжении наследника имелись те же самые иски, какие были в распоряжении наследодателя; например, если третье лицо задерживало у себя вещь из состава наследства, наследник мог предъявить виндикационный иск, который был бы в таком случае предъявлен наследодателем, если бы он был жив, и т.п.

Если право наследника нарушалось не тем, что не признавались какие-либо права, входящие в состав наследства, а тем, что не признавалось данное лицо имеющим право на наследование, то наследнику предоставлялся гражданский иск об истребовании наследства (*hereditatis petitio*), по своим условиям и последствиям аналогичный виндикационному иску. Добросовестный владелец наследства должен был по такому иску выдать истцу свое обогащение за счет наследства (на момент предъявления иска) за удержанием понесенных им издержек на наследственное имущество (безразлично, были ли издержки необходимыми, полезными или производились только для удовольствия данного лица).

Недобросовестный владелец должен был выдать истцу по *hereditatis petitio* все полученное из наследства со всеми плодами и приращениями, нес ответственность за виновную (а с момента предъявления иска — и за случайную) гибель или порчу полученных ценностей и мог удержать лишь сумму понесенных им издержек, необходимых и полезных, но и то лишь постольку, поскольку полезные издержки все еще увеличивали ценность тех вещей, на которые они были произведены.

Преторский наследник (*bonorum possessor*) получал для своей защиты интердикт *quorum bonorum*, с помощью которого мог получить владение вещами, принадлежащими к составу наследства.

Легаты и фидеикомиссы

§ 1. Понятие и виды легатов

1. Легатом (или завещательным отказом) называлось распоряжение, которое делалось в завещании наследодателем и состояло в предоставлении определенному лицу какого-то права или иной выгоды за счет наследственного имущества.

Из определения легата следует, во-первых, так называемый сингулярный характер преемства легатария (т.е. лица, в пользу которого назначен легат) в имуществе наследодателя. Это значит, что он — преемник наследодателя в отдельном праве, но не в какой-то доле наследства, и что получение легата не сопровождалось ответственностью (в какой бы то ни было мере) за долги наследодателя. Во-вторых, поскольку легат можно было оставить только в завещании, нельзя было возложить легаты на наследника по закону (*ab intestato*).

2. Различалось несколько видов легатов. Наиболее существенным было различие легатов *per vindicationem* и легатов *per damnationem*. С помощью легата *per vindicationem* устанавливалось непосредственное право собственности легатария на известную вещь завещателя (отсюда и название этого вида легатов: легатарий получает виндикационный иск). Легат *per*

damnationem назван так потому, что он назначался в форме *heres damnas esto dare*, т.е. наследник пусть будет обязан передать то-то такому-то. В этом случае легатарии предоставлялось только обязательственное право требовать от наследника исполнения воли завещателя.

§ 2. Фидеикомиссы

1. В практике нередко встречались случаи, когда легаты оставались без соблюдения форм гражданского завещания, а, например, распоряжением на случай смерти, не содержащим в себе назначения наследника (такие распоряжения назывались кодициллами); иной раз распоряжение о предоставлении известной вещи из состава наследства было обращено к наследнику по закону. В республиканский период такие распоряжения не пользовались юридической защитой, исполнять их или нет — было делом совести наследника; отсюда название такого рода распоряжения — фидеикомисс (т.е. порученное совести). В период принцепата фидеикомиссы получили исковую защиту и стали подобны легатам.

2. Однако путем фидеикомисса можно было возложить на наследника обязанность выдать другому лицу также все наследство или определенную его долю. Первоначально и такой *fideicommissum hereditatis* приводил только к сингулярному преемству, так что ответственность по обязательствам, входившим в состав наследства, лежала на наследнике (хотя он и передавал все имущество лицу, которому такой фидеикомисс был оставлен).

Естественно, что при таком положении рассчитывать на принятие наследником подобного рода наследства было трудно; распоряжение наследодателю нередко оставалось без исполнения. Поэтому был внесен ряд поправок в регламентацию *fideicommissum hereditatis*, конечным результатом которых было признание, что в случае назначения *fideicommissum hereditatis* наследник все же мог оставить одну четверть наследства за собой и что лицо, получившее в качестве фидеикомисса не отдельное право, а определенную долю наследства, в соответствующей доле несло и ответственность за долги наследства, т.е. такой фидеикомисс получил значение универсального преемства.

В праве Юстиниана *fideicommissum hereditatis* как форма универсального преемства сохранил значение. Другие фидеикомиссы (т.е. устанавливавшие не универсальное, а сингулярное преемство) были полностью уравнены с легатами.

§ 3. Порядок приобретения легатов

1. В процессе приобретения легатарием его права различались два момента: *dies legati cedens* и *dies legati veniens*. *Dies legati cedens*, как правило, — в момент смерти завещателя; но если легат оставлен под условием, то *dies cedens* приурочивался к моменту наступления условия. Юридическое значение *dies cedens* заключалось в том, что если легатарий переживает этот момент, его право на получение легата само становится способным переходить по наследству. Следовательно, если потом легатарий умирал, не получив легата, право на легат переходило к его наследнику.

2. *Dies legati veniens* — это момент вступления наследника в наследство. Теперь легатарий или его наследники получали право требовать осуществления их права на легат: если легат оставлен *per vindicationem*, легатарий с момента *dies veniens* мог предъявлять виндикационный иск против всякого, у кого находится отказанная вещь, а при легате *per damnationem* — обязательственный иск против наследника об исполнении легата.

§ 4. Ограничения легатов

1. Легаты получили в Риме широкое распространение. Нередко завещатели назначали столько легатов, что наследникам не оставалось почти ничего; вследствие этого у них не было стимула принимать наследство. В интересах наследников были введены ограничения легатов.

2. Сначала установили, что нельзя назначать легаты размером свыше 1000 ассов каждый и что ни один легатарий не должен получить больше, чем наименее получивший наследник. Этих мер оказалось недостаточно, потому что можно было, назначив большое число мелких легатов, все-таки исчерпать все наследство.

Поэтому законом Фальцидия (приблизительно за полвека до н.э.) было установлено более радикальное ограничение: наследника стали признавать не обязанным выдавать в качестве легатов больше трех четвертей наследства; четверть наследства (оставшегося после погашения долгов наследодателя) должна была поступить наследнику (так называемая Фальцидиева четверть).

ПРИЛОЖЕНИЯ

I. Объяснение сокращений¹

I. — Институция Юстиниана.

Например: I.2.22.1. — Институция, 2-я книга, 22-й титул, § 1.

D. — Дигесты Юстиниана.

Например: D.4.8.9.2. — Дигесты, 4-я книга, 8-й титул, 9 отрывок (фрагмент), § 2.

C. — Кодекс Юстиниана.

Например: C.4.30.5. — Кодекс, 4-я книга, 30-й титул, 5-й закон.

N. — Новеллы Юстиниана.

Например: N.28.C.4.2. — 28 Новелла, 4-я глава, § 2.

Gai.3.1. — Институция Гая, 3-я книга, § 1.

II. Римская монета

Классический период

As uncialis (медн.) = 1 унции 27,288 г.

Sestertius (серебр.) = 4 ассам = 1,00 г.

Denarius (серебр.) = 16 ассам = 4,00 г.

Золотая монета — *aureus*.

Aureus = 100 сестерциев.

Aureus Августа = 7,96 г.

Aureus Марка Аврелия = 7,28 г.

Aureus Каракаллы = 6,55 г.

¹ Сокращенное извлечение из учебника *Машина Н.А.* «История древнего Рима». 1949. С. 721–722.