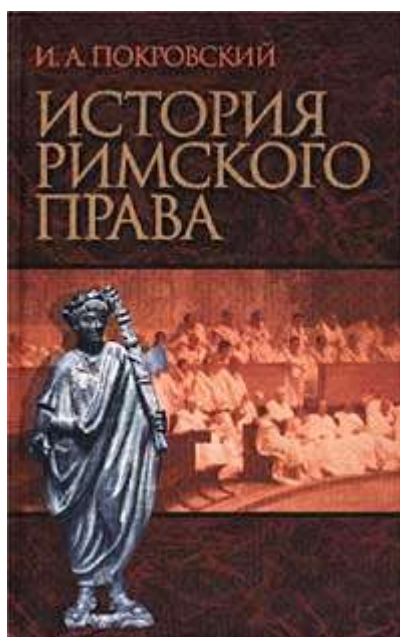


Покровский Александрович Иосиф
История римского права



«История римского права»: Харвест; 2002

Аннотация

В истории человечества Римское право занимает исключительное место. Именно эта система права, ставшая некогда единой для античного мира, легла в основу права многих современных государств, а частное Римское право до сих пор является классическим для общества, основанного на частной собственности.

Книга известного русского юриста и правоведа И.А.Покровского "История Римского права" представляет собой краткий экскурс в историю Древнего Рима и его правовой системы. Рассматривается система норм, регулировавших различные виды имущественных отношений, вещных прав. Подробно рассказывая о частном и публичном праве Древнего Рима, автор представляет жизнь и быт древних римлян, нравы и обычаи правителей, свободных граждан и рабов.

Книга предназначена для специалистов, а также для тех, кто интересуется вопросами права вообще.

Содержание

Иосиф Алексеевич Покровский и изучение римского права в России
Предисловие к 1-му изданию
Предисловие к 3-му изданию
Введение
Римское право, его значение в истории правового развития человечества и в современной юриспруденции
История римского права, его источники и литература

История институтов публичного права

Период царей

Италики, латины и зарождение Рима
Древнейший общественный строй. *Gentes, curiae*. – Патриции, клиенты, плебеи
Древнейший государственный строй. Царь, сенат, народное собрание
Сакральный строй
Экономические отношения
Источники права
Уголовное право и уголовный суд
Гражданский процесс

Так называемая реформа Сервия Туллия и падение царской власти

Период республики

Государственное устройство
Территория
Население
Элементы государственной власти
Народное собрание
Сенат
Магистратура
Общая система магистратур
Отдельные магистраты и отдельные ветви государственного управления
Управление местное и провинциальное
Источники права
Законы XII таблиц
Jus civile
Jus honorarium
Jus gentium
Юриспруденция и юристы
Гражданский и уголовный процесс
Переход к формулярному процессу
Общие основания формулярного процесса
Преторские формулы и actiones praetoriae
Общий ход производства
Особенные формы судебной защиты
Уголовное право и уголовный суд
Кризис и падение республики
Очерки экономических отношений
Падение республики

Период принципата

Государственное устройство и управление
Население
Источники права
Юриспруденция

Абсолютная монархия

Государственное устройство и управление
Население
Гражданский процесс
Уголовное право и уголовный суд
Источники права
Jus vetus и leges
Кодификация Юстиниана

Римское право в новом мире

Римское право в Византии и на Востоке
Римское право в западной Европе
Эпоха до глоссаторов
Болонский университет и глоссаторы
Комментаторы
Дальнейшее изучение римского права
Рецепция римского права

История гражданского права

История гражданского общества

Понятие гражданского общества и субъекта права
Лица физические
Status libertatis
Status civitatis
Status familiae

Capitis deminutio
Status controversia
Лица юридические
Возникновение и развитие юридических лиц

История вещных прав

Понятие и виды вещных прав
Институты гражданского права
Право собственности. Развитие понятия dominium ex jure Quiritium
Формы вещного оборота
Гражданские jura in re aliena
Защита гражданских прав
Институты преторского права
Развитие защиты владения (possessio)
Бонитарная собственность и bonae fidei possessio
Преторские права на чужую вещь
Право постклассическое
Объединение гражданского и преторского права

История обязательств

Введение. Общее понятие обязательства
Старое гражданское право
Обязательства из деликтов
Обязательства из договоров
Система обязательств позднейшего права
Общий ход ее образования
Обязательства из договоров
Контракты вербальные
Контракты литтеральные
Контракты реальные
Контракты консенсуальные и так наз. pacta vestita
Обязательства внедоговорные
Обязательства из деликтов
Quasi-контракты и quasi-деликты
Погашение и перенесение обязательств
Погашение обязательств
Перенесение обязательств

История отношений семейственных

Общая история брака
Отношения между супругами
Отношения между родителями и детьми
Опека и попечительство

История наследования

Общий ход развития римского наследственного права
История римского тестаментa
Наследование ab intestato
Необходимое наследование
Приобретение наследства
Положение наследника после принятия
Legata и fideicommissa

Иосиф Александрович Покровский и изучение римского права в России

Развитие российской науки права в конце XIX — начале XX в. было отмечено возрастанием

интереса к наследию римской юриспруденции. Интерес этот не был случайным, а представлял собой закономерную реакцию на эволюцию экономических и социальных отношений в России в этот период. Российское общество после отмены крепостного права вступило в полосу модернизации, и связанные с этим изменения существующего правового порядка требовали осмысления опыта правового развития стран Западной Европы, социально — экономическое устройство которых во многом воспринималось как образец для подражания российскими реформаторами как из правительственного лагеря, так и особенно из среды либерально настроенной интеллигенции. Поскольку римское право лежит в основании теории и практики гражданского права в большинстве стран континентальной Европы, естественно, что именно оно стало объектом пристального внимания для российских правоведов того времени.

В последние десятилетия прошлого века формируется особое научное направление, русская школа изучения римского права, внесшая весомый вклад в изучение истории и системы римского права, закономерностей его восприятия и переработки позднейшими европейскими законодательствами, в формирование на базе римского права общей теории гражданского права. Становление российской романистики как научной школы неразрывно связано прежде всего с именами таких видных представителей отечественной науки, как С. А. Муромцев, Н. Боголепов, В. М. Хвостов, Д. Д. Grimm, Н. Дювернуа и др. Особое место в этом ряду занимает Иосиф Алексеевич Покровский.

Родился Иосиф Алексеевич в 1868 г. в семье сельского священника Черниговской губернии. Не обладая ни крупным состоянием, ни связями в высших слоях общества, он сам своим неустанным трудом проложил себе дорогу в круг наиболее авторитетных представителей российской науки того времени. Среднее образование он получил в Коллегии Галагана в Киеве, а затем продолжил учебу там же на юридическом факультете Университета св. Владимира. Здесь он в 1898 г. защитил магистерскую диссертацию «Право и факт в римском праве». Показав отличные успехи и несомненный вкус к научному изучению права, даровитый выпускник был оставлен при Университете для приготовления к профессорскому званию, а затем отправлен с этой целью в Берлин. В Германии будущий профессор провел два с половиной года. Здесь ему посчастливилось работать под руководством известнейших представителей тогдашней романистики и цивилистики, таких корифеев немецкой научной юриспруденции, как г. Дернбург, А. Пернис, Э. Экк и др.

По возвращении в Россию И. А. Покровский становится профессором Юрьевского (ныне Тартуского) университета. Здесь он общается со многими видными представителями историко — правовой науки того времени — М. А. Дьяконовым, В. Э. Грабарем и др. Преподавая римское право в Юрьеве и общаясь с коллегами, молодой ученый делает первые шаги в построении того курса лекций по римскому праву, который впоследствии, будучи не раз исправлен и дополнен им, наконец получил свое окончательное выражение в его «Истории римского права» — фундаментальном научном труде, увидевшем свет за три года до смерти ученого и имеющем как учебное, так и непреходящее научное значение.

Обретя в Юрьеве опыт преподавательской работы, Иосиф Алексеевич возвращается в Киев для окончания работы над докторской диссертацией. Эта диссертация под названием: «Право и факт в римском праве. Часть 2. Генезис преторского права» была им успешно защищена в Петербургском университете в 1902 г., после чего, имея степень доктора римского права, он переезжает в столицу Империи и занимает в Петербургском университете кафедру римского права. С 1907 г. он преподает римское право и на Высших женских курсах. В этот период в сферу интересов И. А. Покровского все больше входят вопросы не только собственно истории римского права, но его роли в развитии европейского права, проблемы рецепции наследия римской юриспруденции в современном мире. Причиной тому стал и явный интерес студенческой среды именно к актуальным вопросам развития цивилистики, и бурные дискуссии по поводу проекта Гражданского Уложения Российской Империи, и отмечавшееся в 1904 г. столетие принятия французского Кодекса Наполеона, ставшее поводом для обсуждения вопроса о значимости римского права для юриспруденции Новой Европы.

Впрочем, по воспоминаниям знавших его людей, как цивилист Иосиф Алексеевич был в этот период известен только узкому кругу людей, в основном членам ведомого им в Университете научного кружка. Для большинства остальных коллег он был прежде всего авторитетным романистом. С 1910 по 1912 г. И. А. Покровский является деканом юридического факультета Университета.

Петербургский период в жизни Иосифа Алексеевича отмечен большими научными свершениями. В 1904 г. выходит из печати его книга «Лекции по истории римского права». Впоследствии она трижды была переиздана (последний раз в 1911 г.), и при каждом переиздании автор дополнял ее все новыми и новыми результатами своей исследовательской работы. В 1909 г. увидел свет его труд «Естественно — правовые течения в истории гражданского права».

В 1912 г. лучшая полоса в жизни И. А. Покровского, связанная с пребыванием его в Петербургском Университете, закончилась. В те годы в рамках скрытых гонений на либеральную профессуру власти решили перевести несколько видных профессоров, в частности таких, как Д. Д.

Гримм и М. Я. Пергамент, в другие университеты. В число гонимых попал и либерально настроенный Иосиф Алексеевич, которому было предложено перевестись в Харьковский Университет. Сочтя себя оскорбленным, он подает в отставку.

Прожив еще одну зиму в Петербурге, преподавая римское право на Высших женских курсах и в других местах и будучи в весьма угнетенном состоянии духа, петербургский профессор принимает решение переселиться в Москву, приняв предложение Московского коммерческого института преподавать там теорию права и гражданское право на младших курсах. Там ему предстояло работать до революционных событий 1917 г. Сугубо практическая ориентированность преподавания в коммерческом институте, почти полное отсутствие там духа научного поиска и внимания к теоретическим и историческим аспектам правоведения тяготили Иосифа Алексеевича. Не приносит ему облегчения и работа в другом учебном заведении Москвы — Университете им. Шанявского, где, по его мнению, царил та же атмосфера, что и в коммерческом институте. Он находит известное отдохновение лишь в кабинетной научной работе, развивая те мысли и наработки, которые были им сделаны в предшествующий период.

Уже в 1913 г. вышла в свет его «История римского права», впоследствии переизданная в 1915, а затем в 1917 г. Эта книга стала венцом многолетних усилий И. А. Покровского в области изучения римского права и отразила состояние отечественной романистики в период ее рассвета в предреволюционные годы. В том же 1913 г. была напечатана небольшая, но весьма значимая брошюра Иосифа Алексеевича «Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права». Она показала, что автор отличается трезвым взглядом на проблемы цивилистики и считает необходимым соотносить теоретические построения с их возможной практической реализацией в реальной жизни. Московский период жизни И. А. Покровского отмечен и активной разработкой актуальных проблем гражданского права, плодом которой стала выпущенная им в 1917 г. книга «Основные проблемы гражданского права», ставшая, говоря словами автора посвященного ему некролога, «его лебединой песнью».

Крушение старого порядка в 1917 г., казалось бы, открывало профессору Покровскому возможность вернуться в Северную Пальмиру, в среду близких ему людей.

В самом деле, он ненадолго возвращается в Петроград, чтобы снова стать в ряды университетской профессуры. Но обстоятельства не благоприятствовали этому начинанию, и, приняв участие лишь в одном заседании юридического факультета 15 мая 1917 г., он вскоре был вынужден вернуться в Москву. Здесь удача в последний раз улыбнулась Иосифу Алексеевичу. Он был приглашен преподавать в Московском университете, профессором которого и продолжал оставаться в последние годы жизни. Также как и раньше, он активно занимается научной и педагогической работой, борется за университетскую автономию, стараясь не уstraняться от бурного кипения общественной жизни того времени.

Но силы его постепенно тают. С 1917 г. И. А. Покровского мучают приступы астмы. Течение болезни усугубляется материальными лишениями и нервными переживаниями, испытываемыми им в трудные революционные годы. И 13 апреля (31 марта) 1920 г. один из тяжелейших приступов астмы стал для него последним.

Всю жизнь профессор Покровский продолжал оставаться либералом и гуманистом до мозга костей. В своей последней работе «Государство и человечество» он, уже став свидетелем сначала жестокой бойни Первой Мировой войны, а затем и кровавой вакханалии войны гражданской, тем не менее утверждает неизбежность объединения всего человечества на началах неотъемлемых прав личности, превалирующих над правами государства. Иосиф Алексеевич до последних дней сохранял веру в благую природу человека и грезил построением общества на основе индивидуализма с одной стороны и незыблемых этических начал с другой. Тем не менее, было бы ошибкой считать И. А. Покровского либералом в современном понимании этого слова. Как отмечал его коллега М. А. Пергамент, воззрения Иосифа Алексеевича несли на себе сильный отпечаток идеализма, а его понимание неотъемлемых прав личности лежало скорее в духовной, чем в материальной сфере. Он рассматривает в их числе свободу совести, право на охрану интимной жизни, право на имя, право чести и т. п. С другой стороны, проф. Покровский считал, что включение в этот перечень права собственности дискредитирует саму идею неотъемлемых прав личности, что частноправовой порядок извращается в капитализм, который, в свою очередь, заходит в моральный тупик, и выходом из него являются социальные реформы, ведущие к обобществлению производства. Таким образом, во взглядах И. А. Покровского отразилась вся противоречивость мировоззрения представителей интеллигенции этого периода.

Книга И. А. Покровского «История римского права», наряду с другой его работой «Основные проблемы гражданского права», вошла в золотой фонд отечественной науки. Ее последнее издание в 1917 году явилось как бы пиком развития отечественной романистики, вобрав в себя не только труды самого Иосифа Алексеевича, но и достижения его коллег и предшественников на ниве изучения римского права. После этой работы на русском языке уже не появлялось труда по римскому праву, сопоставимого с ней по широте охвата предмета и глубине его исследования. Тому были

объективные причины, так как старая школа распалась в результате безвременной кончины или отъезда в эмиграцию многих ее представителей. С другой стороны, после 1917 г. в нашей стране происходило становление социалистического права, базировавшегося на совершенно иных принципах и не испытывавшего того интереса к наследию римской юриспруденции, который был естественен для общества, поставившего во главу угла принципы частноправового порядка. «История римского права» И. А. Покровского ценна и стремлением автора выявить общие закономерности в развитии государства и права, имеющие непреходящий и универсальный характер, а также тем, что в своем труде он рассматривает и судьбу римского права после падения античного мира, процессы его рецепции вплоть до современного ему периода.

Будучи не только научным трудом, но и одним из лучших учебников по римскому праву на русском языке, настоящее издание, несомненно, должно послужить подъему изучения римского права на юридических факультетах России, тем более, что, как отметил декан юридического факультета Московского Государственного университета Е. А. Суханов, развитие и углубление цивилистической подготовки российских юристов, призванных действовать в условиях рыночной экономики, должно сопровождаться не только расширением объема учебного времени, отводимого на изучение гражданского и коммерческого права, но «...в расширении нуждается изучение римского частного права — основы цивилистики». Хочется надеяться, что переиздание фундаментального труда классика отечественной романистики будет содействовать успешному решению этой задачи.

А. Д. Рудоквас
кандидат исторических наук

Выражаю глубокую признательность ученому секретарю Санкт — Петербургского Архива РАН Ирине Владимировне Тункиной за помощь в поиске справочных материалов для данной статьи.

Предисловие к первому изданию

Предлагаемая книга имеет скромное назначение — быть элементарным руководством для лиц, желающих познакомиться с основными процессами в истории римского права. Дать сжатый, но возможно ясный, очерк этих процессов, ввести читателя в важнейшие проблемы нашей науки — такова ее общая цель. Ввиду этого детали оставляются в стороне; равным образом и литературные указания даются лишь в очень ограниченном размере. Лица, заинтересовавшиеся ближе тем или другим вопросом, легко могут найти для себя дальнейшую литературу в тех основных произведениях, которые указаны во введении.

Для облегчения пользования книгой, помимо довольно подробного оглавления, к ней присоединен алфавитный указатель, причем главное внимание при его составлении было обращено на технические латинские выражения, представляющие для начинающих наибольшие трудности. Ввиду этого и самый указатель расположен в порядке латинского алфавита.

Выпускаемая ныне «История римского права» отнюдь не должна быть смешиваема со студенческим изданием моих «Лекций по истории римского права» (4-е изд. 1911 г.), изданием по содержанию устаревшим и полным разнообразных погрешностей.

С. — Петербург, 25 апреля 1913 г.

Предисловие к третьему изданию

Как второе, так и выпускаемое в настоящий момент третье издание совпали с великой Европейской войной, которая до крайности затруднила научные сношения с Западной Европой и вызвала везде ослабление научных занятий. Вследствие этого уже второе издание (1915 г.) содержало в себе, по сравнению с первым, лишь незначительные исправления и дополнения; нынешнее же третье издание содержит их, по сравнению со вторым, еще меньше.

Та же война чрезвычайно ухудшила условия печатания и удорожила его. Вследствие этого, к крайнему сожалению автора, нынешнее издание оказывается и более дорогим, и худшим по внешности.

Москва, 1 января 1917 г.

Введение

Римское право, его значение в истории правового развития и в современной юриспруденции

Римское право занимает в истории человечества совершенно исключительное место: оно пережило создавший его народ и дважды покорило себе мир.

Зародилось оно в далекой глубине времен — тогда, когда Рим представлял еще едва заметное

пятно на территории земного шара, маленькую общину среди многих других подобных же общин средней Италии. Как и весь примитивный склад жизни этой общины, римское право являло собою тогда несложную, во многом архаическую систему, проникнутую патриархальным и узконациональным характером. И если бы оно осталось на этой стадии, оно, конечно, было бы давным — давно затеряно в архивах истории.

Но судьба вела Рим к иному будущему. Борясь за свое существование, маленькая *civitas Roma* («Римское государство»). Понятие «*civitas*» многозначно, и может не только служить эквивалентом понятия «государство», но переводиться и как «самоуправляющаяся община» или «сообщество граждан». Наиболее близким по смыслу и аналогичным понятию «*civitas*» в латинском языке является «полис» в древнегреческом.) постепенно растет, поглощая в себе другие соседние *civitates*, и крепнет в своей внутренней организации. Чем далее, тем все более и более расширяется ее территория, распространяется на всю Италию, захватывает близлежащие острова, перебрасывается на все побережье Средиземного моря, — и на сцене истории появляется огромное государство, объединяющее под свою власть почти весь тогдашний культурный мир; Рим стал синонимом мира.

Вместе с тем, Рим изменяется и внутренне: старый патриархальный строй рушится, примитивное натуральное хозяйство заменяется сложными экономическими отношениями, унаследованные от древности социальные перегородки стесняют. Новая жизнь требует наивысшего напряжения всех сил, всех способностей каждого отдельного индивида. В соответствии с этим римское право меняет свой характер, перестраиваясь по началам индивидуализма: свобода личности, свобода собственности, свобода договоров и завещаний делаются его краеугольными камнями.

Отношения военные и политические приводят Рим и к сношениям экономическим. Между тем, еще задолго до появления Рима на сцене всемирной истории на побережьях Средиземного моря шел оживленный международный торговый обмен: Египет, Финикия, Греция, Карфаген давно уже находились друг с другом в постоянных торговых отношениях. Рим неизбежно втягивается в этот международный оборот, и по мере того, как он делался центром политической жизни мира, он становился также центром мирового торгового оборота. На его территории непрерывно завязывались бесконечные деловые отношения, в которых принимали участие торговцы разных национальностей; римские магистры должны были разбирать споры, возникающие из этих отношений, должны были вырабатывать нормы для разрешения этих споров. Старое римское национальное право для этой цели не годилось; необходимо было новое право, которое было бы свободно от всяких местных и национальных особенностей, которое могло бы одинаково удовлетворить римлянина и грека, египтянина и галла. Нужно было не какое — либо национальное право, а право всемирное, универсальное. И римское право проникается этим началом универсальности; оно впитывает в себя те обычаи международного оборота, которые до него веками вырабатывались в международных сношениях; оно придает им юридическую ясность и прочность.

Так возникало то римское право, которое стало затем общим правом всего античного мира. По существу, творцом этого права был, таким образом, весь мир; Рим же явился лишь тем лаборантом, который переработал рассеянные обычаи международного оборота и слил их в единое, поразительное по своей стройности, целое. Универсализм и индивидуализм — основное начало этого целого. Мастерски разработанное в деталях беспримерной юриспруденцией классического периода, римское право нашло себе затем окончательное завершение в знаменитом своде — «*Corpus Juris Civilis*» («Свод Гражданского Права». Такое название было дано средневековыми правоведом кодексу римского права, созданному по приказу императора Юстиниана комиссией юристов во главе с Трибонианом с 528 по 534 г. добавлением законодательства самого Юстиниана, появившегося после 534 г. и составившего последнюю часть свода — «Новеллы» (*Novellae*). Впервые под именем «*Corpus Juris Civilis*» (сокр. — *CIC*) этот свод был издан в 1583 г. французским историком и правоведом Дионисием Готофредом (Дени Годефрау). Свод Юстиниана — основной источник познания римского права, обобщивший тысячелетний опыт его развития.) императора Юстиниана, и в таком виде было завещано новому миру.

Железный колосс, державший в своих руках судьбы мира, дряхлел: разнообразные народности, входившие в состав всемирного римского государства, тянулись в разные стороны; с границ напирала варвары — новые претенденты на активное участие в мировой истории. Наступил момент, они хлынули могучими потоками и затопили весь античный мир. Настала беспокойная эпоха великого переселения народов, и кажется, что вся богатая культура древности погибла навсегда, что порвались все связи между старым и новым, что история вовсе зачеркивает страницы прошлого и начинает писать все заново.

Но это «кажется» — обманчиво. На некоторое время, действительно, ход общечеловеческого культурного развития как будто приостанавливается; влившийся большою массой новый человеческий материал нуждается в предварительной обработке. Несколько веков проходит в непрерывных передвижениях новых народов, в их взаимных столкновениях; пришельцы еще не могут освоиться на новых местах, двигаются, устраиваются. Много ценного, конечно, погибает при

этом из античной культуры, но не все.

Мало — помалу беспокойный период переселения и устройства проходит. Новые народы начинают вести более или менее спокойную жизнь, развиваются, и еще через несколько столетий наступает момент, когда все, что было продумано и создано античным гением, делается понятным и ценным его наследникам. Наступает одно за другим возрождение античного права, античной культуры, античного искусства. Естественное экономическое развитие новых народов приводит их также мало — помалу к международным торговым отношениям. Снова, как в старом мире, на почве международного обмена сходятся друг с другом представители разных национальностей, и снова для регулирования этого обмена возникает нужда в едином общем праве, праве универсальном. Снова экономический прогресс требует освобождения личности от всяких феодальных, общинных и патриархальных путей, требует предоставления индивиду свободы деятельности, свободы самоопределения. И наследники вспоминают о заброшенном ими завещании античного мира, о римском праве, и находят в нем то, что было нужно.

Римское право делается предметом изучения; оно начинает применяться в судах; оно переходит в местное и национальное законодательство, — совершается то, что носит название рецепции римского права. Во многих местах «Corpus Juris Civilis» Юстиниана делается прямо законом. Римское право воскресло для новой жизни и во второй раз объединило мир. Все правовое развитие Западной Европы идет под знаком римского права вплоть до настоящего времени: лишь со времени вступления в действие нового общегерманского гражданского уложения — лишь с 1 января 1900 г. исчезло формальное действие Юстиниановского Свода в тех частях Германии, в которых оно еще сохранялось. Но материальное действие его не исчезло и теперь: все самое ценное из него перелито в параграфы и статьи современных кодексов и действует под именем этих последних. Римское право определило не только практику, но и теорию. Непрерывное многовековое изучение римского права, в особенности остатков римской юридической литературы, сформировало юридическое мышление Западной Европы и создавало сильный класс юристов, руководителей и деятельных помощников во всякой законодательной работе. Объединяя Европу на практике, римское право объединяло ее и в теоретических исканиях: юриспруденция французская работала все время рука об руку с юриспруденцией немецкой или итальянской, говорила с ней на одном и том же языке, искала разрешения одних и тех же проблем. Так возникала на почве римского права дружная общая работа всей европейской юриспруденции, продолжавшая работу мыслителей античного мира: факел, зажженный каким — либо римским Юлианом или Папинианом, через бесконечную цепь сменявшихся рук дошел до современных ученых всех наций.

Такова историческая судьба римского права. Явившись синтезом всего юридического творчества античного мира, оно легло затем в качестве фундамента для правового развития новых народов, и в качестве такого фундамента, общего для всех народов Западной Европы, оно изучается повсеместно — в Германии, Франции, Италии, Англии и т. д. Явившись базисом, на котором веками формировалась юридическая мысль, оно изучается и теперь, как теория гражданского права, как правовая система, в которой основные юридические институты и понятия нашли себе наиболее чистое от всяких случайных и национальных окрасок выражение. Недаром в прежнее время оно считалось за самый писанный разум, за *ratio scripta* («писанный разум», то есть «разум, выраженный в текстах»).

Волею нашей исторической судьбы мы, русские, были долгое время отрезаны от общения с Западной Европой, оставались чужды ее культуре, и когда, наконец, отделявшие нас перегородки пали, мы очутились в хвосте общечеловеческого движения. Отстали мы и в области права. И если мы хотим в этом последнем отношении сравняться с Европой, если мы хотим говорить с ней на одном языке, мы должны, по крайней мере в школе, освоиться с основным фундаментом общеевропейского права — с правом римским. Если оно повсеместно является основой юридического образования, то у нас для этого причин еще больше. Но изучение римского права отнюдь не должно приводить к слепой вере в его непогрешимость, к вере в то, что дальше идти некуда. Такая вера была бы противна истории, была бы противна и тому духу свободного исследования, которым были проникнуты самые творцы римского права — римские юристы. Лозунгом современной юриспруденции является знаменитое изречение Иеринга: — «*durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*» — «через римское право, но вперед, дальше его». Усвоив то, что было создано предками, потомки должны работать дальше сами, ибо правовые проблемы не таковы, чтобы они могли быть решены раз навсегда. Новые условия постоянно ставят на очередь новые задачи, и юриспруденция должна постоянно оставаться на своем посту. Ее высшим призванием, ее долгом перед народом является освещение изменяющихся в истории условий и возникающих в связи с ними проблем. Быть впереди народа, освещать ему путь, направлять его правосознание к благу и правде в человеческих отношениях — такова истинная обязанность юриспруденции и ее отдельных представителей.

История римского права, его источники и литература

Если римское право с полным основанием занимает видное место в ряду юридических дисциплин, то первое, с чего должно начинаться его изучение, есть, конечно, его история. Без нее римское право его последней стадии, римское право Юстиниановского Свода (так называемое «чистое римское право»), а тем более римское право Новой Европы (так называемое «современное римское право»), было бы абсолютно непонятно («чистым римским правом» в юридическом смысле называется то право, которое существовало в римском государстве на протяжении его истории и на закате античной истории было кодифицировано императором Юстинианом, а под «современным римским правом» понимается римское право периода его рецепции в Западной Европе, когда оно опять стало применяться для регулирования общественных отношений в период зарождения капитализма в Новое время. В этот период оно было отчасти изменено и модернизировано в соответствии с потребностями новой эпохи. В противоположность «чистому римскому праву» римское право периода рецепции часто именуют «пандектным»).

Если римское право приобрело общечеловеческую ценность тем, что оно мало — помалу из национального права одного небольшого народа превратилось в универсальное право всего античного мира, — то проследить процесс этого превращения и составляет главнейшую общую задачу истории римского права.

Римские юристы не оставили нам истории своего права: практический интерес к праву оттеснил у них на задний план интерес исторический. Среди огромной юридической литературы древности сочинений исторического характера почти не встречается; исключение составляет только произведение юриста II в. по Р. Х. Помпония — «Enchyridium», отрывок из которого дошел до нас в одной из частей Юстиниановского Свода, «Digesta» (fr. 2. D. 1.2). Но отрывок этот касается только истории юриспруденции и во многих отношениях полон неясностей и противоречий. Отдельные исторические сообщения делаются, правда, но сообщения эти случайны и отрывочны. Наибольшее значение из этих сообщений имеют те, которые находятся в дошедшем до нас полностью произведении Гая, также юриста II века по Р. Х., под названием «Institutiones».

Ввиду этого историю римского права приходится воссоздавать на основании иных источников.

Источники эти могут быть разделены на две группы.

а) Первую группу составляют литературные памятники — произведения древних писателей. Наибольшее значение среди них имеют, конечно, сочинения, посвященные римской истории; таковы сочинения Тита Ливия, Дионисия Галикарнасского, Плутарха, Полибия, Тацита и др. Но и произведения неисторического характера дают много ценных данных: то там, то здесь мы наталкиваемся на те или другие факты, которые проливают свет и на историю развития правовых институтов. Среди литературных произведений этого последнего рода особенно должны быть отмечены сочинения Цицерона, Плиния, сочинения грамматиков (Варрона, Феста, Валерия Пропа и др. Грамматики — античные филологи и литературоведы), землемеров (agrimensores или gromatici — Фронтин, Гигин и др.), сочинения по сельскому хозяйству (Катон, *de agricultura*; Варрон, *rerum rusticarum libri tres*, и т. д. Известный политический деятель римской Республики, Марк Порций Катон Старший, написал для своего сына несколько наставлений по праву, риторике, военному делу и др. дисциплинам. До наших дней сохранилось только его наставление по ведению сельского хозяйства — *De agricultura* («О сельском хозяйстве»). Марк Теренций Варрон (116—27 г. до н. э.), известный политик, после победы Цезаря в гражданской войне целиком посвятивший себя занятиям историей и филологией. Написал более 600 книг, из которых до наших дней дошли единицы, и в их числе трактат по ведению сельского хозяйства — *Rerum rusticarum libri tres* («Три книги по сельскому хозяйству»). Даже произведения поэтов (Плавта, Горация и др.) небезразличны для истории права.

б) Вторую группу составляют источники эпиграфические. В разные времена и в разных местах находились и продолжают находиться разнообразные остатки старины — какая — нибудь медная доска с вырезанным на ней текстом закона, какая — нибудь колонна с надписью, какие — нибудь случайно сохранившиеся документы (дощечки или папирусы). Все эти непосредственные остатки античной древности во всей их совокупности представляют огромный исторический интерес и немало уже дали для истории римского права. Полное собрание всех подобных надписей издается Берлинской Академией наук, начиная с 1863 г., под названием «Corpus Inscriptionum Latinarum».

Важнейшие из указанных источников доюстиниановского права можно найти в изданиях П. Жирара: «Textes de droit romain»; К. Брунса: «Fontes juris romani antiqui» или в итальянском издании (Riccobono, Baviera, Ferrini): «Fontes juris romani antejustiniani».

Истинное научное исследование истории римского права развилось только с начала XIX столетия, с появлением так называемой исторической школы в юриспруденции. Пробуждение интереса к истории римского права совпало с установлением нового, критического метода в исследовании римской истории вообще. Инициатором этого критического отношения к римской традиции явился германский ученый Б. Г. Нибур; его «Римская история» (1811—12 гг.) составила в этом отношении эпоху. Тот же Нибур в 1816 г. открыл в библиотеке Веронского собора рукопись полного упомянутого выше сочинения Гая «Institutiones», которое на многие вопросы истории римского права проливало новое освещение. Это открытие еще более способствовало оживлению

исторического интереса.

После Нибура критическое исследование общей истории Рима движется непрерывно вперед и выдвигает целый ряд неутомимых и талантливых исследователей. Во главе их должны быть поставлены А. Шwegлер (его «Римская история» была издана в 1853–1858 г.) и Т. Моммзен («История Рима» — первое издание 1854–1856 гг., тома I–III, охватывающие римскую историю до битвы при Тапсе; затем последовал сразу том V, содержащий историю провинций в период империи; дальше произведение Моммзена не пошло; «Римская история» Моммзена имеется и в русском переводе), а в новейшее время Э. Пайс, Эд. Мейер и др. Для общего ознакомления с римской историей (кроме упомянутой истории Моммзена) хорошим пособием является Б. Низе : «Очерк римской истории и источниковедения»; русский перевод под редакцией проф. М. Ростовцева.

Параллельно с развитием исследований в области римской истории вообще и часто в непосредственной связи с ними идут исследования и в области истории римского права. Тот же Моммзен и в этой специальной сфере оказал огромные услуги нашему знанию, услуги, которые едва ли когда — либо и кем — либо могут быть превзойдены. Кроме массы мелких исследований, ему мы обязаны критическим пересмотром Юстиниановых «Дигест», полной систематической обработкой римского государственного и римского уголовного права. Кроме Моммзена, здесь же заслуживают быть названы: Р. Иеринг (Ihering R. v), озаривший в своем сочинении «Дух римского права» новым светом многие исторические процессы римского права; Ф. Келлер, впервые разработавший историю римского процесса; П. Крюгер, давший историю источников и литературы римского права; А. Пернис, А. Лейст, М. Фогт, О. Карлова, а из новейших О. Ленель, П. Влассак, Л. Миттейс, П. Жирар, Е. Коста и др.

В качестве основных пособий при изучении истории римского права могут быть рекомендованы: Из произведений, охватывающих все отделы истории римского права:

Girard P. F. Manuel élémentaire de droit romain. 5–e ed. 1911. (Есть немецкий пер. с 4 издания Mayr'a Geschichte und System der römischen Rechts. Berlin. 1908).

Mayr R. v. Römische Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen). 7 выпусков, 1912–1913.

Karlowa O. Römische Rechtsgeschichte. T. I. 1885; T. II. 1901.

Ihering R. v. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. I. 6–te Aufl. 1907; Bd. II. 1. Abth. 5–te Aufl. 1894; 2. Abth. 5–te Aufl. 1898; Bd. III. 5–te Aufl. 1906.

Кроме того, есть в русском переводе:

Паделетти Г. Учебник истории римского права. Пер. с итальянского Д. Азаревич. Одесса. 1883.

Шулин Ф. Учебник истории римского права. Пер. с нем. Щукина; под ред. Хвостова. М. 1893.

Из произведений, трактующих лишь некоторые части, особенного указания заслуживают:

1) Историю римского государственного права и источников содержат:

Bruns K. G., Pernice L., Lenel O. Geschichte und Quellen des römischen Rechts // Holtzendorffs «Encyklopädie der Rechtswissenschaft». 6–e Aufl. 1902–1903. — Есть русский пер.: Брунс К., Ленель О. Внешняя история римского права. 1904.

Bonfante P. Storia del diritto romano. 1909.

2) Специально истории римского государственного права посвящены:

Mommsen T. Römisches Staatsrecht. I, II, III, 1887–1888 (или во франц. переводе: Le droit public romain, 7 томов, 1889–1895).

Его же, сокращенное изложение: Mommsen T. Abriss des römischen Staatsrechts. 1893.

Willems P. Le droit public romain. 7 изд. 1910. — Есть русский пер.: Виллемс П. Римское государственное право. 1888–1890.

3) Истории источников права:

Krüger P. Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts. 2–te Aufl. 1912.

Kipp Th. Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 3–te Aufl. 1909. Есть русский пер.: Кунн Т. История источников римского права. Пер. А. М — па. 1908.

Costa E. Storia delle fonti del diritto romano. 1900.

4) Истории гражданского процесса:

Keller F. Der römische Zivilprozess und die Aktionen. 6–te Aufl. 1883.

Bethmann — Hollweg M. A. v. Der Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bonn. Bde I, II, III, 1864–1866.

Wlassak M. Römische Prozessgesetze. Lpz., 1881–1891.

5) Римскому уголовному праву:

Mommsen T. Römisches Strafrecht. 1899.

6) Истории гражданского права:

Sohm R. Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 14–te Aufl. 1911. — Есть русские пер.: Зом Р. Институции римского права; пер. Барковского. Вып. 1, 1908; Вып. II, 1910 и (пока неоконченный) пер. Нины Кесслер (1916).

Costa E. Storia del diritto romano privato. 1911.

Czyhlarz K. Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 9–te и 10–te Aufl. 1908. — Есть

русский пер.: Чиларж К. Учебник римского права. 1910.

Salkowski C. Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts. 9-te Aufl. 1907. — Есть русский пер.: Сальковский К. Институции. 1910.

Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen. 1908.

Из русских курсов, посвященных истории римского права, следует указать:

Муромцев С. Гражданское право древнего Рима. 1883.

Хвостов В. История римского права. 5-е изд. 1910.

Наконец, для пользования источниками — следующие словари: латинско — немецкий Neumann K J., Seckels Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 9-te Aufl. 1907, и латинско — русский — Дыдынский Ф. М. Латинско — русский словарь к источникам римского права. М., 1890.

Часть I

История институтов публичного права

Глава I

Период царей

§ 1. Италики, латины и зарождение Рима

Согласно известной римской традиции, Рим был основан Ромулом, который построил город, разделил между первыми его гражданами землю, обеспечил им возможность семейной жизни, — одним словом, дал вновь возникающему государству необходимое политическое и общественное устройство. Следующий царь Нума создал устройство религиозное.

Новейшая историческая критика (Нибур, Моммзен, Шwegler и др.) обнаружила полную несостоятельность этой легенды. Вся эта римская история, как она излагается нам древними писателями, есть не что иное, как народное предание, образовавшееся в самом Риме довольно поздно, полное внутренних противоречий и исторических несообразностей.

При таких условиях о древнейшей эпохе Рима мы можем составить себе только скудные и очень общие представления.

Современная наука (главным образом, сравнительное языковедение) обнаружила неоспоримое родство между главными народами Европы и некоторыми Азии — народами, составляющими так называемую арийскую группу. Это родство (в языке, верованиях и т. д.) объясняется тем, что все они в какое — то отдаленное время выделились из одного общего корня, из одного общего пранарода, вышли из одной общей прародины. Где находилась эта прародина арийцев, спорно: большинство исследователей считает прародиной Среднюю Азию; некоторые, однако, указывают на обширную равнину от Каспийского моря до Карпат; есть и такие, которые относят первоначальное местожительство арийцев на побережья Балтийского моря и даже в Скандинавию.

Как бы то ни было, но уже там, на своей прародине, до своего разделения, арийцы достигли известной степени культурности и общественности, так что история европейских народов начинается далеко за пределами их позднейших европейских поселений и корнями своими уходит в непроницаемую для нашего глаза глубину времен.

Не могли пройти бесследно и годы (вернее, века) странствований, когда народам приходилось бороться со всевозможными внешними препятствиями. Понятно поэтому, что на места своего позднейшего поселения в Европе они приходили далеко не в состоянии примитивной дикости, а с известным багажом культуры и права.

В общей массе арийцев, влившихся в Европу, различают пять основных групп: греки, италики, кельты, германцы, славяне. Наиболее ранними пришельцами являются, по — видимому, греки (время их появления в Европе Эд. Мейер относит к третьему тысячелетию до Р. X.); несколько позже приходят италики и кельты. Взаимная близость этих трех групп спорна: если раньше греков и италиков сближали в одну греко — италийскую группу, то теперь скорее сближают италиков с кельтами и находят более правильным говорить о кельто — италийской группе.

Возможно (Италия принадлежит к числу тех мест, где найдены следы очень древнего пребывания человека), что при своем появлении на Аппенинском полуострове италики натолкнулись на каких — либо аборигенов. Однако, сколько — нибудь доказанных следов этого элемента в составе древнейших италийских общин не имеется.

Во всяком случае, на заре исторической эпохи италики отнюдь не являются единственными обитателями полуострова; напротив, они окружены многочисленными и разнородными соседями. Главнейшими из них являются: лигуры на северо — востоке, япиги на юге и этруски на северо — западе. Все эти племена проникли в Италию, по — видимому, раньше италиков, и некоторые из них, быть может, не с севера, а с юга — путем Средиземного моря.

Из указанных соседей в древнейшей истории Рима наибольшее значение имели этруски. Этот народ, происхождение которого до сих пор остается загадочным, выступает перед нами уже в самую отдаленную эпоху с высокой культурой и с развитым, своеобразным гражданским укладом. Уже в древнейшее время он организован в крепко сплоченный «союз 12 народов» (*duodecim populi*) под властью одного общего царя. Многие косвенные данные свидетельствуют о том, что этруски играли большую роль в древнейшей жизни Рима. Некоторые из современных ученых предполагают целый период, когда Рим находился под владычеством этрусков; есть даже и такие, которые считают древнейший Рим прямо одним из этрусских поселков. Как бы то ни было, нельзя отрицать, что древнейшая история италиков после их поселения на полуострове находилась в сильной зависимости от этих соседей.

Сами италики не представляли единой, сплоченной массы. Они распались на множество мелких племен, из которых слагают две группы: латинов и умбро — сабеллов (умбры, сабиняне, вольски и т. д.). Латины, по — видимому, пришли раньше умбро — сабеллов и заняли более удобную часть средней Италии — равнину Лациума.

Здесь, в этой равнине, они остались небольшими общинами (*civitates*). *Civitates* эти и по территории, и по количеству населения были невелики: достаточно указать, что на пространстве Лациума (35 кв. миль) насчитывается до 30 подобных общин.

Каждая *civitas* имеет укрепленный пункт — *арх*, куда население укрывается на случай вражеского набега и где находится общинная святыня. Мало — помалу здесь же начинают строить и постоянные жилища; так возникает город, *урбс*, который делается средоточием всей жизни общины («государство — город»).

Каждая из латинских общин была совершенно самостоятельна (автономна) как в своих внутренних, так и во внешних отношениях; тем не менее, общность национального происхождения, языка и религиозных верований связывала все *civitates latinae* в некоторое единство под общим именем *nomen Latinum*. Кроме общелатинских религиозных празднеств, внешним выражением этого единства была взаимность правовой охраны («*Rechtsgemeinschaft*»). В то время как, например, для древнего римлянина всякий иностранец считался принципиально врагом, и потому существом бесправным (*hostis*), житель всякой латинской общины пользовался в Риме защитой закона как в своих личных, так и в имущественных отношениях. Немалую роль играли и происходившие по поводу религиозных празднеств общелатинские народные собрания: здесь естественно обсуждались общие для всех латинских *civitates* вопросы, как например, о защите от общих врагов, об основании общелатинских колоний и т. д. Решения, принятые на этих собраниях, хотя и не были юридически обязательными для каждой отдельной *civitas*, тем не менее имели, конечно, большое фактическое значение и по большей части облекались затем в форму постановления каждой отдельной общины. Возможно, что в известные моменты все латины объединялись для какого — нибудь совместного действия (похода и т. д.) и под одной временной общей властью: есть указания на общелатинских предводителей (диктаторов).

Одной из описанных латинских общин и был Рим. Подробности его древнейшей истории, как было указано выше, теперь составлены быть не могут; римское предание лишено исторической достоверности. Есть, однако, в этом предании один элемент, который имеет под собой некоторое историческое основание. По преданию, Ромул разделит первоначальное население Рима на 3 трибы, и действительно в составе древнейшего римского общества мы находим три элемента, из которых каждый имеет особое имя — *Ramnes*, *Tities* и *Luceres*. Но что это за элементы, вопрос чрезвычайно спорный. По мнению некоторых ученых (например, А. Биндер, Г. де Санктис), трибы — это естественное соединение семейств и родов для лучшей защиты своих прав и интересов, наподобие греческих фил. Однако, это мнение опровергается тем, что, по крайней мере, две первые трибы — *Ramnes* и *Tities* — имеют несомненный национальный отпечаток: *Ramnes* — это латины, а *Tities* — сабиняне. Ввиду этого наиболее вероятным представляется мнение Моммзена: *Ramnes* и *Tities* первоначально были двумя совершенно самостоятельными общинами, обитавшими на двух соседних холмах; они долго враждовали между собой (об этой вражде с сабинами повествует и предание), но кончили тем, что слились в одну единую общину. Несколько позже в состав той же общины вошла и третья — *Luceres*, национальный характер которой неясен (некоторые думают даже, что это были выходцы из Этрурии).

Слияние это, с одной стороны, конечно, увеличило материальную силу соединенной общины и ее значение среди соседей, а с другой стороны, должно было отозваться некоторым усложнением государственной, то есть общинной, организации. Но и при всем том Рим на заре своей истории не представлял ничего грандиозного: не более 5 кв. миль и не более 10 тысяч жителей.

По мнению некоторых из тех ученых, которые в указанных трех трибах усматривают различные национальные элементы, слияние этих разнохарактерных элементов должно было оказать благотворное влияние и на развитие самого духа римского народа: *Ramnes* внесли присущий латинянам дух свободы и прогресса, *Tities* — сабиняне — стойкость религиозных воззрений и консерватизм. Из своеобразного сочетания этих черт и развилась та римская способность, которую

мы наблюдаем затем в дальнейшей истории, — способность идти вперед, не ломая старых форм, а лишь приспособляя их (иногда искусственно) к новым потребностям времени. Это воззрение, однако, едва ли имеет под собой прочную почву: сильной противоположности между латинянами и сабинянами не могло быть, так как и те и другие принадлежали к одной ветви народов (италики) и, конечно, не так уж резко различались между собой, как по своим нравам и своей культуре, так и по своему характеру.

В состав Латинского союза в эпоху более раннюю Рим занимает положение одной из рядовых *civitates*; общиной первенствующей был не он, а, по — видимому, *Alba Longa* (по мнению Ю. Белоха и В. Бонфанте — *Arícia*). Мало — помалу, однако, значение Рима начинает возрастать; возможно, что этому способствовало как самое географическое положение Рима (на границе Лациума с Этрурией, в низовьях Тибра, вблизи от моря), так и указанное выше слияние трех соседних общин в одну. Между Римом и *Alba Longa* возникает соперничество за гегемонию в союзе, и борьба на этой почве, украшенная римской традицией различными легендами, заканчивается полной победой Рима.

Эта победа, впрочем, не разрушает Латинского союза и не делает Рима обладателем всей союзной территории. Он лишь вступает на место *Alba Longa*. Продолжают существовать общелатинские празднества и общелатинские народные собрания; сохраняется и принципиальная независимость отдельных *civitates*. Мало — помалу, однако, постепенно увеличиваясь, Рим накладывает свою руку на эту независимость; значение общелатинских собраний постепенно падает: Рим приобретает привычку навязывать союзникам свои решения. В таком положении мы и находим Латинский союз к концу первого периода Римской истории.

§ 2. Древнейший общественный строй. *Gentes, curiae*. — патриции, клиенты, плебеи

Древнейший исторически известный общественный строй у всех арийцев покоится на родовом принципе. В своем теоретически чистом виде родовый принцип заключается в том, что род, то есть естественно разросшийся союз семейств, происшедший в более или менее отдаленном прошлом от одного общего родоначальника, является ни от какой власти не зависящим, самодовлеющим и самоуправляющимся (суверенным) целым. В процессе исторической эволюции, однако, уже очень рано возникает и организация надродовая. Путем ли добровольного соединения нескольких родов для лучшей защиты или путем подчинения одних родов другими, — во всяком случае, роды оказываются включенными в некоторый более обширный союз, стоящий над ними. Так возникает примитивное государство, сначала еще очень непрочное и слабое, но потом все более и более крепнущее и усиливающееся. По мере же того, как государственная организация крепнет и расширяется, значение родов и родовой связи мало — помалу ослабляется и сводится к едва заметным переживаниям.

Что касается Рима, то уже в древнейшую эпоху его истории мы не находим в нем чистого родового строя, то есть строя, в котором роды были бы суверенны, независимы от какой бы то ни было высшей организации. Уже на пороге своей истории Рим является общиной — *civitas* — и даже, как мы видели, сложной общиной. Тем не менее следы недавнего родового строя еще очень многочисленны.

Менее всего этих следов в области политических отношений. Правда, римская традиция повествует, что все римское общество того времени делилось на 3 трибы, 30 кури и 300 родов (*gentes*). Это математически правильное деление в связи с известием, что число сенаторов равнялось также 300, могло навести на мысль, что род (*gens*) представляет в этой системе уже союз не естественно сложившийся, а искусственный и политический (такова мысль Нибура). Эта мысль, однако, в настоящее время отвергается: род как таковой в политической жизни никакой роли не играет. Единственное, что можно с большею или меньшею степенью вероятности вывести из приведенного предания, это то, что древнейший сенат представлял из себя совет родовых старейшин, что в состав его входили сами собой представители всех коренных родов Рима.

Напротив, в других отношениях значение рода еще велико. Так, прежде всего, род сохраняет все свое значение как союз религиозный: члены рода — *gentiles* — связаны единством религиозного культа (*sacra gentilicia*). В связи с этим находится моральный контроль рода над своими сочленами: род блюдет за чистотой нравов, может издавать относящиеся сюда постановления (*decreta gentilicia*), налагать на провинившихся сочленов те или другие наказания вплоть до полного отлучения и т. д.

В области гражданских, имущественных отношений в более древнее время, по — видимому, существовала родовая общность имуществ, по крайней мере, недвижимых, общность землевладения. В историческую эпоху, однако, этой общности в чистом виде мы уже не находим. Она уже разложилась на собственность семейную (собственность отдельных семейств), оставив лишь следы своего прежнего существования в праве родового наследования и праве родовой опеки. По законам XII таблиц, если умерший не оставил родственников, индивидуальное родство которых можно доказать, — так называемых агнатов, — то наследство и опека переходят в род, к *gentiles*, то есть к лицам, принадлежащим к одному роду с покойным и носящим общее с ним *nomen*

gentilicium («родовое имя», то есть имя, которое носит данный род).

Таким образом, возникнувшее государство, охватив отдельные, дотоле независимые роды своей высшей организации, ослабляет значение родовых связей, разлагает роды на составляющие их элементы. Такими элементами являются семьи — *familiae*. Этот элемент еще крепко перед лицом государства. Древнеримская *familia* далеко не то, что наша нынешняя семья. В нашей современной семье каждый отдельный ее член представляет в глазах государства и права отдельную самостоятельную личность; каждый может иметь самостоятельное имущество, искать и отвечать на суде и т. д. Римская семья этой эпохи, напротив, представляет из себя замкнутый, тесно сплоченный круг лиц и имуществ, нечто для государства почти непроницаемое. Отдельных индивидов государство еще не знает; во внутренние отношения семьи оно не вмешивается; оно имеет дело только с главою семьи, *paterfamilias*, который закрывает собою всю семью для внешнего гражданского мира. Он отвечает за нее, но зато пользуется всеми правами внутри нее; *de jure* он здесь неограниченный владыка. «С точки зрения наших современных представлений, римская семья являла собой маленькую монархию — с тем только отличием, что могла не иметь территории, а была чисто личным союзом». В состав этого замкнутого семейного круга, этой маленькой монархии, входит жена домовладыки (которая юридически находится на положении дочери — *filiae loco*), его дети, внуки и т. д. (хотя бы и совершеннолетние), рабы и все недвижимое и движимое имущество. *Familia*, таким образом, есть все, что находится под властью *paterfamilias*, вся сфера его частного обладания и господства. Здесь, внутри этой сферы, *paterfamilias* властвует над всем безразлично: имеет над всем и всеми право жизни и смерти, право продажи и т. д. Члены семьи не имеют юридических сношений с внешним миром, они не могут от себя вступать в договоры, выступать стороною в процессе и т. д.; во всем они являются только орудием домовладыки. Только в политическом отношении взрослые члены семьи, способные носить оружие, являются самостоятельными: они участвуют в народном собрании наравне со своими домовладыками и, следовательно, обладают всеми известными тогда правами гражданина.

Кроме рассмотренных триб и родов, в древнейшей организации римского общества известную роль играют курии (*curiae*): согласно преданию, они являются некоторым посредствующим звеном между трибами и родами: в каждой трибе 10 курий (всего, таким образом, 30), в каждой курии 10 родов. Но что такое курия и каково ее происхождение, вопрос также чрезвычайно спорный. Одни усматривают в куриях союзы *prima facie* религиозные — нечто вроде приходо́в; другие — союзы семейств для лучшей защиты, наподобие греческих фратрий, и т. д.

По — видимому, деление на курии не является учреждением исключительно римским; оно встречается у других латинских племен, хотя значение курий у этих последних не может быть выяснено. Что же касается Рима, то обращает на себя внимание то обстоятельство, что в то время, как трибы и роды в политической организации Рима никакой роли не играют, курии являются единственным делением, имеющим политическое значение: древнейшие народные собрания организованы и вотируют по куриям (*comitia* «собрание, сходка», отсюда «*comitia curiata*» — собрание по куриям). Это наводит на мысль, что курия была делением, созданным искусственно именно для этой политической роли. Однако, если мы примем во внимание, что у древних народов обыкновенно народное собрание есть не что иное, как все народное ополчение, построенное в боевом порядке по отрядам («*Volk im Waffen*» — R. von Mayr), то более правдоподобным явится предположение, что и римская курия была по основному своему значению прежде всего древнейшей боевой единицей римлян.

В силу совпадения войска и народного собрания, курия в то же время играет роль единицы политической; а в силу того, что общие интересы могли вызывать и необходимость общих жертвоприношений, курия приобрела характер и единицы сакральной. Однако, находилось ли общее число курий (30) в том цифровом соотношении к трибам и родам, о каком нам повествует предание, — это должно быть признано сомнительным. Вероятнее, что оно представляет собою позднейшее измышление, попытку соединить в одном объяснении числа 3 (трибы), 30 (курий) и 300 (древнейшее исторически известное число сенаторов, которые в древности мыслились как представители родов).

Familiae, gentes, curiae являются, таким образом, основными, краеугольными камнями римского общественного строя древнейшего периода. Весь гражданский и политический механизм рассчитан только на граждан, входящих в состав того или другого из родов и зачисленных в ту или другую курию. Вне принадлежности к одному из родов нельзя было быть гражданином полноправным. Поэтому — то такие полноправные граждане называются патрициями, то есть теми, *qui patrem siere possunt*, кто может указать своего отца, свой род. Следовательно, патриции, по первоначальной идее своей, отнюдь не являются классом богачей или аристократов; это имя обозначает только коренных и потому полноправных обитателей Рима.

Рядом с этими полноправными гражданами мы находим, однако, и обитателей неполноправных. Таковы клиенты и плебеи, юридическое положение которых различно.

Клиент находится в личной зависимости от какого — нибудь патрона из патрициев. Он входит в

состав семьи последнего, обязан следовать за ним на войну, оказывать ему материальную поддержку и нематериальный пиетет. С другой стороны, патрон обязан защищать клиента перед третьими лицами, ибо клиент гражданской правоспособности не имеет: он может приобретать имущества, вступать в договоры и т. д., но осуществлять свои права судебным порядком он не может. Юридическую защиту он получает только через посредство патрона.

Совершенно иным представляется положение плебея. Плебей, не принадлежа ни к одному из патрицианских семейств, является, тем не менее, юридически самостоятельным, хотя и неполноправным. Он признается самостоятельным членом гражданского общества, и в области гражданских прав (по имуществу) он равен патрицию (имеет так называемое *jus commercii*); только браки между патрициями и плебеями признаются незаконными (плебеи не имеют так называемого *jus connubii*). Частые жалобы плебеев на то, что долговые обязательства патрициям гнетут их, показывают, что между патрициями и плебеями могли существовать юридические отношения и что плебеи могли самостоятельно, в своем лице, искать и отвечать на суде. Это последнее различие в особенности существенно.

Являясь в области частных гражданских отношений правоспособными, плебеи не имеют никаких прав в области отношений политических. Находясь вне патрицианской родовой организации (плебеи «*gentes non habent*» — «не имеют родов», то есть родовой организации), они не участвуют в народных собраниях и потому остаются чуждыми политической жизни общины.

Таково юридическое положение клиентов и плебеев. Спрашивается теперь, каково же их историческое происхождение?

Вопрос этот чрезвычайно спорен. Есть группа ученых, которые отождествляют оба эти элемента. Так, по мнению Моммзена, плебеи — это те же клиенты, только мало — помалу «выросшие из своих оков», то есть утратившие личную зависимость от патрона. По мнению В. Ине, плебеи — клиенты представляют покоренное население, сидящее на земле и платящее патрициям земельный оброк. С учением Ине сходно учение Неймана, который видит в плебеях — клиентах крепостное крестьянство. Но все эти учения, в большей или меньшей степени отождествляющие плебеев и клиентов, находят себе непреодолимое препятствие в отмеченном выше коренном различии между клиентами и плебеями с точки зрения их юридического положения: одни и те же лица не могут одновременно быть бесправными (как клиенты) и обладать гражданской правоспособностью (как плебеи).

Другие ученые, различая оба эти элемента, пытаются найти и различные исторические источники каждого. Наиболее согласия мы находим при этом в вопросе о происхождении клиентов: их почти все считают за чужеплеменников, или насильно переселенных (после покорения), или добровольно переселившихся в Рим. Зато вопрос о происхождении плебеев вызывает чрезвычайное разногласие. Так, по мнению некоторых (Эд. Мейер, Г. де Санктис и др.), причина образования плебейства лежит в условиях экономических: плебеи — это более бедное и потому экономически зависимое население. Из первоначально безразличной массы населения мало — помалу выделяется класс богачей, который захватывает в свои руки руководство политической жизнью страны и замыкается в касту патрициев. Тогда все, что не вошло в эту касту, стало называться общим именем *plebs*. Но эта «экономическая» теория предполагает уже в столь раннее время такую дифференциацию классов, которой мы в действительности не находим. Она привносит, далее, в понятие патрициата идею аристократизма и богатства, чего в действительности, как мы видим, в нем нет.

Целый ряд других ученых выводит плебеев из покоренного населения; но кто это покоренное население, на этот вопрос отвечают различно. Одни (так называемая «археологическая школа» — итальянцы Бони, Г. Оберцинер) думают, что плебеи это покоренные латинянами аборигены страны. Другие (так называемая «этрусская школа» — Н. И. Куно, Хольцапфель и др.), считая патрициев потомками покорителей — этрусков, отводят покоренным латинянам роль плебеев. Третьи (Н. М. Цёллер, Биндер) думают, что патриции — это потомки покорителей сабинян, а плебеи — потомки коренных латинян. Но все эти последние теории исходят из таких предположений (покорение латинян этрусками или сабинянами, наличность аборигенов), которые сами по себе, как исторические события, остаются далеко не доказанными.

Ввиду этого наиболее правильным должно быть признано следующее объяснение, которое в общих чертах может быть названо и господствующим. Оно в основе дано было Нибуром и разделяется такими учеными, как Беккер, Шwegлер, Линче, Мэдвиг, Герцог и т. д.

Институт клиента встречается у многих народов, и везде он обязан своим происхождением тому общему древнему воззрению, в силу которого суд и право каждого народа существуют только для защиты членов данного общества; иностранец принципиально считается врагом, и потому существом бесправным. Вследствие этого для того, чтобы обеспечить себе какую — нибудь охрану внутри чужого племени, иностранец должен записаться покровительством какого — нибудь туземца; тогда личность и имя последнего защищает чужеплеменника. Такое же общее воззрение на чужеплеменников мы находим и в древнем Риме: всякий чужестранец рассматривается, как *hostis*.

Если кому — нибудь из этих *hostes* оказывается необходимым прибыть в Рим, а тем более поселиться здесь на продолжительное жительство (например, беглецы), то ему ничего другого не остается, как прибегнуть к гостеприимству и покровительству кого — нибудь из коренных и полноправных римлян (*hospitium privatum* — «частное гостеприимство»).

Этим объясняется и указанная личная зависимость клиента от патрона, и принадлежность его к семье последнего, и особый характер отношений между ними. Как совершенно справедливо отмечает Претерштайн, вступление в клиенты представляло собой акт частной *deditio in fidem* (*deditio in fidem* — «сдача на доверие», то есть под покровительство). Вследствие этого нарушение патроном своих обязанностей к клиенту навлекает на него не светское, а религиозное наказание: «*patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*» — «если патрон обманет клиента, да будет [признан] святотатцем» (положение святотатца приводило человека к потере правовой и религиозной охраны и делало его беззащитным против посягательств на его имущество и жизнь), говорят законы XII таблиц. Этим же объясняется и отсутствие у клиента гражданской правоспособности: он, как чужестранец, не имел его и раньше (в рядах клиентов находятся в древнейшее время и рабы, которым господин предоставлял свободу).

Происхождение плебеев также вернее всего может быть отгадано на основании их юридического положения. Это были тоже переселенцы в Рим, но, очевидно, из таких общин и племен, которые пользовались гражданско — правовой взаимностью. А таковыми, как мы знаем, являлись общины Латинского Союза. Латины не считались за *hostes*; они и в Риме могли приобретать имущество, заключать с гражданами сделки и выступать от своего имени на суде, — имели полное *jus commercii*. Поэтому латинянин, переселяясь в Рим, не имел нужды в *hospitium*; но, конечно, не принадлежал ни к одному из родов, входящих в состав курий и триб, он не имел никаких политических прав, словом, сразу становился в то положение, которое является характерным для плебеев. С ростом Рима количество таких переселенцев (иногда и недобровольных) возросло; они оставались жить в Риме из поколения в поколение, и, таким образом, рядом с слоем коренных Римлян и сравнительно немногочисленным классом клиентов постепенно нарастал слой нового населения, который и стал называться плебсом.

§ 3. Древнейший государственный строй. Царь, сена, народное собрание

Основными элементами древнейшего государственного устройства Рима являются царь, сенат и народное собрание.

О том, что периоду республики предшествовал в Риме период царей, кроме римской традиции, свидетельствуют такие переживания среди позднейших учреждений республики, как *interregnum*, *rex sacrificulus* (*rex sacrificulus* — верховный жрец, на которого после изгнания царей перешли функции царя в качестве религиозного главы римского общества), *regifugium* (*regifugium* — буквально: «бегство царей», праздник, который справлялся в феврале в честь изгнания царей) и т. д.

Царь (*rex*) является верховным владыкой государства; в его руках сосредоточиваются все функции государственной власти. Он является и верховным полководцем народа, и блюстителем внутреннего порядка, и предстателем за народ перед богами. В качестве полководца он распоряжается военными силами народа, назначает командиров и т. д. В качестве блюстителя внутреннего порядка он имеет право суда и наказания над всеми гражданами (*jus coercitionis*) вплоть до права жизни и смерти. В качестве верховного жреца он заведует совершением общенародных жертвоприношений и т. д.

Рим не является, однако, монархией династической. Возможно, что в эпоху доисторическую и Рим знал царскую власть, переходившую по наследству в каком — нибудь роде [Бернгефт находит следы такой наследственности], но, во всяком случае, уже с самого начала исторической эпохи о такой наследственности речи быть не может. Некоторые из современных ученых думают, что царь — наподобие того, как впоследствии диктатор и *rex sacrorum* — назначался предшественником (Банфанте, Майр). Вероятнее, однако, господствующее мнение, которое считает царскую власть выборной. После смерти царя, в момент междуцарствия (*interregnum*) верховная власть в государстве переходит к сенату. Сенат выбирает из своей среды 10 человек (*interreges*), которые по очереди (по 5 дней каждый) управляют государством до тех пор, пока не будет намечен кандидат в цари. Намеченного кандидата очередной *interrex* предлагает народному собранию, которое и облакает его властью (*lex curiata de imperio*). Для приобретения права сноситься с богами вновь избранному царю необходимо еще особое посвящение — *inauguratio*. При отправлении своей власти царь может назначать себе помощников; но образовалось ли уже в царский период что — либо вроде постоянных магистратур, трудно сказать. Несомненно, существовали командиры отдельных войсковых частей (*tribuni militum* — «военные трибуны», высшие офицеры в легионах, *tribunus celerum* — «начальники конницы»); возможно, что на время своего отсутствия царь оставлял в городе кого — либо в качестве своего заместителя (*praefectus urbi*), но постоянные судьи для уголовных дел (*duoviri perduellionis* и *quaestores parricidii*), по всей вероятности, относятся уже к эпохе республики.

Рядом с царем стоит сенат (*senatus*), состоявший в древнейшее время из всех родовых старейшин, которые являлись, таким образом, как представители родов, членами сената *ex officio* («в силу должностных полномочий»). На это указывает уже упоминавшееся ранее совпадение числа сенаторов с числом родов, по римскому преданию, а также наименование сенаторов «*patres*» («отцы»). Позже, однако, с постепенным падением значения родов и с усилением царской власти, этот принцип родового представительства отпадает и сенат составляется назначением царя.

Роль сената по отношению к царю является чисто совещательной: сенат обсуждает по предложению царя те или другие вопросы, и его заключения (*senatusconsulta*) имеют принципиально значение советов, для царя юридически не обязательных, но имеющих, конечно, огромную фактическую силу. По отношению к народу сенат играет роль опекуна. Эта роль сказывается уже в описанном выше *interregnum*. Но и сверх того, всякий новый закон, принятый в народном собрании, нуждается еще для своей действительности в утверждении сената (так называемый *auctoritas patrum* — власть отцов, которую Моммзен справедливо сближает с *auctoritas tutoris* — власть опекуна).

Третьим элементов государственного устройства является народное собрание, то есть собрание всех взрослых (способных носить оружие) полноправных граждан (то есть патрициев). В основу организации этих народных собраний положено описанное выше деление на курии, почему и самое собрание называется *comitia curiata*, или (по способу своего вызова, через глашатаев) *comitia calata* (от глагола «*calare*» — «созывать криком», то есть через глашатаев). Народное собрание созывается по инициативе царя, который и вносит туда свои предложения. Предложения эти в собрании не дебатировались, а лишь просто принимаются или отвергаются открытою устною подачей голосов (простым «да» или «нет»). Большинство голосов в данной курии давало голос курии, а большинство голосов этих последних давало решение народного собрания. Предметы ведомства народных собраний едва ли могут быть определены с достаточной ясностью. А priori можно предположить, что в санкции народных собраний нуждались все новые законы, затрагивавшие более или менее существенно правовой строй общества. В народном собрании, далее, происходит принятие кого — либо в состав патрициев (*cooptatio in patriciis*), а также некоторые важнейшие акты частно — правовой жизни — усыновление (*arrogatio*) и завещание (*testamentum*). Наконец, вероятно, в собраниях же решались и важнейшие вопросы текущей внутренней и внешней политики — например, вопрос об объявлении войны, о заключении мира и т. п. Но, вообще, передать или не передать тот или иной вопрос на решение народного собрания зависело всецело от воли царя, ибо и самое собрание без его воли состояться не могло.

Патриархальный характер древнеримского государственного строя устраняет мысль о каких бы то ни было юридических (конституционных) правах народных собраний по отношению к царю. Фактически, конечно, царь во всех важнейших случаях должен был искать опоры в народе, но юридически его личная воля, его верховная власть (*imperium*) ничем не была связана. Вместо того, чтобы вносить свои предложения в *comitia*, царь мог и самостоятельно повелеть (*imperare*) то, что находил нужным, и такое начальственное предписание было для граждан так же обязательно, как и закон, — с тем разве только различием, что закон, принятый в народном собрании (*lex*), есть *jussus populi* («приказ народа»), обязательный навсегда (до отмены в таком же порядке); меж тем как личное предписание царя имеет силу лишь до тех пор, пока этот царь находится у власти, и, следовательно, со смертью его *eo ipso* («тем самым») перестает быть обязательным.

Ввиду наличности всех трех описанных элементов, общий характер римского государственного устройства этого периода представляется спорным. Ввиду того, что рядом с царем стоят сенат и народное собрание, государственное устройство может показаться монархией конституционной; с другой стороны, ввиду отсутствия каких — либо юридических ограничений царской власти, оно может быть понято как монархия абсолютная; наконец, принимая во внимание выборный характер царской власти и сравнительную полноту полномочий позднейших республиканских магистратов, в особенности диктаторов и консулов, можно и древнейший Рим счесть за республику, только с диктатором пожизненным. Равным образом, спорен и внутренний характер этого устройства: одни выдвигают в царской власти на первый план элемент военный (например, Г. де Санктис), другие — элемент религиозный, теократический (например, Фюстель — де — Куланж) и т. д.

Все эти споры находят себе объяснение в том, что в гос. устройстве этого периода заключены еще все эти элементы вместе и что к не сложившемуся еще строю нельзя прилагать наших нынешних теоретических категорий. И если уж желательно дать этому строю какое — либо общее определение, то наиболее верным будет «патриархальный». Царь является патриархальным владыкой своего народа и стоит к последнему в таком же отношении, как *paterfamilias* к своей семье. Как в руках *paterfamilias* сосредоточивались все функции семейной власти, так в руках царя сосредоточивалось начальство над народом во всех сторонах его существования; как *paterfamilias* не ограничен ничем, кроме религии и общественного мнения, так не ограничен и царь в своем управлении народом.

§ 4. Сакральный строй

Религиозные верования и религиозная организация народа никогда не остаются без влияния на его жизнь и его правовые учреждения, и чем древнее эпоха, тем значительнее, по общему правилу, это влияние. У одних народов влияние религии сильнее, у других слабее; у индусов или египтян, например, оно было настолько сильно, что всему их государственному строю придавало характер теократии. Такого значения у древних римлян религия уже не имеет (хотя, например, Фюстель — де — Куланж держится иного мнения). Римляне уже очень рано стали отделять право светское, человеческое (*jus humanum*) от права божеского (*jus divinum*). Но при всем том и у римлян религия не оставалась без значительного влияния, причем это влияние было многообразно и проникало в жизнь различными путями. Укажем здесь лишь важнейшие из явлений этого рода.

Даже дойдя до принципиального признания всей отдельности *jus divinum* от *jus humanum*, нелегко *in concreto* («в конкретном случае») провести между их областями точную демаркационную линию, определить, что подлежит санкции светского права и что — санкции права сакрального. С другой стороны, при неразвитости и неполноте древнего светского права многие отношения, подлежавшие впоследствии светской юрисдикции, в древнейшее время находили себе защиту только в религии.

Многие деяния, безразличные для права, считались нарушающими предписания религии и по приговору сакрального суда навлекали на виновника то или другое, иногда очень существенное, наказание. Таким образом, рядом с светским уголовным правом существовало очень сложное уголовное сакральное право. Так, например, выше было уже упомянуто, что отношения клиента к патрону стояли исключительно под защитой религии: неисполнение патроном своих обязанностей по отношению к клиенту влекло за собой для вероломного патрона высшее наказание — «*sacer esto*» («*patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*»): он объявлялся обреченным мщению богов и потому поставленным вне общения людей и вне всякой защиты закона. Религиозным преступлением считалось и нарушение клятвы, присяги: виновник подлежал большей или меньшей, личной или имущественной, каре с целью очищения перед оскорбленными богами (*expiatio*). Присяга же играла в примитивной жизни древнего Рима чрезвычайно важную роль: ею подкреплялись сплошь и рядом разнообразные договорные обещания, которые в глазах светского права еще не имели никакой юридической силы; неисполнение такого обещания являлось уже нарушением присяги и влекло за собой духовный суд и *expiatio*. Как увидим далее, присяга имела огромное значение и в древнеримском гражданском процессе.

Примешивались вопросы религии, далее, к различным вопросам семейных и наследственных отношений. В сфере семьи вмешательство жрецов и жреческой юрисдикции вызывала религиозная форма брака — *confarreatio*, одна из древнейших форм его заключения. В сфере наследования большое значение имел институт семейных *sacra* («святыни»). Каждая семья имела свой особый культ, культ своих предков, души которых, по верованиям римлян, продолжали витать около домашнего очага и которые для своего загробного покоя нуждались в известных жертвоприношениях. Эти жертвоприношения никогда не должны были прекращаться, в противном случае память предков будет оскорблена; души предков превратятся из добрых гениев в злых и притом — не только для ближайших членов семьи, но и для всего римского народа. Ввиду этого вопрос о том, к кому в случае смерти данного *paterfamilias* перейдут право и обязанность поддерживать далее семейные *sacra*, — этот религиозный вопрос примешивался к вопросу о наследовании и, таким образом, открывал дорогу для воздействия сакрального права на светское.

Большое значение в гражданской жизни имели, затем так называемые *dies nefasti*, дни праздничные, в течение которых нельзя было совершать известных гражданских или публичных актов. Определение же *dies fasti* и *dies nefasti*, равно как и все установление календаря, находилось в руках жрецов.

Приведенным далеко не исчерпывается круг отношений, так или иначе затрагивающих вопросы религии и сакрального права, и чем дальше в истории назад, тем этот круг шире и значительнее.

Понятно, что при такой сложности *jus sacrum* («священное [то есть божественное] право») его познание и толкование требовало немалых специальных теологических и юридических сведений. Эти сведения и концентрировались в различных жреческих коллегиях.

Для всех только что перечисленных вопросов и отношений имела центральное значение коллегия понтификов (*pontifices*). Первоначальное назначение этой коллегии, как и ее название (почему — «мостостроители»?) темно, но несомненно, что в историческую эпоху в этой коллегии сосредоточивалось знание и хранение сакрального права (*jus pontificium*). В этой коллегии вырабатываются правила и приемы толкования, ведутся даже записи юридических прецедентов, записи, носящие название *commentarii pontificum*; только у понтификов можно получить и надлежащий юридический совет. Таким образом, по всей справедливости понтифики считаются первыми римскими юристами, положившими начало развитию римского гражданского права.

Но и область публичного права, область дел политических, не была свободна от разнообразных сакральных влияний. Наибольшее значение имел здесь институт *auspicia*, то есть религиозные гадания. Перед началом всякого сколько — нибудь значительного акта как каждый

отдельный гражданин, так и все государство в лице своих властей предварительно старались узнать волю богов: благоприятствует ли она предполагаемому предприятию (созываемому народному собранию и т. п.) или нет. Средствами для познания этой воли богов были небесные знамения, поведение священных птиц и т. д. Но толкование этих признаков требовало опять — таки известных специальных знаний, и эти знания сохранялись и поддерживались в другой жреческой коллегии — авгуров. Подобно тому, как понтифики имели большое значение для вопросов гражданского права, так коллегия авгуров имела большой вес в области публичного права и в вопросах политики: объявив наблюдаемые предзнаменования неблагоприятными, авгуры могли затормозить любое государственное начинание. Неудивительно поэтому, что патриции впоследствии в своей борьбе с плебеями очень дорожили этой коллегией и дольше всего противились вторжению в нее этих последних.

Наконец, и международные отношения находились в зависимости от норм сакрального права. Учреждением, компетентным в этой области, являлась третья значительная коллегия — фециалов. Перед объявлением войны фециалы в качестве послов отправлялись для переговоров к неприятелю и, в случае безуспешности их, уходя, бросали с пограничной черты с особыми обрядами в неприятельскую землю копьё. Они же скрепляли мир клятвами и жертвоприношениями.

Кроме указанных, существовало еще немало других жрецов (единичных и коллегий — например, фламины, весталки — жрицы храма богини Весты, поддерживавшие в нем вечный огонь. Весталки пользовались особым почетом и привилегиями. Осужденный преступник в случае, если он случайно встретит весталку, подлежал освобождению от наказания. Жрицы Весты давали обет безбрачия, в случае нарушения которого подлежали погребению заживо, *hucuspices* и т. д.), но они уже не имели для юридической жизни такого значения, как первые три коллегии.

Таким образом, влияние сакрального права, особенно в древнейший период римской истории, было весьма значительно. Это влияние уменьшается впоследствии, особенно с установлением республики, для которой характерным является строго проведенное отделение жреческих должностей от светских магистратур. Это отделение, говорит Моммзен, является, быть может, одним из самых существенных элементов республиканской реформы; благодаря этому отделению создан тот перевес государственной власти, который дал затем Риму в течение последующих столетий гегемонию в античной цивилизации.

§ 5. Экономические отношения

Если вообще в вопросах древнейшей римской истории мы наталкиваемся на массу затруднений, то в области экономических отношений наши сведения по преимуществу оказываются скудными и неуверенными.

Основой всей экономической жизни древнего Рима являлось бесспорно земледелие. По справедливому замечанию Г. Ф. Гушке, весь римский календарь, расположение праздников и т. д., указывает на земледельческий уклад быденной жизни. Еще в эпоху несколько более позднюю, в законах XII таблиц, земледельческие преступления занимают, по сравнению с другими, весьма видное место.

Но на каких юридических основах покоилось это земледелие? Другими словами, каков был строй древнеримского землевладения? На этот счет мы имеем весьма неопределенные и противоречивые данные, разобраться в которых в высшей степени затруднительно.

Позднейшее римское гражданское право всей своей структурой, прямолинейным и часто до крайности последовательным проведением начала частной, индивидуальной собственности, отрицательным отношением ко всякого рода имущественным общностям и т. д. как будто свидетельствует о том, что институт частной, личной собственности присущ самому римскому духу и является исконным институтом римского права. Это подтверждается на первый взгляд и сообщением некоторых римских писателей (Варрона и Плиния) о том, что Ромул при самом основании города разделил между гражданами землю на участки по 2 югера, с тем, чтобы эти участки переходили по наследству, почему они и назывались *heredia* (*heredium* от слова *heres*, наследник).

Однако целый ряд других данных противоречит такому заключению. Уже выше было упомянуто о том, что известное древнему Риму право родового наследования и родовой опеки свидетельствует о некоторой родовой общности имуществ. С другой стороны, как справедливо указал Моммзен, 2 югера, равные на наш счет около полудесятины земли, не могли быть достаточными для прокормления даже самой средней земледельческой семьи. Наконец, история многих других народов показывает, что институт частной собственности развивается сравнительно поздно и что ему обыкновенно предшествуют такие или иные формы коллективного землевладения.

Народ (или племя), осаживаясь на какой — нибудь территории, занимая ее, смотрит, конечно, на нее, как на свою, и будет всеми силами защищать ее от вторжения чужеплеменников. Занятая таким образом земля есть земля всего народа, всего племени: внутри народа на первых порах еще не существует каких — либо частных, исключительных прав на тот или другой участок. Народ

расселяется, однако, различными более мелкими союзами, из которых он слагается, — общинами, родами и т. п. По мере все большего и большего развития оседлости эти общины или роды привыкают смотреть на занимаемый ими участок общей земли, как на свой участок, в противоположность чужим общинам или чужим родам. Так возникает чувство общинной или родовой принадлежности, а вместе с тем и право общинной или родовой собственности. Община и род, в свою очередь, распадаются на отдельные семьи (дворы), являющиеся основными хозяйственными единицами. Каждая из этих семей сидит на известном участке общинной или родовой земли, обрабатывает его и пользуется его плодами для своего продовольствия. С развитием некоторой интенсивности сельскохозяйственной культуры развивается на этой почве постепенно чувство семейной принадлежности данного участка, а вместе и право семейной собственности. Представление о том, что земля принадлежит всему народу, постепенно отходит на второй план, превращаясь мало — помалу в так называемое право верховной собственности государства (*dominium eminens*) на государственную территорию. Так же понемногу ослабляется и сознание прав общины или рода; об этих правах вспоминают только тогда, когда та или другая семья вымирает: вместе с ней отпадает пользователь известной части общинной или родовой земли, вследствие чего эта часть возвращается теперь к своему первоисточнику. В этом процессе постепенного разложения общинной или родовой собственности, естественно, впереди идут те земли, в которые вкладывается больше труда и капитала. Прежде всего усвоятся неотъемлемо отдельным семьям земли усадебные, затем обрабатываемые, пахотные; леса и луга дольше других остаются в общем пользовании, но затем и для них наступает черед.

Едва ли может подлежать сомнению, что в общих чертах тот же исторический процесс совершился в свое время и в Риме. Об этом свидетельствуют следы, оставленные каждой из отдельных составных стадий в этом процессе.

Так, в течение всей своей дальнейшей истории, при каждом новом захвате завоеванной земли, Рим неукоснительно признает захваченную территорию за *ager publicus*, за землю всего римского народа, как такового. Этот принцип применяется не только к отдельным частям захваченной территории, но и к целым огромным провинциям. Как будет поступлено затем с этим *ager publicus*, это другой вопрос; во всяком случае, *prima facie* («на первый взгляд») захваченная территория есть *dominium populi Romani*.

Но, как мы знаем, римская *civitas* состояла из известного количества родов (*gentes*). Каждый род занимал известную часть территории, которую и обрабатывал. На то обстоятельство, что и римляне сидели на земле родами, указывают родовые названия древнейших сельских триб уже после того, как трибы стали делением чисто территориальным (*tribus Aemilia, Camilia, Claudia, Cornelia* и т. д.). Право родового наследования и родовой опеки свидетельствует о том, что мы имеем здесь дело не с простым территориальным соседством юридически разрозненных семейств, а с историческим остатком прежнего родового землевладения.

Наконец, в свете общего исторического процесса получает надлежащее объяснение и римское предание о *heredium*. *Heredium* представляет собою, по всей видимости, не что иное, как лишь усадебное место. В источниках слово *heredium* сближается со словом *hortus* («огороженное место; ферма»), а это последнее употребляется часто вместо *villa*. И впоследствии, при основании колоний, поселяющимся колонистам отводилось также по 2 югера, но лишь как место для усадьбы; остальная же необходимая земля отмежевывалась в одной общей черте. Ввиду всего этого вероятно, что предание о *heredium* есть лишь воспоминание о той поре, когда усадебные земли стали окончательно считаться неотъемлемой собственностью семьи, изъятой от таких или иных возможных распоряжений рода или общины (например, какого — либо передела).

Несмотря на далеко продвинувшийся процесс разложения общинной (*civitas*) и родовой собственности, долго еще в Риме сохраняется представление о том, что тот или иной участок, принадлежащий данной семье, есть только доля этой семьи в общей земле. Макс Вебер правильно указывает, что первоначальная «квиритская собственность» (*dominium ex jure Quiritium*) обозначала только право на известный «жребий» в общинной земле, на некоторую «*quota*» ее, что слово *fundus* обозначало более «надел», чем реальную площадь земли.

Принадлежность того или другого участка семье носит еще долго характер не личной, а семейной собственности: участок, на котором сидит и которым живет семья, рассматривается не как вещь, принадлежащая лично домовладыке, а как общее достояние и хозяйственный фундамент целой семьи. Еще впоследствии сохраняется представление, что все члены семьи суть как бы сособственники на эту землю даже при жизни *paterfamilias* («*quodammodo domini*» — «некоторым образом собственники» — у Гая). Земля, принадлежащая семье, входит в состав *familia* и этим именем часто обозначается. Ввиду этого и право распоряжения ею было в древнейшее время в руках *paterfamilias* далеко не таким полным, как впоследствии: остатком древнейших ограничений свободы домовладыки является, например, так называемое формальное необходимое наследование сыновей, о котором будет речь впоследствии. И лишь постепенно эти ограничения отпадают, права *paterfamilias* усиливаются, и то, что раньше считалось общим наделом семьи, начинает

рассматриваться как личная собственность *paterfamilias*. И только с этого момента можно говорить об окончательном установлении в римском праве института частной, индивидуальной собственности. К какому времени приурочивается этот момент, трудно сказать; обыкновенно думают, что ко времени законов XII таблиц частная собственность уже окончательно сложилась.

Было бы в высокой степени важно составить себе хотя бы самое общее представление о количественном распределении земли между отдельными семейными хозяйствами в древнейшее время, но, разумеется, никакого статистического материала у нас нет. Некоторые указания, однако, быть может, дает нам распределение граждан по имущественным классам в так называемой реформе Сервия Туллия. Как известно и как об этом будет сказано далее, в основу разделения граждан было положено количество принадлежащей каждому земли. При этом в первый зачислялись граждане, имевшие свыше 20 югеров земли, во 2-й от 15 до 20, в 3-й от 10 до 15, в 4-й от 5 до 10 и в 5-й от 2 до 5 югеров. Если мы вспомним, что один югер равняется приблизительно 1/4 нашей десятины, то мы увидим, что граждане первого, высшего класса, суть не что иное, как лица, имеющие более, чем 5 десятин, то есть не что иное, как средние, достаточные крестьяне. Если мы примем, далее, во внимание, что эти граждане первого класса составляли 98 центурий (80 пеших и 18 всаднических) из общего числа 193 центурий, то (при предположении, что центурия есть по численности более или менее одинаковая боевая единица), окажется, что в момент реформы в общем составе римского населения таких полноземельных крестьян было более половины. Наконец, обращает на себя внимание слабая прогрессия земельных норм: от 2 до 5, от 5 до 10 и т. д. югеров; она указывает на то, что большой хозяйственной дифференциации еще не существовало, что о каких — либо особенно крупных хозяйствах еще и речи быть не может. Если бы класс крупных помещиков — землевладельцев к тому времени успел уже образоваться, если бы он занимал уже сколько нибудь заметное место в хозяйственной жизни страны, это неизбежно сказалось бы и на самом построении классов. Вот почему все теории, строящие ту или иную гипотезу (например, относительно происхождения плебеев) на предполагаемом экономическом расслоении древнейшего римского населения, оказываются лишенными фундамента: резкого расслоения еще не существовало.

Кроме земледелия, без сомнения, были уже известны и другие источники дохода в качестве подсобных. Наибольшее значение из них имело скотоводство с выпасом на общественных выгонах. Как известно, еще впоследствии, в период республики, значительные части *ager publicus* предоставлялись для этой цели. В общем бюджете семьи продукты скотоводства — *pecus* — играли роль оборотного капитала: ими путем обмена удовлетворялись текущие нужды семьи. В древнейшее время в Риме скот играл роль денег; об этом свидетельствует самое название последних *rescupia* (от *rescus*); кроме того, по свидетельству источников, еще в начале периода республики имущественные штрафы назначались в виде известного количества скота (например, *Lex Aternia Tarpeia* определяет законный *maximus* штрафа, за пределы которого не должен переступить магистрат, в 30 быков и 2 овцы).

Были известны, конечно, и ремесла. Предание рассказывает нам даже о том, что еще Нума (один из легендарных римских царей — Нума Помпилий) организовал ремесленников в цехи. Рассказ о Нуме может быть легендой, но несомненно, что некоторые корпорации ремесленников очень стары. Отдельные виды мастеров, имеющих значение в военном деле, занимают особое место и в рядах сервиановских центурий (центурии плотников и слесарей — *ignarii* и *ferrarii* и две центурии военных музыкантов — *cornicines* и *tibicines*).

Наконец, зарождалась и торговля. Некоторые из современных ученых думают даже, что уже в начале своей исторической эпохи Рим был крупным торговым центром, жил торговлей — даже заморской. В подтверждение ссылаются на предание о торговом договоре с Карфагеном 508 г. до Р. Х. (Эд. Мейер и др.). Такое мнение, однако, решительно опровергается всем тем, что мы знаем об экономическом укладе древнего Рима. Мы знаем уже, что вся экономическая жизнь этого времени базируется на земледельческом и притом натуральном хозяйстве. Еще законы XII таблиц рисуют нам картину крайне несложного хозяйственного быта. Развитая и даже заморская торговля привела бы к гораздо большему расслоению общества по имуществу, чем то мы в действительности наблюдаем. Но самое решительное опровержение указанного мнения дает состояние средств обмена, то есть характер древних римских денег.

Как было указано выше, римляне долго еще в качестве средства обмена, в качестве товара — посредника и платежного средства, употребляют скот, *pecus*. Позже они начинают употреблять металл и именно медь, *aes*, откуда позднейшие выражения — *aestimatio* («оценка») и т. д. Но медь фигурирует в обороте в слитках (*aes rude*, *gaudusculum*), вследствие чего при всякой сделке необходимо было удостоверяться, во — первых, в чистоте предлагаемого слитка, а во — вторых, в его весе. Первое удостоверилось звуком, издаваемым слитком при ударе о какой — нибудь другой предмет; второе взвешиванием (отсюда *dependere* — «платить», *expendere* — «выплачивать» и т. д.). Из этих первоначально вполне реальных потребностей оборота сложилось много действий, впоследствии уже чисто символических, вроде того, например, что при сделке должен был присутствовать (ненужный уже) весодержатель с весами, что дающий деньги ударял монетой по

весам и т. д. (так называемая *negotia per aes et libram*, сделка при посредстве меди и весов).

И лишь значительно позже появляется монета. По мнению одних, ее начали чеканить при Сервии Туллии; по мнению других, при Сервии Тулии государство стало только своим клеймом гарантировать чистоту слитка (так сказать, накладывать пробу — *resunia forma publica signata* — деньги, помеченные государственным клеймом); чеканка же монеты установилась лишь при демцемвирах (буквально: «коллегия десяти»); по мнению третьих — и того позже. Во всяком случае, первой чеканной монетой был *as libralis* — асс, равный 1 фунту меди.

Такая «монетная система» сама по себе свидетельствует, что о сколько — нибудь развитой торговле в то время и речи быть не может: с такой малоценной и тяжеловесной монетой может мириться только довольно примитивный хозяйственный быт, в котором редко и мало покупают и продают, удовлетворяя свои несложные потребности, главным образом, средствами своего же хозяйства.

§ 6. Источники права

Право, как совокупность общеобязательных норм или правил поведения, может найти себе выражение в двух основных формах, которые и называют поэтому источниками права; это именно обычай и закон. Обычай — это непосредственное проявление народного правосознания, норма, свидетельствующая о своем существовании самим фактом своего неуклонного применения. Закон — это сознательное и ясно сформулированное повеление уполномоченной на это власти.

Из этих двух форм в истории всякого народа древнейшей является обычай, и долгое время все право имеет характер обычного права. Конечно, в течение значительного промежутка времени обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами, но все эти перемены старых обычаев, даже если в них есть элемент сознательности, не выходят за пределы конкретных случаев, конкретных отношений. И лишь тогда, когда в среде того и другого народа или иной автономной группы, быть может, на основании конкретных наблюдений, назревает мысль сознательно установить на будущее время известную норму, как общее правило поведения, — лишь тогда появляется закон. Появление закона, таким образом, в истории каждого народа представляет весьма важный момент пробуждения социальной мысли, вступления на путь сознательного и планомерного социального строительства.

Древнейший период римской истории обнаруживает в этом отношении еще только первые, очень робкие шаги.

Как было указано выше, римляне начинают свою историю не без некоторых, и притом уже довольно значительных, культурных и правовых основ, вынесенных ими еще из арийской прародины и видоизмененных в период переселений. Ближайшим корнем, из которого выросло римское право, было, конечно, право общелатинское, так как Рим был только одной из латинских общин, членом единого *pomen latinum* («латинское имя», то есть имя единой «латинской» общности). Но, выросши из этого корня, римское право затем обособляется, развивается уже как нечто самостоятельное.

Первоначальным источником права, первоначальной формой его образования и существования был и в Риме обычай — так называемые *mores majorum*, обычаи предков. Так же, как и везде, эти обычаи предков на первых порах не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности. Но выше было указано, что римляне относительно рано начали уже принципиально отделять светское право, *jus*, от правил религии, *fas*: «*fas ad religionem, jura pertinent ad homines*», «*fas lex divina, jus lex humana est*». («*fas* это божественный закон, а *jus* это закон человеческий», то есть первое установлено богами, а второе — людьми) Не вполне еще ясное в период царей, это различие к началу республики уже окончательно выразилось в упомянутом выше отделении светских магистратур от сакральных.

Но был ли обычай единственной формой права в период царей, или уже в течение этого периода Рим, рядом с обычаем, знает и некоторые, хотя бы отдельные, попытки законодательства?

Некоторые данные, как будто, говорят в пользу этого. Так, Дионисий Галикарнасский (греческий писатель, живший в Риме с 30 г. до н. э. Написал исследование римской истории с древнейших времён до первой Пунической войны (264–241 г. до н. э.), частью сохранившееся до наших дней) сообщает, что Сервий Туллий собрал 50 законов, отчасти Ромула и Нумы, отчасти своих собственных, предложил их народному собранию и получил утверждение этого последнего. Если бы это сообщение было верно, тогда мы имели бы действительно уже в течение царского периода то, что носит впоследствии наименование *lex rogata*, то есть подлинное законодательство по предложению царя, с участием народных собраний. Однако, сообщение это в современной литературе считается недостоверным; и действительно, если бы эти 50 законов существовали, плебеи не имели бы оснований жаловаться на отсутствие писанных законов и требовать, как это было вскоре после установления республики, издания кодекса, получившего название XII таблиц.

Другой факт, как будто свидетельствующий о существовании так называемых «царских» законов, или *leges regiae*, заключается в следующем. В конце республики (время Цезаря) в Риме

циркулирует сборник таких законов, приписываемый некоему Папирию и потому получивший название *jus Papirianum*. Циркулирует он с комментариями, написанными Гранием Флакком. Странно, однако, что ни Цицерон, ни Варрон ни одним словом не упоминают об этом сборнике. Предполагают поэтому, что он в их время еще не был известен и что он составлен не тотчас после изгнания царей, как повествует об этом предание, а значительно позже. Что касается содержания *Jus Papirianum*, то отдельные постановления, передаваемые нам из него римскими юристами, несомненно, очень стары; но одни из них касаются сакрального права и жреческого ритуала, в чем народные собрания не были компетентны; другие, хотя и заключают нормы гражданского или уголовного права, но являются, несомненно, не законами, изданными царями, а исконными римскими обычаями: предание только приписало их тому или другому царю для придания им большей авторитетности. Таким образом, и этот сборник не доказывает существования *leges regiae*, и вопрос остается открытым.

Тем не менее, несмотря на отсутствие прямых доказательств, едва ли можно думать, что в Риме вплоть до установления республики законодательство не было известно. Уже вся так называемая реформа Сервия Туллия, если вообще не относить ее к периоду республики, мыслима лишь как планомерное законодательное создание. Едва ли можно думать, что в период царей не чувствовалось потребности регулировать те или другие отношения, почему либо обострившиеся, прямым установлением нормы. Но дело в том, что в силу принадлежащей царю власти он во многих случаях мог установить такую норму путем своего личного приказа — наподобие того, как это делали впоследствии республиканские магистраты в виде своих эдиктов. Такие царские распоряжения (их можно было бы назвать *leges dictae*), как было указано выше, принципиально имели силу только до тех пор, пока издавший их царь оставался у власти, но, вероятно, многие таким путем установленные нормы прочно вросли затем в жизнь и делались неотличимыми от обычая. Независимо от этого, в тех случаях, когда царь желал особенно опереться на мнение народа, он, вероятно, обращался и к народному собранию, и тогда устанавливаемая норма получала характер *lex rogata*. Но, конечно, такие *leges regiae* (как в одном, так и в другом виде) гораздо чаще встречались в области государственного управления, то есть в области публичного права, чем в области отношений частно — правовых, гражданских. При общей примитивности граждански — правовой жизни возможно, что в этой сфере все еще находилось под действием неписанных *leges majorem* и лишь отдельные конкретные отступления от обычного порядка (усыновление, завещание) нуждались в санкции народа.

§ 7. Уголовное право и уголовный суд

Охраняя общественный порядок, государство запрещает те или другие деяния, признаваемые им в этом отношении вредными, угрожая за совершение их такими или иными наказаниями. Система норм, определяющих, какие именно деяния признаются преступными и каким наказаниям подвергается преступник, составляет область уголовного права. В случае совершения кем — либо одного из таких запрещенных деяний государство в лице своих органов (судебных и полицейских властей) производит расследование, судит и соответственно приговору осуществляет наказание. Система норм, определяющих весь этот порядок производства, носит название уголовного процесса.

Круг деяний, признаваемых для всего общественного порядка вредными, чрезвычайно обширен: сюда входят не только деяния, затрагивающие общественный интерес прямо и непосредственно (например, измена, бунт, подделка монеты и т. д.), но и такие деяния, которые *prima facie* наносят вред какому — нибудь отдельному лицу, но в то же время (посредственно) угрожают и интересам всего общества — например, убийство, грабеж, воровство и т. д. Разумеется, этот круг преступных деяний не есть что — либо всегда — во все времена и у всех народов — одинаковое: деяние, признаваемое преступным в одну эпоху и у одного народа, может быть совершенно дозволенным в другую эпоху и у другого народа.

Примитивные народы уголовного права и уголовного суда в нашем, только что описанном, смысле не знают: неразвившаяся и неокрепнувшая государственная власть преследование преступлений еще не считает в числе своих задач. Деяния, возмущающие общее чувство всего народа, вызывают неорганизованную расправу, «самосуд» толпы над виновником («суд Линча»); деяния, направленные против тех или других отдельных лиц, вызывают месть самого потерпевшего или его близких. Государственная власть при этом ни во что не вмешивается.

Расправа и месть при известных условиях (меньшей остроте раздражения) заменяются выкупом по соглашению между преступником, с одной стороны, и потерпевшим или его близкими — с другой; такие соглашения носят название частных композиций.

Обычай частной мести в высокой степени, конечно, способствует накоплению в обществе обостренных отношений; он сеет иногда долговременную, переходящую из поколения в поколение и охватывающую широкие круги лиц (семьи, роды), ссору и вражду между сторонами обидчика и стороной потерпевшего. Происходящие отсюда внутренние смуты могут порою значительно

ослаблять силу народа, столь необходимую, особенно в ту отдаленную и беспокойную эпоху, для защиты от внешних врагов. Это обстоятельство и заставляет затем крепнущую постепенно государственную власть взять на себя регламентацию уголовного суда и наказаний. Но первые шаги государства в этом направлении еще робки и нерешительны. Пример такого переходного состояния представляет и Рим не только в период царей, но еще и в первые времена республики, как об этом свидетельствуют законы XII таблиц.

Преступления, непосредственно затрагивающие интерес всего общества (так называемые *delicta publica* — публичные деликты, то есть уголовные преступления, за которые виновный не просто несёт ответственность перед потерпевшим, но карается государством. Название это в самом римском праве классической эпохи не применялось (тогда подобные деяния именовались *crimina*, в противоположность частным правонарушениям — *delicta privata*, порождающим лишь обязанность выплатить штраф потерпевшему), уже подлежат в принципе суду государственной власти, то есть царя: неорганизованная расправа народа уже не считается явлением правомерным. По преданию, одной из старейших римских магистратур являются *duoviri perduellionis* (буквально: «коллегия двух по делам о государственных преступлениях»), помощники царя для расследования дел о государственной измене в широком смысле слова. Существование этих должностных лиц в эпоху царей может быть спорным, но едва ли может быть спорным то, что этого рода дела в принципе уже подлежат суду царя. Царь имеет неограниченное право наказания — *sollicitio*; он не связан при этом ни родом преступления, ни мерой наказания: он может привлечь к ответственности за всякое деяние, которое найдет преступным, и может наложить всякое наказание, какое найдет нужным. Уголовного права в настоящем смысле еще не существует: нет еще точных определений ни того, что преступно, ни того, что может быть наложено, как наказание. Какого — либо уголовного кодекса, хотя бы и несовершенно, еще нет; принцип современного права «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» («нет ни преступления, ни наказания без закона») еще не действует; все заключено еще в безграничной *coercitio* высшего представителя государственной власти, то есть царя.

Царь судит и решает, как первая, но в то же время и как высшая, окончательная инстанция; какой — либо апелляции на его решения не допускается. Царь может, конечно, предоставить окончательное решение дела народному собранию, но это для него отнюдь не обязательно.

Преступления против частных лиц, по общему правилу, еще рассматриваются как дело чисто частного самого потерпевшего, как *delicta privata*. Лишь немногие из них влекут за собой уголовное наказание, налагаемое по инициативе государственной власти, и, таким образом, переводятся в разряд *delicta publica*. Таково, например, убийство — *parricidium*; для дел об убийстве существовали, по преданию, особые *quaestores parricidii*, но о них нужно сказать то же самое, что было только что сказано о *duoviri perduellionis*; наказание за убийство — смертная казнь.

По законам XII таблиц уголовное наказание, и именно в виде смертной казни, влекут еще и некоторые другие преступления. Так, например, за умышленный поджог преступник, как сообщает Гай, «*vinctus verberatus igni necari iubetur*», то есть подвергается телесному наказанию и затем сжигается. Строго — тою же смертной казнью, *poena capitalis*, — караются, далее, преступления земледельческие: умышленное нарушение межевых знаков (*termini motio*; здесь примешивается еще сакральный мотив, ибо межи считались под охраной богов; вследствие этого, по римскому преданию, еще Нума установил: «*eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse*», то есть что и виновник, и быки, при помощи которых было совершено преступление, делаются обреченными каре богов, то есть последствиям «*sacer esto*»), похищение и истребление посевов («*suspensum Cereri necari iubebant*» — «обреченного [богине] Церере приказывают убить»), а равно их заколдование («*qui fruges excantassit*» — «кто заколдует плоды» и «*qui alienam segetam pellexarit*» — «кто переманит чужой урожай»). Наконец, *poena capitalis* влекло за собой и сочинение пасквилей («*si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*» — «если кто распевавал бы или сочинил песню, которая позор или бесславию для другого делает»). В какой мере, однако, эти последние деликты могут быть отнесены еще к эпохе до законов XII таблиц, сказать трудно.

За этими немногими и бессистемными исключениями все остальное сохраняет еще всецело частный характер. Так, например, членовредительство еще по законам XII таблиц предоставляется частной мести по правилу «око за око, зуб за зуб» — «*si membrum rupsit, ni cum eo pacit* (то есть если не состоится мировая сделка), *talio esto*» («если повредит член тела и не договорится с потерпевшим, пусть ему будет такое же воздаяние») — принцип талиона. За преступления менее важные частная месть уже, однако, запрещается; потерпевшему предоставляется только право требовать в свою пользу известный штраф. Этот штраф не есть штраф в смысле нашего уголовного права; он не взыскивается государственной властью для себя (не идет в казну), а рассматривается, как частный долг потерпевшему, который этот последний может взыскать, но может и не взыскивать. Он является заменой прежних добровольных соглашений; он уже таксирован государством, но и только: все остальное решается по началам частного, гражданского права, и потому об этих частных обязательствах из деликтов будет идти речь в истории гражданского права.

Таким образом, нормы законов XII таблиц представляют еще архаическую смесь разнородных

начал. С одной стороны, в случаях более тяжких преступлений еще царствует личная месть; с другой стороны, государство уже начинает вмешиваться в отношения между сторонами, заменяя мщение частными штрафами. Государство как будто решается на такое вторжение, но лишь в случаях более легких, не рискуя затрагивать частных отношений там, где оно может натолкнуться на большее личное раздражение потерпевших. Но если таково положение дел в эпоху XII таблиц, то есть в начале республики, то для периода царей мы должны предположить состояние еще более примитивное: еще менее государственной регламентации и еще больше элементов мести.

§ 8. Гражданский процесс

В понятие гражданского права (права собственности на определенную вещь, права требования к известному лицу и т. д.), по нашим нынешним представлениям, как необходимый элемент, входит и представление о защите государством: мы не считали бы права правом, если бы не были уверены, что, в случае его нарушения кем — либо, мы можем потребовать для нашей защиты государственную власть со всем ее моральным авторитетом и внешнею силой. Мы предъявляем иск, то есть обращаемся к органам государственной власти с требованием о защите нашего нарушенного права; государственная власть, в лице своих судебных органов, разбирает нашу претензию и, в случае признания ее основательной, восстанавливает наше право тем или другим способом. Порядок деятельности истца и ответчика, равным образом порядок деятельности судебных властей, определяется более или менее точно законом и составляет область так называемого гражданского процесса.

Что касается древнего Рима, то каких — либо прямых указаний на то, как обстояло дело в этой области в эпоху царей, мы не имеем. Ввиду этого приходится и здесь взять время несколько более позднее, но более нам известное (например, тех же законов XII таблиц), и затем, установив общее направление исторической эволюции, делать обратные заключения относительно эпохи предшествовавшей.

Главным источником (хотя и неполным) наших сведений о древнем гражданском процессе в Риме является римский юрист II века по Р. Х. Гай, который касается этого вопроса в четвертой книге своего дошедшего до нас сочинения «*Institutiones*» (§§ 10–29).

Гай сообщает, прежде всего, что древнейшей формой гражданского процесса были в Риме так называемые *leges actiones*. Почему процесс этого периода называется *legis actio*, на этот вопрос Гай дает двойственный ответ: или потому, говорит он, что эти формы процесса были созданы законом («*vel ideo quod legibus proditae erant*»), или потому, что в них претензии спорящих сторон должны быть выражены словами того закона, на который они опираются («*vel ideo ipsarum legum verbis accommdatae erant*»); так, например, предъявляя иск о порубке ветвей, нельзя было говорить «*vites*», а надо было употребить слово «*arbores*», ибо относящийся сюда закон XII таблиц говорил только *de arboribus succisis* («о порубленных деревьях»). Несоблюдение надлежащей формулы влекло за собой полную потерю процесса.

Однако, ни то ни другое объяснение Гая не может быть принято, ибо в то время, к которому относится зарождение этих форм суда, мы не можем предположить существования такого большого количества законов, *leges*, которые регулировали бы и ход производства, и самое гражданское право с надлежащими подробностями. Вероятно, «*lege agere*» в древнейшее время обозначало просто — действовать, осуществлять право законным образом в противоположность незаконному насилию.

Существовало, продолжает затем Гай, пять основных форм *legis actio*: *sacramento*, *per iudicis postulationem*, *per conductionem*, *per manus injectionem* и *per pignoris capionem*. Вслед за тем он приступает к описанию этих форм, но значительная часть этого описания для нас в манускрипте потеряна, вследствие чего недостающее приходится восполнять другими, по большей части очень отрывочными сообщениями.

Но прежде, нежели мы приступим к общему описанию указанных форм, необходимо указать, что для начала процесса непременно необходимо личное присутствие как истца, так и ответчика. При этом существенным вопросом является, конечно, как заставить ответчика явиться в суд, иначе своим уклонением он мог бы парализовать самую возможность процесса. Характерной чертой древнеримского права служит то, что государственная власть сама не вызывает ответчика и не принуждает его в случае упорства к такой явке; доставить ответчика на суд — это дело самого истца. С этой целью истцу дается своеобразное средство, носящее название *in jus vocatio* («вызов на суд»); ему посвящены первые постановления законов XII таблиц, но конечно, это средство не создано законами XII таблиц, быть может, только точнее регламентировано.

Законы XII таблиц говорят: «*Si in jus vocat ito; ni it, antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacio*» («Если вызывают на суд, пусть [вызванный] идет; если не идет, пусть [истец] призовет свидетелей и затем берет его силой. Если тот уклоняется или скрывается, пусть [истец] наложит на него руку»).

Согласно этому постановлению, истец может потребовать от ответчика явки в суд там, где он его встретит (однако, вторгаться в дом истец не должен), причем ответчик обязан немедленно подчиниться этому требованию («*ito*»). В случае отказа истец должен опротестовать этот отказ перед свидетелями («*antestamino*») и задержать ответчика силой («*igitur em capito*»); в случае сопротивления или попытки к бегству, ответчик подлежит *manus injectio* (см. ниже), то есть *eo ipso* делается как бы приговоренным по суду в полное распоряжение истца.

Если для ответчика следовать сейчас же в суд неудобно, то он может дать истцу обещание явиться в какой — нибудь другой день, подкрепив это обещание поручительством какого — либо другого лица. Такой поручитель называется *vas*, а самое поручительство *vadimonium*. Равным образом, к *vadimonium* прибегают и тогда, если во время производства дела окажется необходимым отложить его до другого дня.

Когда стороны явились в суд, то есть в эпоху царей — к царю, то ход дела будет различным в зависимости от указанных выше *modi agendi* («способы ведения дела»), то есть форм *legis actio*.

1) Первая форма, *legis actio sacramento* (или *sacramenti*, или *per sacramentum*), есть, в описании Гая, по существу, процесс — пари. Стороны высказывают в торжественных формулах свои претензии и назначают в залог своей правоты известную денежную сумму, которая и называется *sacramentum*, откуда название самой формы. Суд формально решает затем вопрос о том, чей залог проигран — «*utrius sacramentum iustum sit, utrius iniustum*»: сторона правая получает свой залог обратно, сторона неправая теряет его в пользу казны. Но, само собой разумеется, решая этот формальный вопрос, суд *implicite* решает вопрос и о самой претензии истца по существу.

Legis actio sacramento, по свидетельству Гая, есть общая форма процесса; в этой форме могут быть ведены всякие иски, для которых не установлено какой — либо иной формы. Но эта общая форма приобретает известные модификации в зависимости от того, идет ли спор о принадлежности какой — либо вещи (*actio in rem*) или же о долге ответчика истцу (*actio in personam*).

а) Первый случай: истец и ответчик спорят о вещи (*actio in rem*). Помимо указанной выше необходимости личной явки обеих сторон, для того, чтобы процесс в этом случае мог начаться, необходима еще и наличность самой спорной вещи. Если спор идет о вещи движимой, то она должна быть принесена, приведена или привезена на суд; если вещь такова, что доставка ее затруднительна, то приносит какую — либо часть ее: кусок от спорной колонны, овцу или козу из спорного стада и т. д. Если предмет спора вещь недвижимая (участок земли), то стороны с особыми обрядами отправляются на спорный участок, берут оттуда кусок земли, приносят его (вся эта процедура носит название *manum consertio*), и затем этот кусок фигурирует на суде, как самый участок.

Процесс открывается тем, что истец, держа в руках особую палку (*vindicta* или *festuca*), произносит формулу, заключающую в себе утверждение его, истца, права на вещь: «*hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*» («Я утверждаю, что эта вещь принадлежит мне по праву квиритов; так как я это заявил, вот тебе налагаю виндикту»), и одновременно накладывает на вещь свою *vindicta*. Этот акт истца носит техническое название *vindicatio*. На этот акт истца следует ответный акт ответчика — так наз. *contravindicatio*: ответчик с своей стороны говорит то же самое и также накладывает на вещь свою *vindicta*. Тогда вступает в действие магистрат, перед которым все это совершилось, и приказывает: «оставьте оба вещь» — «*mittite ambo rem*». Стороны снимают палки, и затем истец обращается к ответчику с вопросом: *Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?* — то есть не скажешь ли, на каком основании ты виндицируешь? Ответчик на это, вероятно, мог дать объяснение, но мог и не дать, заявить просто: «таково мое право» — «*jus feci, sicut vindictam imposui*». В таком случае истец обращается к ответчику с предложением установить залог — *sacramentum*: «*Quando tu injuria vindicavisti, quingenti aeris sacramento te provoco*» («Поскольку ты неправомерно виндицировал, я требую; чтобы ты назначил 500 ассов в залог»), на что ответчик отвечал аналогичным предложением по адресу истца: «*et ego te*» («и я от тебя [требую]»). Сумма залога в XII таблицах была таксирована: если спорная вещь была дороже 1000 ассов, то *sacramentum* должно было равняться 500 ассов, если дешевле, то 50. Эта сумма полагалась первоначально *ad pontem*, то есть в кассу понтификов, позже в *aerarium*, то есть в общую государственную казну. Первоначально залог давался сторонами реально и в самом начале процесса, то есть тотчас же после *provocatio sacramento*; позже стороны только давали обещание уплатить залог, если процесс будет проигран.

После установления *sacramentum* магистрат регулирует владение спорной вещью на время процесса: он может пока что отдать ее либо истцу, либо ответчику, что технически называется «*vindicias dicere secundum actorem*» или «*secundum rem*». Сторона, получившая вещь, должна, однако, дать магистрату поручителей — так называемых *praedes litis et vindiciarum* — в том, что если вещь впоследствии будет присуждена противнику, то как самая вещь (*lis*), так и все ее доходы (*vindiciae*) будут выданы последнему.

Когда, наконец, и этот вопрос покончен, наступает торжественный момент — *litiscontestatio* (буквально: «засвидетельствование спора»): стороны обращаются к заранее приглашенным

свидетелям с торжественным воззванием: «*testes estote!*» — то есть «будьте свидетелями всего здесь происшедшего».

Моментом *litiscontestatio* заканчивается первая стадия производства — так называемое производство *in iure*, совершающееся перед магистратом. Как видим, оно не включает в себе ни разбора дела, ни приговора; для всего этого процесс должен перейти во вторую стадию — *in iudicium*. После *litiscontestatio* первоначально тотчас же стороны, при участии магистрата, выбирают себе сами судью из частных лиц — *iudex*, который затем разберет спор и произнесет приговор уже без всякого участия государственной власти. Для производства в этой второй стадии не существует уже ни форм, ни обрядов заявления сторон, приведение доказательств и т. д. — все это совершается просто и свободно.

b) Если спор шел о каком — либо обязательстве (долг — *actio in personam*), то полного описания ритуала для этого случая мы не имеем. Вероятно, однако, что истец начинал с утверждения: «*Aio te mihi centum dare oportere*», то есть «я утверждаю, что ты должен уплатить мне 100»; ответчик отрицал: «*nego me tibi centum dare oportere*» («я отрицаю, что должен тебе 100»), и затем процесс шел указанным выше порядком: *provocatio sacramento*, *litiscontestatio* и переход дела *in iudicium*.

2) Вторая форма *legis actio* есть *legis actio per manus injectionem* или *manus injectio* просто. Она применяется только к известным искам из обязательств. Порядок производства при этом состоит в следующем.

Истец приводит ответчика в суд (перед трибунал магистрата) и здесь, произнося формулу «*quod tu mihi damnatus es sestertium X milia, quod non solvisti, ob eam rem ego tibi manum iniecio*» («так как ты мне должен 10000 сестерциев, поскольку не уплатил, по этой причине я на тебя налагаю руку»), накладывает на него руку. Если ответчик здесь же, немедленно, не уплатит (что, по общему правилу, и бывает, ибо, если бы ответчик мог уплатить, он уплатил бы ранее), то истец уводит должника к себе, может заключить его в оковы. В продолжении 60 дней истец держит должника у себя, но в течение 3 рыночных дней он должен выводить должника на рынок и здесь объявлять сумму его долга — в предположении, что, может быть, найдутся лица, которые пожелают его выкупить. По истечении 60 дней должник предоставляется на полную волю кредитора: он может его или убить, или продать в рабство *trans Tiberim*. «*Tertiis nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*» («В третий базарный день они предавались смертной казни или поступали в продажу за границу, за Тибр») — говорит Авл Геллий. Если окажется несколько кредитов, то, постановляя законы XII таблиц, они могут рассечь несостоятельного должника на части пропорционально размерам своих требований, но если кто — либо из них (по ошибке) отсечет больше или меньше, то это ему не ставится в вину: «*Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*» («В третий базарный день пусть рубят на части [должника]. Если отрубят больше или меньше, пусть это не подлежит наказанию»). Некоторые из современных ученых думали избежать такого буквального понимания этого положения тем, что относили слова о рассечении не к телу должника, а к его имуществу. Но такое толкование не может быть принято: если уже дело доходило до продажи должника в рабство, стало быть, у него никакого имущества нет. Правило это отражает в себе ту древнейшую эпоху обязательственных отношений, когда обязательство давало кредитору право на самую личность должника и взыскание по долгу легко переходило в месть за неплатеж (ср. приведенные выше слова Авла Геллия, «*capite poenas dabant*»).

Если бы ответчик, подвергнувшийся *manus injectio*, захотел оспаривать существование долга, захотел «сбросить с себя руку», то сам он этого уже сделать не может: ему не позволяется «*manum sibi depellere et pro se lege agere*» (сбросить с себя руку и защищать себя в гражданском процессе). За него должно выступить какое — либо другое лицо — так называемый *vindex*, который, отстранив руку истца, освободит этим самым ответчика окончательно, но примет весь спор уже на себя и, в случае неосновательности своего вмешательства, платит вдвое (отвечает *in duplum*).

3) Третья форма — *legis actio per pignoris capionem* или *pignoris capio* просто. Сущность этой формы состоит в том, что лицо, имеющее известное требование к другому, в случае неплатежа, произнося какие — то, до нас не дошедшие «определенные и торжественные слова» («*certa et solemnia verba*»), берет себе какую — нибудь вещь неисправного должника; это и называлось *pignoris capio*. Совершает он это без участия представителя государственной власти и даже, может быть, в отсутствие самого должника. В этом последнем обстоятельстве заключается существенное отличие *pignoris capio* от остальных *legis actiones*, и это отличие заставляло уже некоторых из римских юристов не признавать *pignoris capio* за *legis actio*. Применялась эта форма лишь к некоторым требованиям особого религиозного или публичного характера: так, например, *pignoris capio* имеет продавец животного, предназначенного для жертвоприношения, против его покупателя по поводу покупной цены, а также отдавший в наем свое животное против нанявшего, если наемная плата была предназначена для жертвоприношения; равным образом *pignoris capio* имели воины против *tribunus aerarius* за неплатеж им жалованья, и нектор. др.

4) Относительно четвертой формы — *legis actio per iudicis postulationem* — мы имеем

чрезвычайно скудные сведения: соответствующее место Институций Гая для нас потеряно. Сохранилась только формула обращения к магистрату у грамматика Валерия Проба: «*te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des*» («требую, чтобы ты претор, дал присяжного или третейского судью»). Предполагают, что особенность этой формы заключалась в том, что после обычных заявлений сторон перед магистратом (*in iure*) спорящие обращались не с *provocatio sacramento* друг к другу, а с просьбой к магистрату назначить им судью для разбора их претензий (*iudicis postulatio*). Затем следовала *litiscontestatio* и дело переходило *in iudicium*. — Область применения этой формы также неясна: по мнению одних, она употребляется в таких исках, где дело идет более о посреднической деятельности судьи, — например, в исках о разделе общего имущества и т. п.; по мнению других, это более поздняя форма *legis actio* и притом форма факультативная для всяких исков из обязательств: для того, чтобы избежать риска потерять *sacramentum*, стороны, по взаимному соглашению, могли прибегнуть к простой *iudicis postulatio*. Впрочем, того, что эта форма возникла позже перечисленных ранее, не отрицают и представители первого мнения (например, Н. Жирар), причем сомнительным представляется даже, существовала ли она в эпоху XII таблиц.

5) Наконец, последняя, пятая форма — *legis actio per condictionem*. Но и относительно этой формы мы имеем отрывочные сведения: из рассказа Гая о ней мы можем прочесть только несколько строк. В этих строках Гай говорит, прежде всего, о том, что название этой формы происходит от слова «*condicere*», а *condicere* значит *denuntiare* (оповещать): истец *condicit* ответчику, чтобы тот явился через 30 дней для получения судьи. На основании этого предполагают, что эта *legis actio* состояла из следующих актов: заявление претензий перед магистратом («*aio te mihi 100 dare oportere*» — «него тебе 100 дать должно»), затем указанная *condictio* — *denuntiatio* и *litiscontestatio*. По прошествии 30 дней стороны снова являются для выбора судьи, и дело переходит *in iudicium*. Затем Гай недоумевает, зачем понадобилась эта форма, когда для исков из обязательств можно было пользоваться как *legis actio per sacramentum*, так и *legis actio per iudicis postulationem*. Наконец, он сообщает, что эта форма была введена двумя законами — *lex Silia* (ок. 204 г. до н. э. ввел упрощенный иск *legis actio per condictionem*, направленный на возвращение денежных сумм) для исков о *certa pecunia* и *lex Calpurnia* для исков *de alia certa re* («определенная денежная сумма»; *de alia certa re* — «относительно другой определенной вещи»). Таким образом, *legis actio per condictionem* является уже самой поздней формой и принадлежит довольно далеко продвинувшемуся республиканскому периоду.

Таковы пять форм древнего римского гражданского процесса в таком виде, как он действовал в первую половину республиканского периода и как он описан нам Гаем, который уже сам имел о них далеко не полные сведения. Что из описанного и в каком виде действовало в эпоху древнейшую — до республики, определить, конечно, в высшей степени затруднительно; но несомненно во всяком случае, что система *legis actionis* является пред нами в этом описании далеко не в своем первоначальном виде: многие странные черточки этого процесса переносят нас во времена очень отдаленные.

Странною, но вместе и характерною, чертой описанного древнеримского процесса является, прежде всего, разделение его на две стадии — на *jus* и *iudicium*. Магистрат, перед которым дело начинается, не сам его решает, а передает на разбор и решение другому, и притом частному, лицу (*judex privatus*). Казалось бы, можно было обойтись или без первого (*jus*), или без второго (*iudicium*). Надлежащее объяснение этого явления вызывает большие затруднения.

Спорно, прежде всего, время возникновения этого деления: есть ли оно исконное явление римского процесса или же представляет собою установление какого — либо более позднего исторического времени? Многие полагают, что оно было постоянным свойством римского процесса, возникнувшем еще во времена доисторические, что уже в период царей судебное разбирательство делилось на эти две стадии. Другие, напротив, думают, что в царский период деления не было: царь сам разбирал и сам постановлял свой приговор; деление же на *jus* и *iudicium* возникло лишь в эпоху республики.

Не менее спорен и самый смысл этого деления. Из какой идеи оно вытекает и каким целям оно служит? Наиболее распространено мнение, что оно имело, так сказать, конституционное назначение: передача разбора по существу в руки особого присяжного судьи должна была гарантировать спорящих против пристрастных приговоров магистратов; с этой точки зрения, деление процесса должно было возникнуть не ранее установления республики.

Быть может, подобная идея гарантии способствовала сохранению этого деления в течение более позднего времени, но едва ли она вызвала его к жизни. Некоторые другие столь же характерные черты *legis actiones* указывают, как нам кажется, на совершенно иное происхождение как этого деления, так и всего строения древнеримского процесса. Чтобы найти ключ к его пониманию, мы должны заглянуть далеко назад — в сумрак того времени, когда государство далеко еще не было всем в зарождающемся обществе.

Подобно тому, как в области уголовного права государственная власть в древнейшие времена не вмешивалась в отношения между частными лицами, предоставляя самим потерпевшим ведаться с

преступником, — так же точно и в области гражданских отношений древнейшим способом осуществления и защиты прав было самоуправство : кто — либо завладел моею вещью, не заплатил мне долга, — мне ничего другого не остается, как самому, собственною силою, взять вещь назад или заставить должника уплатить долг.

Не что иное, как именно такое самоуправство и представляют собою две из описанных *legis actiones* — *pignoris capio* и *manus injectio*. *Pignoris capio* совершается даже без участия магистрата; здесь нет ни *jus*, ни *judicium*, и единственное, что придавало этой форме характер процесса, это те «*certa et solemnia verba*» («определенные и торжественные слова»), которые при захвате вещи произносились; это был знак, что совершается не грабеж, а осуществление обязательства. Конечно, тот, кто злоупотребил бы этими торжественными словами, подлежал бы ответственности как вор и грабитель, а, может быть, сверх того, уголовной или сакральной каре. — В Риме эта форма сохранилась лишь для некоторых особо привилегированных требований, но у многих других народов захват вещей должника является нормальным способом осуществления обязательств: такова, например, *aussergerichtliche Pfändung* (внесудебный арест имущества нем.) древнегерманского права.

Manus injectio, захват самой личности должника, представляет другой, столь же естественный по древним понятиям, способ такого же осуществления: обязательство в то время связывало и подчиняло самую личность должника, как бы закладывало его самого кредитору. В случае неплатежа долга кредитор накладывает на него свою руку и уводит к себе, то есть делает как раз то, что составляет содержание *manus injectio*. Но по законам XII таблиц *manus injectio* совершается уже перед лицом государственной власти («*in jus ducito*»). При нормальном положении дел магистрат присутствует лишь в качестве пассивного зрителя (так наз. *addictio* должника кредитору есть явление более позднего времени: и законы XII таблиц, и Гай говорят о простой *ductio* кредитора). Но должник может оказать кредитору сопротивление, кредитор может не обратить внимания на протест *vindex'a*, — и тогда участие и помощь магистрата могут понадобиться. Государственная власть, таким образом, уже присутствует при осуществлении прав, но не в целях разбора и суда, а в целях охраны порядка, то есть в известном смысле с точки зрения полицейской.

Если дело шло не о долге, а о вещи, если кто — либо завладевал чужою вещью, то лицо, у которого она была незаконно отнята, в древнейшее время должно было собственною силою возратить ее себе. Но, конечно, в большинстве случаев оно наталкивалось на сопротивление, и тогда спор могла решить только реальная, физическая борьба сторон. Неверность исхода этой борьбы заставляла иногда спорящих идти или на мировую сделку, или обращаться к третейскому суду (совершенно так же, как в области уголовного права), но и то, и другое зависит от доброй воли обеих сторон, и потому, несмотря, быть может, на свою общую распространенность в жизни, является исходом необязательным.

Когда упрочившаяся и окрепнувшая государственная власть начинает обращать большее внимание на внутреннее устройство государства, распри частных лиц, их семей и родов по поводу всяких (уголовных и гражданских) обид начинают признаваться ею явлением нежелательным. И вот тогда то на место прежнего неорганизованного порядка охраны прав устанавливается новый.

При этом, однако, мыслимы различные дороги. Большинство известных нам народов, запрещая месть и самоуправство, создают постепенно особые судебные органы, которые и решают споры от имени государства, выводя свою компетентность и силу не из какого — либо соглашения сторон, а из понятия государства и власти. Говоря иначе, государственная власть, запрещая самоуправство, сама берет на себя решение споров и защиту поправленных прав.

Римский народ, однако, избрал себе иной путь — не путь создания государственных судов, а путь усвоения и обобщения института третейских судов. Древнейшая римская государственная власть лишь прекращает физическую борьбу сторон и затем заставляет спорящих так или иначе прийти к соглашению о третейском суде, который затем и разберет спор по существу.

Все это и отражается, как в драматической картине, в описанном выше ритуале *legis actio sacramento*. Прежде всего, государственная власть не вызывает ответчика; она появится только тогда, как стороны сошлись сами. В акте *vindicatio* и *contravindicatio* стороны обращаются отнюдь не к магистрату со своими заявлениями, а исключительно друг к другу; каждая из сторон готова от слов перейти к делу: каждая накладывает на вещь свою *vindicta*, которая является символом копья; обе готовы вступить в реальную борьбу за вещь. Но в этот момент вмешивается государственная власть своим приказом: «*mittite ambo rem!*» («оставьте вещь оба!»). Борьба прекращена, и сторонам ничего другого не остается, как вступить на тот путь, который, как сказано, был и без того уже частым, — на путь соглашения о третейском суде. Это соглашение и создается посредством *provocatio sacramento* и окончательно заключается в торжественном акте *litiscontestatio*. Собственный разбор и приговор произойдет уже у третейского судьи (*judex privatus*), *in judicio*; производство же *in jure* является историческим отложением того времени, когда государственная власть ставила своей задачей только предотвратить возможную борьбу сторон и перевести спор на путь мирного разрешения. Вместе с тем опять — таки выясняется административно — полицейская цель начальственного участия

магистрата.

Если *ignoris capio* и *manus injectio* возникли как формы для осуществления долговых претензий, то, напротив, несомненно древнейшей сферой *legis actio sacramento* были именно споры о вещи, то есть о праве собственности. Перенесение этой формы на иски из обязательств явилось продуктом уже дальнейшего развития.

В историческое время судьями *in iudicio* являлись светские частные лица. Однако, название процессуального залога *sacramentum* и известие о том, что он шел первоначально в кассу понтификов, а также то обстоятельство, что в более позднее время словом *sacramentum* обозначается присяга солдат, — все это заставляет предполагать, что в эпоху доисторическую *legis actio sacramento* имела иной характер. *Sacramentum* и здесь, вероятно, представляло присягу сторон: остановленные властью в начале борьбы, стороны подтверждали свои претензии присягой, и тогда естественно возникал вопрос, кто из них присягнул ложно, а это подлежало, как указано выше, суду понтификов. Признанный присягнувшим ложно должен был уплатить известный штраф, как сумму *expiatio* (религиозное очищение). По мере прогрессирующей эмансипации светского права от сакрального эмансипировался и гражд. процесс: исчезла присяга, а прежний сакральный штраф превратился в денежный процессуальный залог; вместо понтификов судить *in iudicio* стали светские *judices privati* («частные судьи»).

Рассмотренные три формы *legis actio* являются древнейшими; своими корнями они уходят далеко вглубь доисторических времен. Напротив, две последние формы принадлежат уже к новейшим историческим наслоениям. *Legis actio per iudicis postulationem* есть упрощенная форма, при помощи которой можно добиться приговора без риска для той или другой стороны потерять сумму процессуального залога, и именно этому обстоятельству она, вероятно, обязана своим происхождением. *Legis actio per condictionem* является уже бесспорным созданием республиканской эпохи.

Изложенный анализ древнеримских процессуальных форм показывает нам и в этой области переходную стадию: с одной стороны — сильны еще переживания времен примитивного самоуправления, с другой стороны — государственная власть уже начинает проявлять свою деятельность в смысле регламентирования частных отношений. Во всех областях мы присутствуем при зарождении правового порядка, при его первых, еще нерешительных шагах.

§ 9. Так называемая реформа Сервия Туллия и падение царской власти

Эпоха, которую мы охватываем общими скобками под именем царского периода, отнюдь не является временем какой — либо неподвижности; на протяжении этого периода происходили, конечно, разнообразные изменения в общественной жизни и в правовом строе. Однако, наступило время, когда жизнь стала в радикальное противоречие с самыми основами этого строя и потребовала радикальных реформ. И действительно, римское предание сообщает нам о таких реформах, приписывая их предпоследнему царю — Сервию Туллию. Так же, как и многое другое, это предание современными историками, однако, подвергается критике и сомнению.

Некоторые из ученых относят эти реформы уже к республиканскому периоду; думают даже, что они являются не продуктом единого законодательного акта, а суммой многих частичных изменений. Но если а priori можно предположить, что римское предание изображает нам ход реформ не совсем так, как было в действительности, то, с другой стороны, и предлагаемые взамен гипотезы современных ученых нередко очень рискованны и мало убедительны.

Как было указано выше, древнеримский общественный и государственный строй был всецело рассчитан на коренных, изначальных жителей общины, опирался на их родовую организацию. Позднейшие переселенцы, плебеи, стоя вне патрицианских родовых связей, стояли и вне политической жизни: они не принимали участия в решении общественных дел, но зато не несли и общегражданских повинностей — военной, податной и т. д. Это были своего рода «захребетники», «*Hintersassen*» (термин, обозначающий безземельных крестьян в поместье феодала, нем.) общины, для которых *de jure* Рим оставался чужбиной.

Такое положение дел могло не возбуждать внимания лишь в те времена, когда подавляющим элементом населения были патриции, а класс пришельцев — плебеев был немногочислен. Когда же этот последний класс значительно разросся и пустил прочные корни в Риме, его изолированное положение делалось все более и более общественной аномалией. С одной стороны, сами патриции мало — помалу привыкают смотреть на плебеев, как на постоянную составную часть римского населения; с другой стороны, плебеи, для которых интересы их новой отчины, Рима, делаются все более и более небезразличными, начинают обнаруживать стремление к участию в общинных делах.

Существует предание, что уже Тарквиний Приск имел мысль составить из плебеев новую (четвертую) трибу на равных правах с прежними, но его попытка разбилась о сопротивление жрецов. Пришлось остановиться на компромиссе: из среды плебеев были выбраны некоторые *familiae* и включены под именем *gentes minores* («младшие роды») в состав прежних трех триб. Насколько

достоверно это предание, трудно сказать. *Gentes minores* действительно существуют впоследствии среди патрицианских родов, но таково ли их происхождение, как говорит римское предание, неизвестно. Как бы то ни было, если даже реформа Тарквиния Приска подлинная историческая правда и если она действительно имела в виду плебеев, — она не изменила основных принципов государственного строя, а только пополнила старые организации новыми лицами.

Гораздо более серьезное и принципиальное значение имела реформа, приписываемая Сервию Туллию. Пусть и автор и время ее сомнительны, но общие основы ее, дошедшие до времен более достоверных неизменными, более или менее ясны.

Было бы, конечно, неправильно думать, что эта реформа была задумана и проведена, как реформа политическая прежде всего, как это представляли себе позднейшие римляне. Наиболее важной практически и наиболее вразумительной для патрициев стороной отмеченной выше общественной аномалии было то обстоятельство, что одни патриции несли на себе всю имущественную и личную тяготу воинской повинности. Целый значительный класс населения оставался в этом последнем отношении совершенно неиспользованным. Вследствие этого возникало полное несоответствие между действительным населением Рима и количеством выставляемого им войска. А между тем потребности обороны и растущие завоевательные стремления Рима требуют все большего и большего напряжения всех его личных сил. Представлялось поэтому желательным прежде всего как — нибудь привлечь всю массу плебеев к участию (личному и имущественному) в несении воинской повинности. И действительно, вся так называемая реформа Сервия Туллия есть по основной идее своей реформа воинская и податная. Достигнуть указанной цели можно было только радикальным изменением самого основного фундамента этих повинностей, заменив принцип происхождения вместе с его родовой и куриальной организацией народа и войска принципом имущественной состоятельности каждого.

Главным же мерилom имущественной состоятельности в ту эпоху являлось количество обрабатываемой каждой семьей земли. Поэтому прежде всего представлялось необходимым установить надлежащий способ для учета поземельных владений. С этой целью вся римская территория была разделена на известное количество округов, которые называются также трибами (*tribus*), но которые не имеют ничего общего со старыми племенными трибами *Ramnes*, *Tities* и *Luceres*. Какое количество округов было образовано первоначально, мы не знаем. В начале республики мы находим 3 городские трибы в самом Риме (*tribus Palatina*, *Collina*, *Esquilina* и *Suburana*) и 16 или 17 сельских триб (*tribus rusticae*; большинство из них носит еще родовые названия — см. выше) вне его; но появились ли все они сразу или же первоначально существовали только *tribus urbanae*, вопрос спорный. Являясь, таким образом, известную «земской» единицей, триба избирала себе особого «старосту» — *tribunus aegrarius*, на обязанности которого лежало участие в определении имущественной состоятельности граждан, собирание податей и уплата жалованья.

На основании таким образом, выясненного имущественного положения каждого, все граждане, то есть как патриции, так и плебеи, распределялись затем на пять классов, которые являлись в то же время и различными по степени вооружения разрядами войск: более состоятельные должны были являться и с более полным собственным вооружением. Имущественные нормы, служившие основанием для распределения по классам, переданы нам позднейшими римскими историками в виде известных денежных норм: первый класс от 100 тысяч ассов, второй от 75 до 100 тысяч и т. д. Более вероятным, однако, представляется, что вначале это были нормы землевладения. К первому классу причислялись граждане, владевшие свыше 20 югеров земли, ко второму от 15 до 20, к третьему от 10 до 15, к четвертому от 5 до 10 и к пятому лица, владевшие менее 5 югеров. О значении этих земельных норм было сказано выше. Граждане, являвшиеся землевладельцами и потому состоявшие в той или другой трибе — *tribules* — и вошедшие в тот или другой класс, назывались *adsidui* и *classici*.

Каждый из классов выставял известное количество военных отрядов, *центурий*: первый класс 80, второй, третий и четвертый по 20 и пятый 30. Все эти *центурии* разделялись на *centuriae juniorum* и *centuriae seniorum*, в каждом классе по равному числу. В *centuriae juniorum* входили лица в возрасте от 17 до 46 лет, в *centuriae seniorum* лица от 46 до 60 лет; первые составляли основную боевую линию, вторые — резерв. Кроме этих классовых *центурий*, в состав армии входили 18 *центурий* всадников, набравшихся из граждан первого класса, 2 *центурии* мастеров (*fabri tignarii* (плотники) и *fabri ferrarii* (кузнецы)), 2 *центурии* музыкантов (*cornicines* (флейтисты) и *tubicines* (трубачи)) и, наконец, 1 *центурия* из лиц, не входивших в классы, не землевладельцев, так называемые *proletarii* или *capite censi*. Таким образом, общее число *центурий* было 193.

В этом разделении на *центурии* возбуждает прежде всего внимание неравное количество их в классах. Можно было бы думать, что *центурии* были неравны и что большее количество их в первом классе, чем в остальных, объясняется желанием дать преобладание богатым над бедными; это предположение было бы не лишним основанием, если бы было доказано, что вся эта реформа имела в виду прежде всего цели политические, а именно это представляется неправдоподобным. Вероятнее, поэтому, другое объяснение: *центурии*, как известные военные отряды, были

приблизительно одинаковой численности; если же в первом классе их более, чем в остальных, то потому, что и в действительности большинство тогдашнего римского населения состояло из граждан, владевших не менее 20 югеров земли. При таком предположении распределение центурий по классам может служить картиной землевладения.

Несколько иначе стоит вопрос о разделении на *centuriae juniorum* и *seniorum*: статистика показывает, что во всяком обществе лиц от 17 до 46 лет гораздо больше, чем лиц старше 46 лет. Остается, поэтому, предположить, что резервные центурии стариков по своей численности были менее центурий молодых.

Раз основой для распределения повинностей было поставлено имущественное состояние каждого, то очевидно, что оценка и составление списков должны были возобновляться периодически. Эта оценка (*sensus*) производилась приблизительно через каждые 5 лет и заканчивалась особыми религиозными обрядами (*lustratio*, отчего и пятилетний период называется *lustrum*).

Каждый гражданин должен был, таким образом, являться со своим оружием; для других надобностей народной обороны каждый, опять — таксообразно своему имущественному положению, должен был платить подать, которая называлась *tributus* или *tributum*. Она, впрочем, не имела характера регулярной подати, а назначалась в случае надобности царем (*rex imperat tributum* («царь приказал [уплатить] налог»)), при счастливом исходе войны (большая военная добыча) возвращалась плательщикам и, таким образом, имела скорее характер принудительного займа на время. Всадники получали, по общему правилу, лошадь от государства (*equites equo publico* («всадники с общественным конем»)), содержание же ее оплачивалось лицами, не подлежавшими воинской повинности (вдовы и самостоятельные несовершеннолетние); они платили особую подать — *aes equestre* и *aes hordearium* (*hordeum* — ячмень). Взимание податей и уплата содержания самим государством не производились: всадник должен был обратить свое взыскание непосредственно или к *tribunus aerarius* или к тем лицам, которые были для него, как плательщики, назначены.

Описанная реформа имела громадное и принципиальное и практическое значение для дальнейшей римской истории. Несмотря на то, что она не уничтожала старого патрицианского строя с его *comitia curiata*, несмотря на то, что она имела в виду *prima facie* цели воинские, — она создала форму, в которую вошла затем незаметно и крупная реформа политическая.

Благодаря ей образовался, прежде всего, новый вид общенародной организации — *comitia centuriata*. Первоначально, конечно, это было не что иное, как только собрание войска, расположенного боевым строем на Марсовом поле. Однако, мало — помалу, в силу фактических условий жизни, *comitia centuriata* стали новым органом, при посредстве которого весь римский народ (с плебейми включительно) мог выражать свою волю. Первоначально, вероятно, голос такого собрания, то есть войска, имел значение только для вопросов войны и военного дела, но затем, вследствие более или менее тесной связи с ними и других вопросов политики, компетенция (поскольку вообще для того времени можно говорить о компетенции) *comitia centuriata* постепенно расширялась в ущерб старым *comitia curiata*.

Вместе с тем существенно изменилось и положение плебеев: участвуя в войске, они приобрели теперь возможность участвовать и в народном собрании. Правда, первое время они не могли фактически играть в нем влиятельной роли: граждане первого класса, в большинстве состоявшие, конечно, еще из патрициев, как сказано, давали 98 центурий и, следовательно, обладали 98 голосами из общего числа 193; они, таким образом, при единогласии в своей среде всегда имели перевес. Важно, однако, уже то, что патриции преобладают уже не как патриции, а лишь как более состоятельные землевладельцы. Попастъ же в число последних и плебейм дорога не закрыта. Плебеи вышли, таким образом, из своего прежнего изолированного положения, втянулись в общенародную организацию.

Да и для самих патрициев эта реформа не могла пройти бесследно: она должна была прежде всего отразиться в дальнейшем умалении значения родов и в дальнейшем разложении патриархального строя. Государственный принцип сделал новый и крупный шаг вперед.

Традиционная римская история вскоре за реформами Сервия Туллия ставит и самое падение царской власти. Какие события, какие потрясения сопровождали это падение; было ли это падение революционным низвержением, как повествует традиция и как думают некоторые из новых (например, Майр), или же оно явилось результатом простого и постепенного ослабления царской власти, как думают другие (например, де Санктис, Низе), был ли переход к республике реакцией аристократии против демократической политики последних царей или же, наоборот, новой победой демократии, — все это вопросы, которые при нынешнем состоянии наших знаний едва ли могут быть разрешены окончательно.

Можно только сказать, что аналогичный процесс реорганизации государственного устройства совершился приблизительно в то же время и в других соседних (латинских и нелатинских) *civitates*. На смену прежней царской власти в них возникли разнообразные годовичные магистратуры (*dictatores*, *praetores*, *meddices*, *marones* и т. д.). Следовательно, история Рима не представляет в этом

отношении ничего исключительного.

Как бы то ни было, но в ней начинается новый период — период республики .

Глава II Период Республики А. Государственное устройство

§ 10. Территория

Период республики во многих отношениях — центральный период римской истории. На протяжении этого периода Рим из маленькой латинской общины с чрезвычайно простым устройством превращается в огромное государственное тело с обширной территорией, с очень сложной организацией и очень сложную жизнь; примитивное натуральное хозяйство под влиянием оживленного международного оборота заменяется интенсивными экономическими отношениями, приводящими в конце концов к колоссальным богатствам — с одной стороны, и к вопиющей нищете — с другой, и т. д. Во всех областях народной жизни происходит расширение, усложнение.

Рассмотрим прежде всего внешнее расширение Рима — рост его территории.

Как было отмечено выше, к началу республиканского периода Рим приобрел уже решительную гегемонию в Латинском союзе. Но эта гегемония, очевидно, тяжело ложилась на союзников; по крайней мере, тотчас же за изгнанием царей (510 г. до Р. Х.) римское предание рассказывает нам о крупном восстании латинских племен. Восстание это оканчивается победой Рима и миром, заключенным Спурием Кассием и потому носящим название *foedus Cassianum* (493 г.). Этот мир, в сущности, не уничтожает Латинского союза, но договаривающимися сторонами в нем являются уже с одной стороны Рим, а с другой стороны — все остальные латинские общины; следовательно, Рим как бы обособил себя от союза, занял по отношению к нему положение равного международного тела. Отдельные латинские *civitates* не потеряли своей самостоятельности, по крайней мере, в принципе; они сохранили свое управление и свое законодательство. Граждане этих общин также продолжали иметь полное *jus commercii*, то есть полную гражданскую правоспособность для имущественного оборота с римлянами. Единственное ограничение терпели эти общины в международных отношениях: без воли Рима они не могли вступать в соглашения с соседними государствами; в случае войны Рима с кем — либо из соседей они должны были поддерживать его своими войсками. Так как римляне почти непрерывно ведут войны, то фактически союзные войска почти все время находятся в распоряжении Рима. Правда, латинские общины за это имели право на известные выгоды, вроде половинной доли в военной добыче, но, разумеется, главные выгоды всегда приходились на долю Рима. Эгоистическая политика Рима, слугами которой поневоле делалась союзники, не могла, конечно, не раздражать их. Это раздражение приводит к отдельным вспышкам возмущения, повторявшимся от поры до поры, а затем и к общему восстанию союзников (340–338 г. до Р. Х.). Восстание это опять было подавлено (победой Манлия Торквата), после чего был заключен новый мир, в результате которого старый Латинский союз оказывается уже уничтоженным: отныне Рим имеет уже дело только с отдельными общинами, большинство которых ставится в положение *civitates foederatae* (общины федератов, то есть республик, состоящих в федеративных отношениях с Римом).

Почти весь этот период наполнен непрерывными войнами римлян — сначала с соседями ближайшими, а потом и с более отдаленными, и в результате этих войн римляне мало — помалу распространяют свое господство далеко за пределы Лациума.

Часть завоеванных при этом земель, в качестве *ager publicus*, непосредственно присоединяется к римской территории и затем или предоставляется на таких или иных правах (об этом ниже) пользованию граждан, или же употребляется для создания организованных колоний (*coloniae*). Основание римских колоний среди покоренного чужого населения было излюбленным и действительно очень целесообразным приемом укрепить господство Рима. Колония получала внутреннее самоуправление; колонисты продолжали считаться за *cives romani* (римские граждане), хотя в политической жизни Рима естественно переставали принимать участие; впрочем, в народных собраниях по трибам (*comitia tributa*) для них по жребию отводилась одна из триб, в которой они могли голосовать на случай своего пребывания в Риме. Нередко, однако, особенно в конце республики, римские магистраты оказывались вынужденными принимать меры к тому, чтобы колонисты не покидали массами своих колоний и не скоплялись в Риме.

По отношению к самостоятельным италийским государствам — общинам (*civitates*), с которыми Рим сталкивается в течение этого периода в процессе постепенного расширения своего господства, он держится различной политики. Сначала бессознательно, а потом и сознательно руководясь принципом «*divide et impera*» («разделяй и властвуй»), принципом разъединения интересов своих противников, Рим создает чрезвычайно разнообразие юридических отношений между собою и

италийскими *civitates*, отношений, которые притом не остаются неподвижными, а нередко на сравнительно коротком протяжении времени часто меняются.

При всем своем меняющемся разнообразии, однако, формы римского господства в Италии могут быть сведены к следующим основным.

1. Некоторые из *civitates* включаются в состав Римского государства со всеми правами римского гражданства; жители их делаются полными *cives Romani cum suffragio* (граждане, имеющие политические права). Это, очевидно, самая почетная и самая привилегированная форма, достигаемая на первых порах в удел сравнительно немногим. Такая инкорпорация сопровождалась непременно занесением присоединяемой общины в поземельные трибы, причем в случае значительности присоединяемой территории из нее образовывалась новая триба. Таким путем к 241 году до Р. Х. число триб выросло до 35, но затем уже больше не увеличивалось; земли, присоединяемые вновь, заносились в ту или другую из старых триб.

2. Жители другой группы присоединяемых *civitates* становились в положение *cives sine suffragio*. Они получали полную правоспособность в области гражданских отношений (*jus commercii, jus connubii*), но не приобретали римских политических прав (*jus suffragii* и *jus honorum*). В то же время они несли известные повинности по отношению к Риму (главным образом, воинскую в своих особых войсках); такие повинности называются *munera*, почему общины этого рода обыкновенно именуются *municipia*. Обыкновенно и внутренняя автономия этих муниципий ограничивается: для управления ими посылаются из Рима особые магистраты — *praefecti jure dicundo*.

3. Третью — и притом до последнего столетия республики наиболее многочисленную — группу составляют общины, которые сохраняют свою политическую самостоятельность и которых отношения к Риму определяются международным правом, то есть договором их с Римом. Такой договор называется вообще *foedus*, а *civitates* этой группы являются поэтому *civitates foederatae* или *liberae* (свободные). Общины этого рода не входят в состав римского государства; юридически они сами составляют государство со своим особым гражданством, своим управлением и т. д. *Foedus* создает только между такой *civitas* и Римом известные отношения близости, союза. Но эта связь с Римом может быть более тесной и менее тесной: иногда договор ограничивается только установлением дружества между государствами (*amicitia, hospitium publicum*), иногда же он налагает на союзников обязательства более определенные. В этом последнем отношении различают *foedus aequum* (равный) и *foedus iniquum* (неравный). В первом случае Рим и *civitas foederata* принципиально стоят равно: каждая сторона обязывается помогать другой на случай нападения врага (союз оборонительный); но *civitas foederata* не лишается права вести свою собственную политику. Во втором случае, напротив, *civitas foederata* обязуется всегда помогать Риму, даже в его войне наступательной, и вообще обязуется следовать в международной политике за Римом («*majestatem populi Romani comiter conservando*» («для благосклонного сохранения величия римского народа»)), отказываясь от своей собственной международной инициативы.

Чем далее, тем все более и более эта последняя форма делается преобладающей. — Жители этих общин, оставаясь для римлян чужестранцами, *peregrini*, благодаря установившемуся договору, перестают быть *hostes* и существами бесправными; они теперь *socii* (союзники), пользующиеся и без какого — либо частного патроната государственной охраной на римской территории. Правда, *peregrini*, как не римские граждане, не способны к сделкам чистого римского права и к римским *jura Quiritium* («права квиристов», римское национальное право) и не могут обращаться к суду в обычных формах *legis actio*, тем не менее они уже не беззащитны: для охраны их имущественных отношений и для защиты их в Риме магистратурой мало — помалу создаются особые нормы — так называемое *jus gentium*, а затем учреждается и особая магистратура — *praetor peregrinus*. Вследствие этого институт клиентелы в его древнем смысле совершенно исчезает.

4. Наконец, четвертую категорию составляют те общины, которые, потерпев в борьбе с Римом решительное поражение, сдаются ему без всяких условий — на его милость (*deditio*). Такая община, по общему правилу, утрачивает свою внутреннюю самостоятельность, утрачивает свое управление и управляется начальниками, посылаемыми из Рима. Добровольная сдача (*deditio*) сказывается, однако, в том, что жители такой общины все же не считаются за существа бесправные; они ставятся в положении *peregrini*, но называются, в отличие от предыдущей категории, — *peregrini dediticii*: те имеют гражданство хоть в своей стране, *peregrini dediticii* не имеют его нигде, ибо их община за самостоятельную *civitas* уже не признается.

5. *Deditio* все же есть добровольная сдача, принятая Римом (или его военачальником); в ней есть все же, хотя и слабый, элемент договора. Там же, где и такой *deditio* не было, где война привела к полному разгрому, там наступила *occupatio bellica* (военная оккупация); произволу Рима уже не было никаких ограничений. Вся земля покоренных, по общему правилу, обращалась в *ager publicus populi Romani* (общественная земля римского народа); жители, как военнопленные, обращались в рабов.

Благодаря разнообразию форм юридического господства Рима над италийскими *civitates*, юридическая карта итальянской территории во второй половине республики представляла

чрезвычайно пеструю картину. Сплошь и рядом ближайшие соседи находились в самых неодинаковых отношениях к Риму. Эта политика разъединения интересов в значительной степени достигала цели; однако, в начале I века до Р.Х. многим общинам различных категорий удается объединиться в общем восстании против Рима. Союзники думают даже основать особое государство — Italia — с особой столицей (Corfinium) и с особым союзным управлением (сенатом из представителей от союзных civitates). Момент был очень серьезный, и, сознавая всю серьезность положения, римляне, борясь оружием, в то же время идут и на уступки. В 90 году консул Люций Юлий Цезарь проводит закон — lex Julia, в силу которого дается право полного римского гражданства тем из союзников, которые остались верны Риму, а также тем, которые изъявляют свою покорность в течение 2 месяцев. Но так как этот закон, созданный с целью поселить разлад между восставшими, не привел к желанным результатам, в следующем 89 году был издан новый закон — lex Plautia Papiria, в силу которого право гражданства давалось всем жителям Италии вообще. Вся созданная таким образом масса новых граждан вносится в 8 специально назначенных триб (из общего числа 35), чем фактически ослабляется их влияние в народных собраниях.

С этого момента вся территория Италии делается территорией Рима, все жители Италии делаются римскими гражданами со всеми активными и пассивными политическими правами. Наконец, закон Юлия Цезаря 45 г. — lex Julia municipalis — устанавливает некоторые общие правила относительно местного городского устройства, вследствие чего это последнее мало — помалу принимает однообразный вид. В основе этого муниципального управления лежит начало широкой автономии в местных делах.

В период республики владычество Рима переходит и за пределы Италии.

Политика римлян по отношению к внеиталийским землям существенно отличается от политики, которой придерживались они в Италии. В то время, как италийские civitates, большую часть которых составляли civitates foederatae, не теряли своей внутренней самостоятельности, внеиталийские земли, за небольшими исключениями (например, Афины), становились в полную зависимость от Рима. Они назывались провинциями. Термин provincia обозначал первоначально указываемую сенатом сферу военных действий каждого из 2 консулов (один посылался со своими легионами в одну местность, другой в другую), причем признак известной территории не был даже для понятия provincia существенным. Управление внеиталийскими землями, с точки зрения римлян, носило характер продолжающейся военной оккупации, и с этой стороны эти земли, действительно, являются provinciae в старом смысле этого слова. Правители провинций, посылаемые из Рима proconsules или praetores, были, поэтому, облечены высшей военной, административной и судебной властью, на которую не было provocatio (право обжаловать решение магистрата в Народном собрании). Далее, в силу того основного принципа, что завоеванная территория считается собственностью римского народа, вся провинциальная земля, поскольку она оставалась в руках ее прежних собственников, юридически рассматривалась не как их собственность, а как простое владение — possessio, вроде владения арендаторов.

Отсюда тот дальнейший вывод, что провинциальная земля (solum provinciale) подлежит платежу налогов в пользу римского государства, меж тем как территория Италии (solum italicum) по принципу от них свободна. — Общее устройство провинции определялось тотчас по ее присоединении особым положением, составляющим lex provinciae (например, lex Rupilia для Сицилии, lex Pompeia для Вифинии и т. д.), ближайший же порядок управления устанавливался самими правителями провинций в издаваемых ими edicta provincialia. Жители провинций находились в положении перегинов.

Взгляд на провинции, как на имущества римского народа, безграничная власть провинциальных правителей над жителями, слабость контроля над этими правителями, — все это приводило к тому, что положение провинций было очень тяжелым: они были лишь источником дохода для Рима и объектом часто самой вопиющей эксплуатации как для римских должностных лиц, так и для частных предпринимателей.

§ 11. Население

Тревожный и бурный во внешних отношениях, период республики является в равной степени тревожным и бурным и во внутренней жизни Рима.

Уже с самого начала республики мы наблюдаем упорную борьбу между патрициями и плебеями за политическую равноправность, причем эта борьба наполняет собою затем всю первую половину периода. Постоянным, временами глухим, а временами очень резким, аккомпанементом этой сословной борьбы является почти во всех ее стадиях экономическая борьба между богатыми и бедными, и когда, наконец, сословная борьба улеглась, распря экономическая разгораясь все более и более, стала основной причиной народных волнений и темой правительственных забот. Оставляя пока эту последнюю, экономическую сторону эволюции, напомним здесь главнейшие стадии борьбы сословной.

Нужно, однако, оговориться, что многое из того, о чем нам повествует в этом отношении предание, считается современными историками недостоверным. Критическое отношение к событиям первой половины республики у одних слабее, у других сильнее; взамен разрушаемого каждый историк пытается дать свое положительное построение, — однако сколько — нибудь серьезного соглашения в этом последнем отношении до сих пор не достигнуто.

Замена царской власти двумя избираемыми на год магистратами (консулами) сама по себе не доставляла плебейм каких — либо особенных выгод; скорее наоборот: ввиду того, что эти магистраты избирались только из патрициев, указанная замена отдавала плебеев в руки патрициев гораздо более, чем это было при все — таки сравнительно независимых царях. И действительно, первые усилия плебеев направляются на борьбу против возможного произвола этих патрицианских магистратов. Возникает, так сказать, конституционная тенденция: плебеи пытаются добиться таких или иных юридических ограничений власти магистратов. Согласно преданию, почти одновременно с установлением нового режима (510 г.), в 509 г. издается закон — *lex Valeria de provocatione*, в силу которого всякий приговор консула, налагающий на кого — либо смертную казнь, мог быть обжалован в народное собрание (*comitia centuriata*); этим законом, таким образом, вопрос о жизни и смерти гражданина был изъят из компетенции магистрата. Право *provocatio ad populum* было затем подтверждено неоднократно; законы XII таблиц также постановляли: «*de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*» («относительно смерти гражданина пусть не выносят приговор иначе как в народном собрании»). Той же тенденцией проникнут и *lex Aternia Tarpeia* 454 г., закон, являющийся по существу лишь дополнением и дальнейшим развитием закона о *provocatio*. Ограниченные в праве налагать смертную казнь, консулы оставались неограниченными в праве налагать имущественные штрафы вплоть до полной конфискации всего имущества; они могли, таким образом, лишиться человека по своему произволу его экономического существования. Чтобы оградить гражданина и здесь, *lex Aternia Tarpeia* постановил, что отныне консулы своей властью могут назначать штрафы лишь не свыше известной меры (30 быков и 2 овцы = 3020 ассов).

Но уже первые опыты борьбы за улучшение своего положения должны были показать плебейм, что для лучшего успеха им прежде всего необходимо организовать самих себя. Поставленный лицом к лицу с плотно спаянной своей родовой организацией массой патрициата, а сам состоящий из разрозненного множества отдельных семейств, плебс приходит к сознанию, что первым условием успешной борьбы является сплочение его самого в какую — либо цельную сословную организацию. Так возникает организационное течение в нашей борьбе.

По преданию, в 494 г., доведенная бедственным экономическим и правовым положением до крайнего раздражения, значительная часть плебеев оставила Рим и перешла на Священную гору с намерением основать там свой город (это так называемая первая *secessio* плебеев). Патриции, боясь лишиться части населения и получить у себя под боком нового врага, пошли на уступки и вступили с плебейми в соглашение, результатом которого явились так называемые *leges sacratae*, названные так потому, что они были подтверждены клятвой и, таким образом, были поставлены под особую защиту религии. Главным пунктом этих *leges sacratae* было учреждение плебейских трибунов (*tribuni plebis*): за плебейми было признано право избирать из своей среды двух представителей, которым была предоставлена власть защищать их от распоряжений патрицианских магистратов («*auxilii latio adversus consulare imperium*» — «оказание помощи против консульской власти»). Для помощи трибунам при них находились два плебейских эдила. Как трибуны, так и эдилы были снабжены особой охраной: всякой лицо, посягнувшее на них, за нарушение *lex sacrata*, объявлялось *homo sacer* (со всеми последствиями «*sacer esto*»); они являлись поэтому *sacrosancti*.

В изложенном предании возникновение народных трибунов сводится к договору между плебейми и патрициями, а *leges sacratae* изображаются законом, принятым соединенной патрицианско — плебейской общиной. Быть может, правильнее представляет возникновение плебейской организации Г. де Санктис. По его мнению, на первых порах плебеи не имели иных средств обеспечить выполнение своих постановлений, кроме взаимного обязательства всех плебеев бороться до последней крайности с их нарушителями. Ввиду этого, когда плебеи почувствовали необходимость сплотиться в организацию, когда они стали избирать себе своих вождей, они все поклялись мстить за всякое посягательство на их организацию или на их предводителей. Эти — то клятвенные постановления плебеев и суть древнейшие *leges sacratae* (священные законы). Они не являются настоящими законами, ибо представляют собою лишь решения одной (плебейской) части римского населения; с юридической точки зрения, таким образом, они ни для кого не обязательны; организация плебеев не есть законная организация, народные трибуны не общегосударственная власть. Но плебеи объединяются, так сказать, революционным путем, выставляют свою, тоже революционную, магистратуру и объявляют, что всякий, кто посягнет на их организацию или на их представителей, будет убит. Даже более поздние писатели говорят, что плебейские трибуны были защищены первоначально только этой клятвой, что они только *religione inviolati* («неприкосновенные в силу религиозных предписаний»). Так нелегальным революционным путем возникла сословная организация плебеев; сплоченности патрицианской плебс противопоставил сплоченность свою, — и

патрициат очень скоро должен был признать эту организацию уже не только *de facto*, но и *de jure*. Огромное значение народных трибунов в дальнейшей борьбе плебеев, а впоследствии и пролетариев, общеизвестно.

Каким образом происходило первое время избрание трибунов и какова была древнейшая организация плебеев, неясно. С одной стороны, есть свидетельства, что первое время плебеи избирали трибунов в собраниях по куриям, но закон 471 г. (*lex Publilia Voleronis*) признал надлежащими собраниями плебеев собрания их по (территориальным) трибам. С другой стороны, некоторые из современных ученых (например, тот же де Санксис, Майр и др.) полагают, что искони земельные трибы были естественными ячейками плебейской организации и что плебейские трибуны не что иное, как выборные представители этих триб, так сказать, плебейские окружные старосты. Как бы то ни было, но в более известное нам время плебейская сословная организация покоится на трибах, и органом плебейского сословия являются специально — плебейские собрания по трибам — *concilia plebis tributa*.

Утвердив свою сословную организацию, плебеи под предводительством своих трибунов начинают агитацию об издании целого кодекса, который заменил бы неопределенное, допускающее разнообразные толкования, а потому и произвол, обычное право определенными писанными нормами и вместе с тем яснее определил бы юридическое положение плебеев по отношению к патрициям. После десятилетней борьбы издаются законы XII таблиц, которые имели огромное значение для всего дальнейшего римского праворазвития.

После смутного времени второго децемвирата и после второго удаления плебеев на священную гору появляются *leges Valeriae et Horatiae* (449 г.), которыми восстанавливаются все прежние плебейские учреждения, приостановленные на время децемвиров.

Если до сих пор плебеи занимали главным образом положение защищающихся, то теперь они переходят в наступление; они предъявляют требование о признании за ними тех или иных прав, требуют равного участия в решении государственных дел и равного общественного положения.

В 445 г. плебейский трибун Канулей проводит закон — *lex Canuleia*, в силу которого допускаются запрещенные ранее браки между патрициями и плебеями (последним, таким образом, дается *jus connubii*). Этот закон имеет большое общественное значение, выводя плебеев из положения париев, с которыми браки унижительны; но этот закон, вместе с тем, имеет и большое государственное значение: с признанием *jus connubii* падает существенное сакральное препятствие для занятий плебеями государственных должностей.

Действительно, тотчас после этого закона плебеи выдвигают требование о допущении их к консулату. Согласно римской традиции, патриции, выказав упорное сопротивление, все — таки должны были пойти на уступку, выразившуюся в том, что они вовсе уничтожили должность консулов и заменили ее военными трибунами с консульской властью — *tribuni militum consulari potestate* (444 г.), в число которых могли быть избраны и плебеи. Однако, делая эту уступку, патриции выделяют из власти этой новой магистратуры весьма существенную функцию — составление гражданских списков и распределение граждан по трибам, классам и центуриям — и создают для этой цели особую магистратуру — цензуру, доступ к которой для плебеев еще закрыт.

В 421 г. было признано необходимым увеличить число квесторов (квесторы — низшие магистраты в Риме. На протяжении римской истории их функции менялись, но в основном за ними всегда были закреплены функции заведования финансовыми делами и юрисдикция по ряду правонарушений) до четырех, причем к этой должности стали допускаться и плебеи. Здесь они впервые получили доступ к ординарным магистратурам (*tribuni militum consulari potestate* были магистратурой экстраординарной: они существовали только временно и были впоследствии уничтожены).

Законами Лициния — Секстия (*leges Licinae Sextiae*, 367 г.) была восстановлена консульская власть, но уже с тем, чтобы один из консулов был непременно плебей; таким образом, было удовлетворено то требование, которое выставили плебеи сто лет назад. Одновременно рядом с консулами учреждается должность претора и к двум существовавшим до сих пор плебейским эдилам присоединяются два курульных эдила. Как претора, так и должность курульных эдилов, были, по — видимому, если не тотчас, то во, всяком случае, скоро открыты и для плебеев.

Равноправность приближается теперь скорыми шагами. В 350 г. упоминается уже первый цензор из плебеев (без какого — либо предшествовавшего закона), а в 339 г. *lex Publilia Philonis* постановляет, что один из цензоров должен быть непременно из плебеев. Наконец, плебеи получают доступ и к важнейшим сакральным должностям: законом 300 г. — *lex Ogulnia* — число понтификов и авгуров было увеличено — с тем, чтобы половина их состояла из плебеев.

С этого момента мы можем считать борьбу оконченной. Плебеи стали вполне равноправны с патрициями, хотя, как отдельные сословия, и те и другие продолжают стоять рядом и далее. Каждое из этих сословий имеет еще некоторые особые магистратуры (плебеи — народных трибунов, патриций — *rex sacrificulus*, *flamen Dialis* — должности верховных жрецов, на которых были перенесены сакральные аспекты царской власти после изгнания царей), но всяких практический

интерес к этим особенностям исчез: новые времена принесли с собой новые интересы и новые общественные группировки.

В образовании этой новой общественной группировки сыграли роль уже не только те или другие юридические условия, но в значительной степени и отношения экономические. Общее происхождение этих новых общественных классов таково.

С развитием системы магистратур в римском обществе начинают мало — помалу выделяться семьи, члены которых достигли высших республиканских должностей (*honores*). Во многих из этих семей устанавливается семейная традиция, в силу которой дети идут по стопам отцов, посвящая себя также политической, служебной карьере. Семьи эти, естественно, пользуются особым почетом в обществе, а, с другой стороны, общность интересов сближает их друг с другом. Благодаря этому, с течением времени возникает особая общественная группа — *nobiles*, составившаяся как из патрицианских, так и из плебейских семей, группа, так сказать, должностной аристократии. При безвозмездности римских должностей политическая карьера предполагала значительную имущественную состоятельность лиц, ее избирающих; с другой стороны, нравы (а затем и законы, — например, *lex Claudia* около 200 г.) запрещали им занятие торговлей и промыслами. Вследствие этого группа *nobiles* естественно вырабатывается в класс крупной земельной аристократии. Юридических привилегий, впрочем, *nobiles* не имели, если не считать чисто внешних отличий, вроде *jus imaginum* (право иметь и употреблять при торжественных семейных процессах бюсты предков) или широкой красной полосы на одежде.

Бок о бок с *nobiles* слагается затем и другой класс — всадников, *ordo equester*. Уже в организации, созданной (по преданию) Сервием Туллеем, видное политическое значение в народном собрании имели 18 всаднических центурий: они составлялись из более богатых патрициев и плебеев и подавали голоса первыми. Впоследствии реальное значение всаднических центурий, как конницы в армии, утратилось, но самые всаднические центурии в народной организации (в *comitia centuriata*) сохранились, как ядро известного общественного класса. Зачисление во всадническую центурию требовало также обладания большим имуществом, но при этом еще отдавалось предпочтение тем, предки которых состояли в этих центуриях. Таким путем образовался постепенно класс, главным образом, денежной, но вместе с тем и наследственной, аристократии. Не гоняясь за крупной политической карьерой и не стесненный ее обычными требованиями, класс всаднический посвящал себя деятельности коммерческой и финансовой, развивая в своей среде разнообразные операции и собирая колоссальные богатства. Из этого класса составлялись те знаменитые *collegia publicanorum* («коллегии публиканов». публиканы — крупные предприниматели, получающие прибыль за счет обслуживания государственных финансов), которые брали на откуп государственные доходы с целых провинций, крупные государственные подряды и т. п. и которые имели такое большое значение в экономической истории Рима.

Элементы государственной власти

§ 12. Народное собрание

Если отношение царя к народу мы могли представлять себе в виде патриархального отношения домовладыки к своей семье, то с установлением республики народ освобождается от патриархальной опеки, делается самостоятельным властителем своих судеб, делается суверенным. Государство — это *Populus Romanus Quirites* (римский народ квиритов). Народ является подлинным носителем государственного верховенства, государственного «величества» (*majestas*); и если есть в Риме в это время какое — либо «величество», то это есть Его Величество Римский Народ. Оскорбление народа, нарушение его прерогатив квалифицируется как «оскорбление величества», как *crimen laesae majestatis*.

Народ является также носителем и всех частных прав, присущих государству: он имеет собственное имущество (например, *ager publicus* считается имуществом *populi Romani*), он является иногда наследником (например, по отношению к Пергаму) и даже опекуном (по отношению к Египту).

Общая идея этого народного верховенства находит себе реальное выражение в народных собраниях: народ осуществляет свое верховенство только тогда, когда он действует в известных формах, когда он выступает надлежащим образом организованным. Ввиду этого от народных собраний в техническом смысле, от так называемых *comitia*, надо отличать простые собрания — митинги, так называемые *contiones*. Даже если эти *contiones* были созданы каким — либо магистратом для такого или иного сообщения народу, для предварительного обсуждения какого — либо законопроекта и т. д., мнения и решения собравшейся массы не будет иметь никакого юридического значения. На таких *contiones* магистрат юридически ни в чем народ не спрашивает и никакого решения от него не ждет («*contionem habere, hoc est verba facere ad populum sine ulla rogatione*» — «иметь сходку означает держать речь к народу без внесения какого — либо

законопроекта»), напротив, предметом комиций является всегда такое или иное решение народа, такой или иной ответ на предложение (*rogatio*) магистрата.

Период республики знает уже три вида комиций .

1. Первый вид — это старые досервиановские народные собрания по куриям — *comitia curiata* . Они еще сохраняются, но постепенно теряют свое значение: все важнейшие вопросы решаются в других народных собраниях; за ними остаются лишь некоторые функции чисто формального характера. Таковы: а) *lex de imperio* (закон о наделении властью). Магистрат, избранный в другом народном собрании, должен был получить еще от *comitia curiata* *lex de imperio*. Это не значит, что без этого он не имел бы никакой власти; *lex de imperio* необходим лишь для того, чтобы доставить ему право сношения с богами, то есть право ауспиций. Эта функция в глазах Цицерона была уже почти единственной функцией *comitia curiata*. б) Некоторые частные акты , совершение которых должно было произойти в народном собрании: усыновление (*argrogatio*) и завещание (*testamentum*).

Неясен, однако, состав куриатных комиций в период республики. Есть ученые (например, Герцог и др.), которые думают, что эти комиции и в период республики состоят только из патрициев, что плебеи и теперь остались вне организации по куриям. Другие полагают, что плебеи, напротив, участвуют в *comitia curiata*, и ссылаются при этом на следующие данные. а) Во главе каждой курии стоял особый *curio*, а во главе всех курионов — *curio maximus*. По сообщению некоторых источников, в 209 г. до Р. X. на должность *curio maximus* был избран плебей, что было бы немыслимо, если бы плебеи не входили в состав курий. б) Во второй половине республики мы встречаем случаи усыновления патрициев плебеями, что опять — таки было бы невозможно, если бы последние в куриатных собраниях не участвовали. в) Наконец, есть сообщение о том, что первое время (до *lex Publilia Voleronis*) народные трибуны избирались в собраниях плебеев по куриям. На основании этих данных некоторые ученые (например, Солто, Ленель) приходят даже к заключению, что плебеи были включены в курии и принимали участие в *comitia curiata* всегда, даже еще в период царей. Но тогда вся дальнейшая известная нам борьба между патрициями и плебеями была бы совершенно непонятна: естественный рост плебейства дал бы ему более легкий перевес над патрициями в рамках *comitia curiata*, чем в рамках *comitia centuriata*. Если приведенные данные несомнительны, то, очевидно, появление плебеев в *comitia curiata* есть событие республики, но когда и при каких условиях оно произошло — неизвестно.

Как бы то ни было, но роль *comitia curiata* в действительной жизни Рима неуклонно падает; население утрачивает к ним всякий интерес, так что нередко все собрание состоит только из 30 ликторов, которые по обязанности представляют 30 курий.

2. Главной формой народных собраний являются в этом периоде собрания по центуриям — *comitia centuriata* . Здесь происходят выборы важнейших магистратов, здесь решаются важнейшие вопросы законодательства и политики, вследствие чего эти собрания называются *comitiatus maximus* (Великое народное собрание) . Но в составе их произошли весьма существенные изменения.

Как было указано выше, *comitia centuriata* были первоначально собранием войска; организация политическая покоилась на организации военной и совпадала с ней. В период республики эта связь порывается: технические условия военного дела заставили перейти к иной организации войска, вследствие чего *comitia centuriata* приобрели характер формы народных собраний исключительно политической .

Вместе с тем, экономическое развитие республики вызвало к жизни появление таких групп среди римского населения, которые далее нельзя было игнорировать и которые в старой, Сервиановской организации не находили себе места, соответствующего их действительному общественному значению. Отсюда естественная необходимость известных реформ.

Первая из этих реформ состояла в следующем. По первоначальному, Сервиановскому, устройству в трибы, а затем и в классы заносились только землевладельцы («*adsidui*», а потому и «*tribules*»); лица же, не владеющие недвижимостью (*proletarii*), как *capite censi* , все вместе были собраны в одну последнюю, внеклассную центурию. К половине республики таких не — землевладельцев в Риме появилось уже множество, и они перестали представлять из себя величину социально незначительную. Ввиду этого Аппий Клавдий Цек , цензор 312 г., стал записывать и этих не — землевладельцев, *aerarii* , в трибы и классы (сообразно их движимому имуществу). Благодаря этому, трибы утратили свой прежний характер землевладельческих округов, а самые центуриатные собрания сильно демократизировались («*humilibus per omnes tribus divisus et forum et campum corrumpit*» — «простонародьем распределенным по всем трибам он и форум и Марсово поле [места собраний] испортил»). Это обстоятельство вызвало сильную реакцию, и с 304 г. *aerarii* стали заноситься только в 4 городские трибы.

О другой реформе мы имеем, к сожалению, весьма скудные сведения. В общих чертах, однако, сущность ее сводится к следующим основным пунктам: 1) Был повышен имущественный ценз классов в связи с увеличившимися богатствами и уменьшившейся ценностью денег: для первого класса — 100 тысяч новых ассов, для второго — 75 тысяч, для третьего — 50, для четвертого 25 и для пятого 12,5 тысяч ассов. 2) Уничтожена была привилегия всадников подавать голоса первыми; центурия,

начинающая подачу голосов (так называемая *centuria praerogativa*), отныне всякий раз избиралась из центурий первого класса по жребию. 3) Приведено было в связь число центурий с числом триб, но каким именно образом — неизвестно. С расширением римской территории наряду со старыми городскими и сельскими трибами образовались новые, и к 241 г. до Р. Х. общее количество триб доросло до 35, но затем более не увеличивалось, несмотря на новые и крупные территориальные приобретения: вновь присоединяемые территории включались уже в состав тех или других из существующих триб. Причиной этого является, по — видимому, то обстоятельство, что с этого момента число 35 лежит уже в основании новой организации центуриатных комиций. С другой стороны, Цицерон сообщает, что число центурий первого класса было понижено с 80 на 70. Ввиду этого полагают (Моммзен и др.), что и все остальные классы имеют теперь одинаковое количество центурий, а, следовательно, и голосов, то есть по 70 — от каждой трибы по 2 центурии: одна *centuria juniorum*, другая — *seniorum*. Вследствие этого общее число центурий, образующих *comitia centuriata*, возросло до 375: 350 центурий от 5 классов + 18 центурий всадников + 2 центурии военных мастеров, 2 центурии музыкантов и 1 дополнительная центурия для пролетариев (с имуществом ниже 12,500 ассов).

Также неизвестно и время этой реформы. Несомненно только, что она приходится на время между первой и второй пунической войной; Моммзен приписывает ее цензорам Л. Эмилию и Г. Фламинию и относит ее к 220 г. до Р. Х.

3. Третьей формой народных собраний являются собрания по трибам, которые во второй половине республики начинают играть весьма заметную роль. Рост их значения соответствует общему росту демократической идеи: в собраниях по трибам имущественная состоятельность граждан уже не играет никакой роли.

Следует, однако, различать два вида трибутных собраний: собрания специально — плебейские — *concilia plebis tributa* и собрания патрицианско — плебейские, то есть всего народа — *comitia tributa*. Постановления первых называются *plebiscita*, постановления вторых — *populiscita*. Взаимное историческое соотношение этих двух видов трибутных собраний в высокой степени неясно ввиду следующего обстоятельства.

Закон 286 г. до Р. Х. — *lex Hortensia* — постановил, что всякие решения трибутных плебейских собраний должны иметь полную обязательную силу для всего народа («*ut quod tributim plebs jussisset omnes populum teneret*» — «чтобы того, что плебс по трибам определит, весь народ держался») и что, следовательно, *plebiscitum* должно равняться *lex*. Однако, рядом с этим мы имеем сообщения о других, более ранних законах, которые поставляли, по — видимому, то же самое; это *lex Valeria Horatia* 449 г. и *lex Publilia Philonis* 339 г. Считая невероятным, чтобы все эти три закона повторяли, действительно, одно и то же, современные историки предполагают некоторое различие в их содержании, но какое именно — в этом расходятся. Наиболее вероятным кажется мнение Моммзена: только последний закон, *lex Hortensia*, признал общеобязательную силу за *plebiscitis*; два же первые закона относились не к *plebiscita*, а к *populiscita*, то есть к постановлениям всенародных собраний по трибам, причем первый имел в виду выборы в них, а второй — общие законодательные решения. Если эта гипотеза верна, то мы имеем тогда дату возникновения обоих видов собраний по трибам: *concilia plebis tributa* приобретают юридический характер для избрания плебейских трибунов с *lex Publilia Voleronis* 471 г., а для законодательной функции вообще с *lex Hortensia*; *comitia tributa* узаконены *lex Valeria Horatia* и *lex Publilia Philonis*.

Таковы три исторически сложившиеся вида римских народных собраний. Строго проведенного принципиального разграничения компетенций между ними не существовало: многое определялось случайными историческими прецедентами. Так, прежде всего, что касается выборов, то они распределялись следующим образом: высшие магистраты — консулы, преторы, цензоры — избираются в *comitia centuriata*; квесторы и курульные эдилы в *comitia tributa*; плебейские магистраты (трибуны и плебейские эдилы) в *concilia plebis tributa*. В области уголовной юрисдикции наиболее важные преступления, влекущие за собой смертную казнь (*capite anquirere*), подлежат суду *comitia centuriata*; менее важные, влекущие только штраф (*pecunia anquirere*), — суду *comitia tributa*. — Что касается законопроектов, то они вносятся в те или другие собрания, смотря по тому, кто их вносит: каждый магистрат предлагает свои проекты тем комициям, в которых он избирается; следовательно, консулы и преторы в *comitia centuriata*, плебейские трибуны в *concilia plebis tributa* и т. д.

Порядок делопроизводства в общем таков. Инициатива в созыве народного собрания принадлежит только магистратам. День и предмет собрания должны быть объявлены заранее, причем, в интересах предварительного ознакомления народа, законопроект или имена подлежащих избранию кандидатов должны быть также заблаговременно выставлены на форум. Начинается народное собрание с ауспий, затем вновь объявляется подлежащий решению вопрос и непосредственно (без речей и дебатов) приступают к голосованию. подача голосов первоначально была устная и открытая, но во второй половине республики несколькими *legis tabellariae* (*lex Gabinia* 139 г. для выборов, *lex Papiria* 131 г. для законодательства и мн. др.) устанавливается голосование закрытое и письменное (посредством табличек с надписью *UR* — *ut i rogas* (как ты предлагаешь),

согласие и *A* — *antiquo*(оставляю по прежнему, то есть отвергаю нововведение), несогласие). Каждый участвующий имел один голос; голоса сосчитывались сначала внутри каждой курии, центурии или трибы, и таким образом получался голос этой единицы; большинство голосов этих единиц давало решение всего народного собрания. Понятно, что при таком порядке голосования большинство голосов центурий или триб могло не всегда согласоваться с действительным большинством отдельных голосов.

§ 13. Сенат

После уничтожения царской власти и после замены ее властью консулов право составлять сенат, так называемое *lectio senatus*, переходит к этим последним. Одновременно с этим, как полагают многие (Момзен, Беккер, Ланге, Мадвиг и др.), в состав сената были введены и плебеи, причем тогда именно и образовалась обычная формула обращения к сенату — «*patres conscripti*»: *patres* — это сенаторы из патрициев, *conscripti* — сенаторы из плебеев. Это воззрение, однако, в настоящее время, и не без солидных оснований, оспаривается. Так, например, Низе считает более вероятным, что плебеи вошли в сенат не сразу с установлением республики, а лишь в эпоху сословной борьбы. С другой стороны, Виллемс, посвятивший вопросу о сенате специальную работу, опираясь на тот факт, что в первый раз сенатор из плебеев достоверно упоминается только в 400 г., высказал предположение, что плебеи получили доступ в сенат лишь после того, как они были допущены к курульным должностям, то есть *de jure* с 444 г. (*tribuni militum consulari potestate*), а *de facto* несколько позже. Формула же «*patres conscripti*»(буквально: «прописанные») вовсе не указывает на различие между сенаторами из патрициев и сенаторами из плебеев, что она относится еще к эпохе царей и обозначает *patres*, избранных царем. — Как бы то ни было, но уже в первой половине республики плебеи вошли в состав сената.

Важную реформу в порядке составления сената произвел *lex Ovinia*, плебисцит 312 г., который постановил «*ut censores ex omni ordine optimum quemque jurati in senatum legerent*»(«чтобы присягнувшие цензоры в сенат из всякого сословия каждого наилучшего избирали»). В силу этого закона *lectio senatus* переходит из рук консулов в руки цензоров, а потому сенат составляется теперь не на один год, как было прежде, а на целое *lustrum* (то есть обыкновенно на 5 лет). С подобным изменением порядка сенат, очевидно, занял более независимую позицию по отношению к консулам. Затем, при составлении senatorского списка (*album senatorium*) цензор должен был заносить туда прежде всего тех лиц, которые занимали раньше, в течение предыдущих люстральных периодов, должности магистратов («*optimum quemque ex omni ordine*»). Таким образом, в состав сената попадают в большинстве случаев лица, прошедшие в таком или ином качестве через народное избрание. И лишь за недостатком таковых цензору предоставляется записывать и других лиц. Благодаря этому список сенаторов располагается по рангу должностей: *consulares*, *ensorii*, *praetorii* и т. д., а сенатор, стоящий во главе списка, называется *princeps senatus* — звание, впрочем, только почетное, без каких — нибудь особенных прав.

Общее число сенаторов почти в течение всего республиканского периода остается прежнее — 300; лишь при Сулле оно было увеличено до 600, а при Цезаре даже до 900.

Сенаторы, как таковые, имеют, во — первых, право принимать участие в прениях (*jus sententiae dicendae*), а во — вторых, право участвовать в голосовании (*jus sententiae ferendae*). В составе сената, однако, находятся так называемые *senatores pedarii*, с которыми связан спорный вопрос. По определению Геллия, *senatores pedarii* — это те, *qui sententiam in senatu non verbis dicerent, sed in alienam sententiam pedibus irent*, то есть те, которые не участвуют в обсуждении вопроса, а должны лишь при голосовании присоединяться к тому или другому чужому мнению. Моммзен думает, что таковыми были лица, не занимавшие до зачисления в сенат никаких должностей. Виллемс, впрочем, оспаривает это толкование: *senatores pedarii*, по его мнению, были лица, не занимавшие курульных должностей(курульные должности — магистратские должности, связанные с некоторыми небольшими привилегиями почётного характера, прежде всего с привилегией во время официальных актов сидеть в специальном почётном «курульном кресле» (*sella curulis*), откуда и название), в противоположность курульным магистратам, то есть тем, которые *sella curuli sederunt*; но и *senatores pedarii* имели все права, присущие сенаторам, то есть как *jus sententiae ferendae*, так и *jus sententiae dicendae*.

Напротив, несомненно в составе сената были члены, имевшие только совещательный голос, то есть имевшие только *jus sententiae dicendae*. Таковы — *flamen Dialis*, а также лица, сложившие с себя магистратуру в течение текущего *lustrum*: они *ipso jure* (в силу самого права) становились пассивными членами сената.

Созывает сенат и председательствует в нем консул или — в отсутствие консула — претор. Заседание открывается сообщением (*relatio*) созвавшего магистрата. Затем вопрос или просто подвергается голосованию (тогда мы имеем *senatusconsultum per discessionem factum* — решение, принятое путем расхождения в разные стороны (кто против — в одну, кто за — в другую)), или же предварительно опрашиваются мнения отдельных сенаторов и происходят дебаты (тогда решение

будет *senatusconsultum per singulorum sententias exquisitas factum* — решение, принятое после разбора отдельных мнений). Голосование совершается посредством отхода согласных в одну сторону, несогласных в другую (*discedere, pedibus in sententiam ire* — голосовать «ногами», то есть отходить к одной из сторон).

Что касается компетенции сената, то он и в этом периоде принципиально имеет значение лишь совещательного учреждения при магистратах.

Однако, фактически он уже довольно рано вышел из этой роли и занял положение самостоятельное и властное. В его руках сосредоточивались функции самые разнообразные, причем в одних областях его влияние сильнее, в других — слабее. Ведению сената подлежат: а) некоторые вопросы религии и культа : установление общественных празднеств, очистительных жертвоприношений и т. п.; б) высшие меры общественной безопасности , в в экстренных случаях — предоставление магистратам чрезвычайных полномочий (*senatus consultum ultimum: «caveant consules, ne quid respublica detrimenti capiat»* — крайнее решение сената: «Пусть позаботятся консулы, чтобы республика не претерпела ущерба») и т. д.; с) высшее заведование финансами : регулирование государственного бюджета и распределение сумм между отдельными магистратами, контроль над бюджетным исполнением, чеканка монеты и т. д.; в связи с этим — d) общее управление провинциями , как доменами римского народа; наконец, е) ведение дипломатических сношений , где сенат почти вовсе отодвинул консулов на второй план.

Общий перечень функций показывает, что сенат, не имея законодательной власти (таковая принадлежит только народным собраниям), является уже во многих отношениях органом не только совещательным, но и высшим административным . При частой смене должностных лиц сенат естественно делался все более и более хранилищем административной традиции и активным руководителем всей внутренней и внешней политики.

Кроме перечисленных функций, сенату принадлежат еще две старые — именно управление государством во время *interregnum* , то есть в промежуток между окончанием полномочий одного консула и выбором нового, и *auctoritas patrum* , утверждение законов, вотированных народным собранием.

Но с этими функциями связан опять — таки следующий спорный вопрос. Согласно господствующему мнению, обе эти функции принадлежали не полному собранию сената, а лишь собранию сенаторов — патрициев . Виллемс, однако, отвергает эту двойственность сената. Обе эти функции, впрочем, уже в течение первой половины республики потеряли свое практическое значение. *Interregnum* исчезло с того времени, когда вошло в обычай избирать новых магистратов еще до истечения срока старым; в случае же внезапной смерти одного магистрата оставались другие, в руках которых сосредоточивалась тогда вся власть: оставался другой консул, претор, и в *interregnum* не было никакой надобности. Что же касается *auctoritas patrum*, то она также с течением времени отпала сама собой.

III. Магистратура

§ 14. Общая система магистратур

С установлением республиканского режима вся полнота царской власти не была уничтожена, а была лишь перенесена на новые органы, на двух консулов, и с этой точки зрения римская республика, особенно на первых порах, может представляться действительно лишь как «модификация монархии» (Майр). Сами римские писатели отчетливо подчеркивают это. «*Libertatis originem inde magis quia annum imperium factum sit quam quod deminutum quicquam sit ex regia potestate numeres*» («затем основу свободы составило скорее то, что власть стала годичной, чем то, что было уменьшено нечто из царских прерогатив»), — говорит Ливий (2. 1. 7). Так же выражается и Цицерон: «*uti consules haberent potestatem tempore dumtaxat annum, genere ipso ac jure regiam*» («так что консулы имели власть по времени только годичную, по самому же роду ее и праву — царскую») (de Rep. 2. 56).

Впоследствии, когда к консулам присоединяются другие магистраты, эта принципиальная полнота государственной власти только распределяется на большее число лиц. Римские магистраты поэтому далеко не чиновники в нашем смысле: каждый из них носит в себе частицу царского величия и вместе с народом римским является носителем государственного «величества». Оскорбление магистрата так же, как и оскорбление народа, составляет *crimen laesae majestatis*. Должность магистрата есть не служба, а почесь — *honor* ; поэтому все римские магистраты суть власти выборные и безвозмездные . Такая постановка государственных должностей составляет особенную черту римской республики. Каких — либо юридических, конституционных ограничений власти своих магистратов римляне знают немного: закон о *provocatio*, *Lex Aternia Tarpeia* — и только. Римский плебс, вступивший было в начале своей борьбы на путь этих конституционных ограничений,

впоследствии оставил их и стал добиваться доступа к магистратурам. Когда это удалось, римская демократия не думала о дальнейших ограничениях власти путем закона, предпочитая иные способы гарантировать свободу. Признавая, за указанными пределами, всю принципиальную полноту власти, римляне ставят ее в такие фактические условия, благодаря которым возрождение абсолютизма делается (по крайней мере, до последнего столетия) невозможным. Такими фактически ограничивающими условиями являлись:

1) Кратковременность службы . Все магистраты избираются на короткий срок, большинство на год и только цензор на пять лет. А даже царь, избранный на один год, фактически не будет таким властелином, как царь пожизненный, а тем более династический. И мы видели выше, что сами римские писатели в этой «голичности» власти усматривали главнейшую основу своей свободы («libertatis originem»).

2) Коллегиальность магистратур . Все магистратуры организованы коллегиально: два консула, два, а потом и более, преторов и т. д. Была ли эта коллегиальность продуктом более позднего времени (как думает, например, Бонфанте), или же она (как полагает господствующее мнение) является учреждением, родившимся одновременно с республикой, — не подлежит сомнению, что коллегиальная организация магистратур составляет одну из оригинальнейших черт римского республиканского устройства. Эта коллегиальность, однако, отнюдь не обозначает того, что все однородные магистраты должны действовать совместно, как коллегия; они являются не коллегией, а коллегами . Каждый магистрат действует отдельно и самостоятельно — так, как если бы он был один; каждому из них в отдельности принадлежит вся полнота соответственной власти. Но рядом с ним такая же полнота власти принадлежит другому, и в случае желанья этот другой своим *veto* может парализовать любое распоряжение первого. В этом состоит сущность так называемого *jus intercessionis* (право вмешательства). При этом *jus intercessionis* распространяется не только на соименных коллег, но и на других магистратов, низших по сравнению с интерцедирующим: консул может интерцедировать не только консулу, но и претору, квестору и т. д. Это соотношение магистратур выражается правилом: «*par majorve potestas plus valet*» (равный или вышестоящий обладает большей силой). Из этого правила существуют, однако, некоторые исключения: власть цензора не подлежит ничьей *intercessio*, кроме *intercessio* другого цензора; с другой стороны, народный трибун может интерцедировать всем.

Понятно, что при таких условиях *jus intercessionis* явилось могущественным средством взаимного контроля магистратов и служило действительным противовесом против абсолютистических поползновений отдельных лиц.

В особенно тревожные моменты римская республика прибегает к диктатуре ; тогда все обычные магистратуры замирают, и в лице диктатора государственная власть, при нормальных условиях раздробленная между многими магистратурами и ослабленная возможностью *intercessio*, восстанавливается вновь во всей своей абсолютности; диктатор отличается от царя только коротким сроком своих полномочий.

3) Ответственность перед народом . Наконец, последним условием, фактически ограничивающим возможность произвола со стороны магистрата, служило то обстоятельство, что все они за свои должностные действия могли быть привлечены к суду народного собрания — высшие магистраты по истечении должностного срока, низшие даже и раньше. Суду и ответственности подвергались они при этом не за нарушение тех или иных пределов своей власти (ибо таковых, как сказано, почти не существовало), а за дурное или своекорыстное пользование законной властью. Понятно, что при известных условиях такой суд мог превращаться в расправу одной партии над другой, — но самая возможность суда должна была принуждать магистрата всякий раз чутко прислушиваться к голосу народного мнения.

Власть римских магистратов носит общее название *imperium* и *potestas* . Первоначально, несомненно, оба эти термина употреблялись безразлично, но впоследствии стали различать *magistratus cum imperio* и *sine imperio* (с властью *imperium*; *sive imperio* — без власти *imperium*), причем последним (например, цензор, трибун) стали приписывать *potestas* (*ensoria, tribunicia*), и таким образом стали как бы вкладывать особое содержание в понятие *imperium* и в понятие *potestas*. Только та власть обыкновенно называется *imperium*, которая заключает в себе функции военную, общеадминистративную и уголовную (следовательно, вполне — власть консула и претора), хотя вообще нужно сказать, что терминология эта не отличается строгой выдержанностью.

Существеннейшие права римского магистрата (не каждому магистрату, однако, в полной мере принадлежащие) сводятся к следующим: а) право сношений с богами от имени римского народа (*jus auspicio*); б) право сношений с сенатом и народом (*jus agendi cum patribus et cum populo*), то есть право вносить в сенат *relationes*, а в народные собрания *rogationes*; в) право издания общеобязательных распоряжений (*jus edicendi*; первоначально такие распоряжения объявлялись народу устно *in contione* (при скоплении народа, в собрании), отсюда слово «*edictum*», а впоследствии они выставлялись в письменной форме на форуме); д) высшее военное командование со всеми относящимися сюда функциями; е) высшая административная и полицейская власть, то есть общая

охрана внутреннего общественного порядка, откуда проистекает также, по римским представлениям, уголовная юрисдикция магистратов, их участие в гражданском суде и их полицейская власть в собственном смысле слова.

Средствами для осуществления распоряжений во всех этих областях в руках магистратов являлись: 1) право личного задержания непослушного (*jus prendendi*), 2) предание суду (*in jus vocatio*), 3) наложение штрафа (*multae dictio*), 4) арест какой — либо вещи, принадлежащей ослушнику, для обеспечения его повиновения (*pignoris capio*). К этим средствам могли прибегать не только высшие магистраты *cum imperio*, но в пределах их специальной компетенции и все другие (эдил, квестор и т. д.).

Imperium, однако, имеет не одинаковую юридическую интенсивность, смотря по тому, где она проявляется, и в этом отношении различается *imperium domi* и *imperium militiae*.

По древнейшему римскому воззрению, обычный гражданский порядок возможен только «дома» (*domi*), то есть на территории собственно Рима, в городе, и *intra pomerium*, то есть в области, лежащей не далее одной мили вокруг его стен. За этими пределами (*extra pomerium*) всегда возможно вражеское нападение, и потому там римлянин находился всегда «на военном положении» (*militiae*). Отсюда и указанное различие в содержании *imperium*. *Imperium militiae* должно обладать большей интенсивностью и непрерываемостью, и те ограничения власти, которые могут быть терпимы дома, не могут быть терпимы вне его. Вследствие этого: а) Внутри городской черты на решения магистрата возможна *provocatio*; вне ее она не допускается; там власть магистрата абсолютна. б) Внутри Рима власть магистрата длится только до истечения срока, вследствие чего до избрания нового возможен пустой промежуток (*interregnum*); *militiae* это невозможно: до приезда преемника старый магистрат остается у власти *pro magistratu* (вместо магистрата). в) Дома все магистраты правят совместно с указанной выше возможностью *intercessio*; *militiae* подобное ослабление власти недопустимо, вследствие чего магистраты или рассылаются сенатом по разным местам (один консул со своими легионами на один театр военных действий, другой на другой; такая указанная сенатом сфера действий каждого и называлась в древнейшее время *provincia*), или же, если оказываются вместе, чередуются во власти (каждый через день и т. п.).

Кроме упомянутых *magistratus cum imperio* и *sine imperio*, в системе римских магистратур различаются еще: 1) *magistratus majores* и *minores*, причем основанием различия служит право на *auspicia majora* или *minora*; к *magistratus majores* относились консулы, преторы и цензоры; все остальные — *minores*. 2) Магистраты курульные и некурульные, смотря по тому, имели ли магистраты право отправлять свою должность, сидя в курульном кресле (*sella curulis*), или же нет. К курульным принадлежат консул, претор, цензор и курульный эдил.

Нередко встречаются случаи, когда властью магистрата обладают лица, не избранные в эту должность. Такие лица действуют *pro consule*, *pro praetore* и т. д., вообще *pro magistratu*, отчего в этих случаях говорят о промагистратурах. При этом иногда низший магистрат действует за высшего, например, претор за консула; иногда же совершенно частное лицо облачается известными официальными полномочиями. Так, например, правители провинций часто посылают вместо себя в те или другие части провинции своих уполномоченных, которые действуют их именем (*legati pro praetore*).

Вокруг каждого магистрата группируется его личный совет — *consilium*, не имеющий, впрочем, никакого официального значения, и целая масса низших служащих, носящих общее название *apparitores*. Таковы секретари и письмоводители (*scribae*), ликторы (*lictores* — вооруженная охрана), глашатаи (*praepones*) и посыльные (*viatores*). Все они состоят на жалованьи, не считаются магистратами и составляют при каждой магистратуре некоторый постоянный штат, переходящий от одного представителя ее к другому. Обыкновенно *apparitores* при данной должности образуют из себя некоторую частную корпорацию, для вступления в которую необходима покупка места.

Выборы магистратов принадлежат народному собранию, и притом различным видам его; об этом было сказано выше (§ 12). Первоначально в любую магистратуру мог быть избран каждый римский гражданин, имеющий право участия в народном собрании; каких — либо особых условий пассивного избирательного права не существовало. Но во второй половине республики появляются уже некоторые ограничения.

Закон 180 г., так называемый *lex Villia annalis*, установил, во — первых, известный иерархический порядок должностей («*certus ordo magistratuum*»): квестор, курульный эдил, претор и консул; попасть на должность консула можно было только пройдя через эти предварительные ступени. Во — вторых, он установил минимальный возраст для занятия низшей ступени этой лестницы — квестуры, но установил косвенно: кандидат должен предварительно отбыть в течение 10 лет воинскую повинность (или, по крайней мере, в течение 10 лет предъясвлять себя к набору); а так как отбывание воинской повинности начинается с 17 лет, то квестором можно сделаться не ранее 27 лет. Наконец, *lex Villia* предписала еще обязательный двухлетний промежуток между сложением с себя одной должности и избранием в другую. Все эти три пункта преследуют одну цель: не допустить слишком молодых и неопытных людей на пост высших магистратов.

Изложенный закон к концу республики потерял свое значение, благодаря совершившимся изменениям в воинской повинности: фактически граждане перестали привлекаться к отбыванию обязательной воинской повинности, войско же комплектуется теперь из волонтеров — пролетариев. Вследствие этого закон Виллия был исправлен согласно новым условиям законом Суллы — *lex Cornelia de magistratibus* (81 г. до Р. Х.). Этот последний закон уже прямо определяет минимальный возраст для занятия каждой должности: для квестуры — 30 лет, для претуры — 40 и для консулата — 42 года.

Лицо, желавшее выставить свою кандидатуру на ту или другую должность, должно было заранее заявить о себе магистрату, созывавшему то народное собрание, в котором должны были происходить выборы; это называется *professio nominis*. Имя кандидата выставлялось затем на форум. Промежуток до выборов употреблялся на выборную агитацию (*ambitus*); кандидат, одетый в белую тогу, показывается в общественных местах, стараясь привлечь народную симпатию. В выборе агитационных средств встречались и злоупотребления, подкупы; по крайней мере, среди республиканского законодательства мы находим немало законов, старавшихся бороться с подобной недобросовестной агитацией — так называемые *leges de ambitu*.

Избранный кандидат, если он принадлежит к числу *magistratus cum imperio*, должен получить еще *lex curiata de imperio* (см. выше), а затем всякий — принести присягу на верность законам (*iurare in leges*), что совершалось в общем хранилище законов, в храме Сатурна, в присутствии квестора.

§ 15. Отдельные магистраты и отдельные ветви государственного управления

Во главе всех ординарных магистратур стоят два консула, в древнейшее время называвшиеся *praetores* (чем оттенялась их военная функция: *praetor = prae — itor* — «идти впереди») и *iudices* (чем оттенялась их общегражданская власть: *jus dicere* — «говорить о праве»). Как было указано выше, они избирались сначала только из патрициев, но со времени *lex Licinia* и из плебеев, причем один из консулов должен быть непременно плебей. Консулам принадлежит *suprema potestas* и *maius imperium* — высшая и наибольшая власть (внешним знаком чего являются 12 ликторов); к ним одним сначала перешла вся полнота царской власти, ограниченная только провокацией. Постепенно, однако, значение консульской власти ослаблялось: усиление народных собраний и сената, создание новых магистратур для тех или других специальных компетенций фактически умаляло роль консулов и суживало область их деятельности. Сохраняя в принципе характер высшего государственного органа, в руках которого в потенциальном состоянии покоятся все государственные функции, консулат фактически во второй половине республики почти исчерпывается высшим военным командованием: по общему правилу, консулы со своими легионами находятся вне Рима на том или ином театре военных действий.

Военное дело подвергается в этом периоде коренным изменениям. Принцип всеобщей воинской повинности, как общегражданской обязанности, сохраняется, но в действительности, вследствие сильного прироста количества граждан, далеко превысившего реальные потребности армии, обязательное отбывание ее прекращается. К тому же развитие военной техники требовало для лучшей боевой способности легионов известного постоянства и профессиональности военной службы. Ввиду этого со времен Мария легионы начинают комплектоваться из добровольцев, главным образом, пролетариев, вступающих в легионы ради жалованья и смотрящих на военную службу, как на профессию. Набор войска производится консулами, из которых каждый получает для себя особый корпус в 2 легиона и вместе с ними отправляется в назначенную для его операций местность. Высшие офицеры — *tribuni militum* (по 6 на каждый легион) — первоначально назначались собственно властью консула, но с половины республики избираются народным собранием. Солдаты присягают консулу лично; поэтому с каждой сменой консулов легионы распускаются и происходит новый набор. В случае операций в какой — либо отдаленной местности консул нередко, с соизволения сената, остается там и по окончании своего должностного года в качестве проконсула. Так зарождается возможность более тесной связи военачальника со своими легионами, что играло не раз большую роль в событиях последних времен республики.

Диктатура. В момент каких — либо чрезвычайных затруднений сенат может дать консулу приказание назначать кого — либо диктатором (*dictatorem dicere*). Для придания этому назначению религиозной санкции необходима еще *lex curiata de imperio*. С появлением диктатора прекращалась деятельность всех нормальных магистратов и таким образом как бы восстанавливалась прежняя царская власть, но только на короткий срок (6 месяцев). Диктатору принадлежит *summum imperium*, на которое (по крайней мере, в первой половине республики) не простирается ни *intercessio*, ни *provocatio*. Внешним знаком этой чрезвычайности власти служат 24 лектора.

От таких чрезвычайных и полномочных диктаторов (так называемых *dictator optima lege creatus*) надо отличать диктаторов *imminuto jure* (с ограниченным правом), которые назначались иногда во второй половине республики для исполнения какого — либо одного государственного предприятия — устройства игр, снабжения народа хлебом и т. д. Эти последние диктаторы не имеют *summum*

imperium; при них все остальные магистраты продолжают действовать по — прежнему.

Претура . Согласно римской традиции, претура была учреждена тотчас после восстановления консульской власти законами Лициния и Секстия (368 г.). Общей причиной ее учреждения послужило то обстоятельство, что консулы обыкновенно были отвлекаемы из Рима своими военными делами, а между тем необходимо было иметь в Риме постоянно такого представителя власти, который мог бы быть их заместителем в деле охраны внутреннего порядка и права. Таким заместителем и явился praetor . Первоначально он был только один, но в 242 г. был присоединен и другой специально для наблюдения за peregrинами, которые к тому времени начинают появляться в Риме большими массами для различных торговых дел. Быть может, образцом для учреждения этого второго претора специально для peregrинов послужили аналогичные магистратуры в некоторых торговых греческих городах, например, так называемый χορηγος ξενιοζ в Гортине. С этого времени первый претор называется praetor urbanus , а второй — praetor peregrinus («qui inter peregrinos jus dicit» — «который устанавливает право среди иностранцев»). После покорения Сицилии и Сардинии число преторов было увеличено до четырех (прибавилось еще два — по одному для Сицилии и для Сардинии); а в 197 г. созданы были еще два претора для двух только что присоединенных Испаний. С возникновением при Сулле постоянных судебных комиссий для уголовных дел, находившихся под председательством преторов, число преторов выросло до восьми, а при Цезаре даже до шестнадцати.

По характеру своей власти претор является младшим коллегой консулов — collega minor : ему в принципе подведомственны все те же дела, что и консулу. Minoritas его выражается лишь в том, что претор не имеет jus intercessionis по отношению к консулу, а внешним образом — в том, что претора сопровождают только 6 ликторов. Претор, как и консул, может созывать народные собрания и заседания сената и председательствовать в них; а так как консулы обыкновенно отсутствуют, то претор является там нормальным председателем. Претор также обладает jus edicendi, причем, как увидим далее, его эдикты имели громадное значение для всей истории римского права.

Общую задачу преторской деятельности составляет custodia urbis , то есть общая забота об охране внутреннего гражданского мира и порядка. В этом смысле претура является властью полицейской в самом широком значении этого слова. Как было указано выше, из этой общей заботы об охране мира и порядка, по римским воззрениям, вытекала сама собой как уголовная, так и гражданская юрисдикция претуры. Об участии претора в уголовном и гражданском суде будет сказано подробнее ниже. Здесь же отметим только, что по мере того, как специально — полицейская (в узком смысле) функция все более и более сосредоточивалась в руках ближайших помощников преторов — курульных эдилов, сама она постепенно специализировалась именно в области юрисдикции, превращаясь таким образом в магистратуру, по преимуществу, судебную. Даже там, где преторы преследовали цель полицейскую, они предпочитали прибегать к средствам обыкновенного гражданского процесса.

В связи с этим находится следующее, встречающееся в источниках, теоретическое расчленение функции преторской власти. Там, где претор выступает охранителем общественного порядка посредством штрафов (multae dictio) и других административных взысканий, говорят об imperium merum . Там, где претор действует исключительно как орган судебной власти, где его деятельность направлена только на разрешение частного спора путем применения закона, там источники говорят о jurisdictio . Во всех же тех случаях, в которых претор для вынуждения своего административного приказа прибегает к средствам обыкновенного гражданского процесса (путем интердиктов и т. д.; об этом ниже), мы имеем imperium mixtum (sc. cum jurisdictione — imperium merum — чистая власть, mixtum — смешанная, jurisdictio — «судоговорение»).

Цензура. Как было указано выше, по сообщению римских писателей, когда консулы были заменены военными трибунами с консульской властью, патриции выделили из их полномочий производство ценза и поручили его особой магистратуре — цензорам (443 г.).

Играло ли действительно при учреждении цензуры роль желание патрициев удержать в своих руках эту важную функцию, или же к этому привела переобремененность делами высших магистратов, вследствие чего производство ценза затягивалось (так полагает один из новейших исследователей вопроса Н. О. Лойце), — решить трудно. Во всяком случае, с этого времени цензура делается одной из влиятельнейших римских магистратур. С течением времени в руки цензоров переходят некоторые другие функции, делающие цензуру необходимым органом текущих дел государственного управления. Избираются цензоры в числе двух и обыкновенно на 5 лет (первоначально срок переизбрания цензоров не был определен), но lex Aemilia предписала, чтобы цензоры заканчивали производство ценза не более чем в 1 1/2 года. Период от одного ценза до другого носит техническое название lustrum .

Цензоры не имеют imperium, как консулы и преторы; им принадлежит, однако, potestas и притом с особым характером: она допускает только intercessio коллеги, но не подлежит intercessio других, хотя бы и высших, магистратов. Вручается она посредством lex centuriata de potestate censoria (принятый центуриатными комициями закон о власти цензора) .

Главным назначением цензуры является производство ценза, то есть составление списков населения, распределение граждан по трибам, классам и центуриям, зачисление во всадники, а по *lex Ovinia* и *lectio senatus* (по закону Овиния (312 г. до н. э.) и составление списка сенаторов). Все это сосредоточивало в руках цензоров громадную политическую власть, тем более, что на их решения не было апелляции: от цензора зависело определение политического положения каждого гражданина.

В связи с составлением цензуральных списков развилась и другая немаловажная функция цензорской власти — надзор за нравами, *regimen morum*. Цензорская отметка (*nota censoria*) накладывала пятно бесчестия и могла повлечь за собой весьма существенные политические ограничения — устранение от участия в народных собраниях, исключение из списка сенаторов и т. д. В лучшую пору республики цензура имела большое облагораживающее влияние на всю область политической жизни.

Наконец, к указанным двум функциям цензорской власти присоединилась и третья — участие в финансовом управлении.

Финансовое хозяйство римской республики руководится еще частно — хозяйственным принципом: в нем расходы определяются доходами, а не наоборот. Важнейшими статьями государственных расходов являются: содержание войска, постройка кораблей, проведение дорог, сооружение общественных зданий, расходы на религиозные нужды (постройка храмов и т. д.), жалованье *apparitores* и, наконец, очень крупную статью расхода составляло к концу периода народное продовольствие. — Что касается доходов, то каких — либо прямых налогов граждане в этом периоде не несут. Древнеримский *tributus*, благодаря счастливым войнам и обогащению казны, перестает взиматься, и таким образом устанавливается принцип, что *cives romani* (римские граждане) от податей свободны, вследствие чего наделение кого — либо правами римского гражданства обозначает и освобождение от (прямых) налогов. Провинциалы же, напротив, за редкими исключениями, подлежат платежу податей и именно в двух следующих основных видах: а) *stipendium* — подать, налагаемая сенатом огулом на всю провинцию и имеющая характер продолжающейся военной контрибуции и б) *decuma* (буквально: «десятина») — подать поземельная, состоящая из известной доли продуктов земли (обыкновенно 1/10, откуда и название; но встречаются и 1/5 и 1/7) и являющаяся как бы арендной платой владельцев земли ее собственнику — Риму.

Кроме этих прямых податей, в период республики появляются уже и некоторые виды налогов косвенных; таковы таможенные пошлины с привозимых из заграницы товаров (*portoria*), пошлина за отпускаемых на волю рабов в размере 5 % их стоимости (*vicesima manumissionum*, установленная законом Манлия) и некоторые другие.

Большую статью доходов составляют доходы с государственных промыслов и земель. К государственному промыслам принадлежат разнообразные *metalla* (рудники, копи — *salinae*, золотые прииски — *aurifodinae* и т. д.), рыбные ловли и т. д. Еще важнее государственные земли — *ager publicus*. После каждого завоевания римляне около трети завоеванной территории оставляли себе и затем с этой землей поступали различно. Лучшую, обработанную часть государство размежевывало (*agri limitati*) и потом или отводило для поселения колоний (*ager adsignati*), или же распродавало в частную собственность (продажа совершалась квесторами, вследствие чего эти земли назывались *ager quaestorii*). Земли невозделанные или сдавались в наем за известный оброк (*vectigal*, *agri vectigales*), или же предоставлялись свободному завладению (*occupatio*) всех желающих (*agri occupatorii*). К концу республики, однако, государственные земли в Италии совершенно исчезают: последние остатки их были розданы в эпоху Гракхов колонистам, а при Марии и Сулле ветеранам.

Как и большинство древних государств, Рим избегает прямого взыскания податей и непосредственного (хозяйственного) исполнения казенных предприятий, предпочитая систему откупов и подрядов. На откуп сдаются почти все статьи доходов, и почти все статьи расходов осуществляются путем подрядов. При заключении всех относящихся сюда контрактов казны с частными лицами или компаниями публиканов представителем государства является цензор: он определяет ближайшие условия и формулирует договор (*lex censoria*). Но, конечно, высший контроль во всех этих отношениях принадлежит сенату.

Эдилы были учреждены одновременно с плебейскими трибунами в числе 2 и являлись первоначально только помощниками этих последних. Тотчас после *leges Licinia* к ним присоединяются 2 патрицианских, курульных эдила; но скоро затем все 4 эдила сливаются в одну коллегию с почти одинаковыми правами власти. Эдилы среди римских магистратур представляют должность по преимуществу полицейскую. Хотя в Риме каждый магистрат обладал полицейской властью постольку, поскольку это было ему необходимо для осуществления его основной компетенции, однако возрастание Рима и усложнение общественной жизни создает потребность в некотором сосредоточении полицейского надзора, — и такую полицейскую властью делаются эдилы. Согласно Цицерону, компетенция эдилов вообще складывается из следующих трех функций: а) *cura urbis* — наблюдение за порядком в городе вообще и пожарная полиция; б) *cura annonae* — забота о снабжении народа продовольствием, надзор за торговлею на рынках, за правильностью мер и весов — вообще, торговая полиция; в связи с этим в их руках оказалась и юрисдикция по торговым делам,

регулированию которых были посвящены их эдикты — *edicta aedilicia* ; с) *cura ludorum* — забота об устройстве общественных игр и зрелищ. Ставя, таким образом, эдилов в постоянное соприкосновение с народом и уличной жизнью, эта должность при известном умении могла служить удобным средством для приобретения популярности среди широких народных масс.

Квесторы были первоначально лишь общими помощниками консулов без какой — либо специальной компетенции. Позже их положение сделалось более самостоятельным: они стали избираться в *comitia tributa*, и тогда они мало — помалу специализируются в двух областях — в области уголовной юрисдикции и в заведовании государственной казной и государственным архивом. Что касается уголовной юрисдикции, то, пока она находилась в руках консулов, квесторы, как их помощники, производили предварительное следствие (*quaestores parricidii*). Когда же во второй половине республики уголовный суд перешел к народным собраниям, а затем и к *quaestiones perpetuae* (постоянные комиссии, введенные для отправления судопроизводства по определенным видам уголовных преступлений в I в. до н. э.), роль квесторов в этой области оканчивается, но зато тем сильнее развивается их другая функция — заведование государственным казначейством. На обязанности их лежало хранение казенной наличности (*res publicam custodire*), ведение приходов — расходных книг (*rationes referre*) и т. д. Кроме того, благодаря единству государственного хранилища (каковым являлся Храм Сатурна) квесторы сделались и хранителями государственного архива (государственные акты, списки законов и т. д.). На этом же основании и присяга магистратов на верность законам совершалась перед квесторами. Сначала число квесторов было 2, затем — 4, 8, при Сулле — 20, а при Цезаре — 40. Из этого числа часть квесторов оставалась в городе для заведования казной и архивом — *quaestores urbani* или *aerarii*, другие прикомандировывались к военачальникам для ведения финансовых дел их армий (выдача сумм на содержание, уплата жалованья и т. д.), третьи для той же цели посылались в провинции к проконсулам и пропреторам; наконец, четвертые наблюдали в приморских городах и некоторых других местах за поступлением таможенных пошлин и другими хозяйственными делами государства (квестор для Галлии и *quaestor Ostiensis* для *res frumentaria*).

Совершенно особое место среди римских магистратур занимают народные трибуны. Не имея сами какой — либо самостоятельной компетенции, они являются только своеобразными контролерами по отношению к другим магистратам, являются магистратурой против магистратур. Учрежденные сначала в качестве защитников плебейского сословия против произвола патрицианских магистратур (*auxilium latio adversus consulare imperium*) и облеченные особой неприкосновенностью (*sacrosancti*), трибуны приобрели мало — помалу право протеста не только против конкретных распоряжений магистратов, но и против устанавливаемых ими общих норм. Равным образом они добились права участия в заседаниях сената. Они созывают плебейские собрания и председательствуют в них — одним словом, являются вождями всего плебейского сословия и воплощают в себе всю силу социально низших народных масс.

Остальные, более мелкие, магистраты носили все вместе общее наименование — *viginti sex viri*, потому что их было всего 26. В это число входят: 1) *Tresviri* (коллегия трех) *capitales* или *nocturni*; на обязанности их лежала низшая полиция безопасности: расследование на месте преступлений, совершение смертной казни (поэтому — «*capitales*»), пожарная полиция, по преимуществу ночью (поэтому — «*nocturni*») и т. п. 2) *Tresviri monetales*, заведовавшие чеканкой монеты. 3) *Decemviri stlitibus iudicandis* (коллегия десяти) — коллегия для разбора некоторых гражданских дел. 4) *Quattuorviri viis in urbe purgandis* и *Duoviri viis extra urbem purgandis* (комиссия четырех; *duoviri* — комиссия двух. Первые надзирали за состоянием дорог в городе, вторые — за городской чертой), смотревшие за содержанием улиц и дорог, и 5) *Quattuorviri jure dicundo Capuam Cumas etc.* («коллегия четырех для отправления правосудия в г. Капуя, г. Кумы и др.»), посылавшиеся в качестве наместников государства в некоторые небольшие города, находившиеся на особом положении и лишенные местной автономии.

§ 16. Управление местное и провинциальное

В начале I века до Р. Х. вся Италия, как было упомянуто выше, была объединена в праве римского гражданства, и этим была создана единая территория государства. На этой объединенной территории на почве закона 45 г. до Р. Х., *lex Julia municipalis*, возникло однообразное местное устройство. Общим принципом этого местного управления Италии является принцип самоуправления, хотя и под некоторым контролем Рима. Организация муниципального устройства является точной копией государственного устройства Рима. Высшим органом местного управления является народное собрание всех граждан данной общины, организованное по местным куриям (собрание куриий). Ему подлежат выборы муниципальных магистратов и решение общих вопросов местной жизни. Далее, наподобие римского сената, в каждом городе существует муниципальный сенат из 100 членов (*ordo decurionum*) с аналогичными функциями. Наконец, в параллель римской магистратуре, существует магистратура муниципальная, в руках которой находится административная и судебная власть. Двум

римским консулам в муниципиях соответствуют *duoviri iure dicundo*, избираемые ежегодно в местных народных собраниях и по характеру своих функций приближающиеся к римским преторам. Они же через каждые 5 лет производят и необходимую ревизию списков муниципальных граждан, сената и т. д. Кроме них, упоминаются еще муниципальные эдилы и квесторы.

Еще не так давно представлявшие из себя самостоятельные государства, все эти муниципии в период республики обнаруживают еще довольно интенсивную внутреннюю жизнь, вследствие чего указанное самоуправление отнюдь не является для них пустой формой. Напротив, замечается даже в них довольно сильный «локальный патриотизм» (О. Зеек).

Совершенно иначе управляются провинции. Основным принципом для них является управление из Рима, а участие населения в своих делах сведено до минимума. Управляют провинциями посылаемые сенатом магистраты, обыкновенно из лиц, бывших ранее консулами или преторами, и потому называемые теперь проконсулами или пропреторами. Разницы между проконсулами и пропреторами во власти нет; они различаются только названием и рангом. Им принадлежит высшее управление провинцией и командование легионами, в ней расположенными; их власть носит все черты *imperium militiae* (военная власть), причем это *imperium* простирается даже на римских граждан, живущих в провинции. Им же принадлежит высшая полицейская, судебная и фискальная власть, определяемая общим уставом провинции (*lex provinciae*), разными специальными законами и сенатскими инструкциями. Провинция разделяется на округа (*conventus*), которые правитель периодически объезжает, творя суд и расправу. В отдаленные части он посылает иногда своих доверенных лиц — *legati pro praetore*, которые действуют его именем и за его ответственностью. Участие самого населения в управлении ограничивается только ближайшей раскладкой податей по отдельным провинциальным общинам.

В. Источники права

§ 17. Законы XII таблиц

Начало республиканского периода ознаменовалось событием, для всего дальнейшего римского праворазвития чрезвычайно важным, — именно, составлением и изданием кодекса, известного под названием законов XII таблиц (*Leges XII tabularum*). Согласно показаниям римских писателей, история возникновения этого важного памятника такова.

Одной из причин для недовольства плебеев против патрициев в первые времена республики была неясность действующего обычного права. Применение права находилось в то время исключительно в руках патрицианских магистратов, и эта неясность права открывала возможность для всяких злоупотреблений со стороны этих последних. Поэтому первую потребностью плебеев было установить действующее право в форме ясных писанных законов. С этой целью еще в 462 г. до Р.Х. плебейский трибун Терентий Арса внес проект о назначении комиссии для составления кодекса. Однако патриции в течение 8 лет противились этой мысли, и лишь благодаря настойчивому поведению плебеев, все время выбиравших тех же трибунов, должны были согласиться. Предварительно решено было послать особое посольство из трех человек в Грецию для ознакомления с греческим правом вообще и с законодательством Солона в особенности. По возвращении этих послов в 451 г. была избрана комиссия из 10 человек для начертания законов — *Decemviri legibus scribundis*, причем на этот год им была отдана вся власть; все магистраты, в том числе и плебейские трибуны, на этот год избраны не были. К концу года децемвиры изготовили значительную часть законодательства, именно 10 первых таблиц, которые и были, по предложению децемвиров, приняты народным собранием. Для окончания работы на следующий год были выбраны новые децемвиры; они изготовили еще 2 таблицы, но по окончании года не захотели сложить с себя полномочий. Это обстоятельство, а также факт грубого нарушения права и справедливости со стороны виднейшего из децемвиров, Аппия Клавдия (знаменитый процесс Виргинии), вызвали народное возмущение и падение децемвиров. Прежний строй был целиком восстановлен, а составленные вторыми децемвирами 2 таблицы были приняты народным собранием по предложению первых после революции консулов.

Вся эта традиционная история возникновения законов XII таблиц была подвергнута в последнее время полному сомнению. Один из виднейших представителей современного скептического настроения, итальянский ученый Э. Пайс (*Ettore Pais*) в своей «Истории Рима», сравнивая предание о возникновении XII таблиц с преданием об обнародовании *legis actiones* Кн. Флавием, находит в обоих много подозрительно сходного (и там и здесь играет роль Аппий Клавдий и т. д.) и приходит к заключению, что компиляция, известная под названием законов XII таблиц, есть не что иное, как частный юридический сборник, составленный в начале III века до Р. Х. некоторым Кн. Флавием.

Еще дальше пошел в этом направлении французский ученый Ламбер. По его мнению, XII

таблиц, как особый законодательный памятник, так же малодостоверны, как *Jus Papirianum* или как две доски заповедей Моисеевых. Самая римская традиция о создании XII таблиц децемвирами возникла в Риме не ранее начала II века до Р. Х. и полна противоречий. В действительности, говорит Ламбер, то, что называется законами XII таблиц, есть не законодательный кодекс, а простое собрание старинных юридических обычаев, появившееся еще позже, чем думал Пайс, — именно в начале II века до Р. Х., и составленное известным юристом того времени — Секстом Элием Петом.

Эти попытки опровергнуть даже самое существование законов XII таблиц встретили, однако, весьма серьезный и вполне убедительный отпор со стороны всех наиболее видных преставителей современной науки. Так, например, Жирар среди многих других соображений усматривает невозможность позднего появления XII таблиц уже ввиду самого характера содержащихся в них положений: положения эти предполагают общество мелких земледельцев, архаический процесс, небольшую территорию (*venditio trans Tiberim* (продажа (в рабство) за р. Тибр) было бы бессмыслицей не только в начале II в. до Р. Х., но и значительно ранее) и т. д. Затем, с гипотезой Пайса или Ламбера совершенно не вязались бы многочисленные довольно ранние законы, отменяющие или дополняющие правила XII таблиц (например, *lex Aquilia*, *lex Furia de legatis* и т. д.).

Возможно, что те или другие детали в изложенной выше истории возникновения законов XII таблиц переданы нам не совсем верно, но отрицать на этом основании самое существование их, как прямого законодательного памятника, и притом приблизительно указанного времени, невозможно.

Подлинные XII таблиц до нас не сохранились; по преданию, они погибли во время галльского нашествия (захват Рима в 387 г. галлами). Но законы XII таблиц пустили прочные корни в народной памяти; они циркулировали в списках и еще во время Цицерона заучивались детьми наизусть. Благодаря этому, хотя и не дошел до нас полный текст этого памятника, тем не менее сохранились отдельные положения из него, переданные нам позднейшими римскими писателями отчасти в буквальных выражениях, отчасти в свободном пересказе. И можно думать, что все существенное содержание кодекса нам известно.

Современные ученые неоднократно пытались собрать воедино все эти отдельные переданные нам положения законов XII таблиц и расположить их в таком порядке, в каком они находились на каждой из первоначальных таблиц. При этих попытках реконструкции руководились следующим соображением. В дошедшем до нас Юстиниановском своде сохранились выдержки из комментария к XII таблицам, написанного Гаем и состоявшего из 6 книг. Предположив, что Гай следовал порядку таблиц и каждую одну книгу своего комментария посвящал двум таблицам подлинного законодательства, на основании содержания известных нам отрывков Гая пришли к следующему распределению: на таблицах I и II находились положения о гражданском процессе, на III производство против несостоятельного должника, на IV — положения об отцовской власти, на V и VI — опека, наследование и собственность, на VII и VIII — обязательственные отношения, на IX и X — *jus publicum* и *sacrum* и на XI и XII — различные дополнительные статьи. Все эти построения, однако, лишены достаточной научной прочности и, прежде всего, они противоречат общему обычаю древних при начертании законов или других актов на досках писать сплошь до конца и затем переходить на другую без всяких соображений относительно содержания.

Как видно уже из приведенного перечня общего содержания, законы XII таблиц касались почти исключительно гражданского права и процесса; из других областей (права государственного или уголовного) есть только несколько совершенно разрозненных постановлений вроде «*de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto*» (положение о *provocatio*), «*privilegia ne inroganto*» (запрещение привилегий) и некоторые другие. Обо всех важнейших постановлениях гражданского права будет идти речь ниже — в истории гражданского права; постановления, касающиеся гражданского процесса, в значительной части уже изложены в учении о *legis actiones*.

Что же послужило источником законов XII таблиц, материалом при их составлении? Нередко высказывается мнение, что на законы XII таблиц оказало большое влияние греческое право. Это мнение как бы подтверждается преданием о посылке депутации в Грецию и об участии в составлении некоего грека Гермодора Эфесского. Однако, ближайший анализ известных нам положений XII таблиц приводит к заключению, что если вообще заимствования из Греции (через посредство греческих колоний в Южной Италии) были, то они, во всяком случае, отразились лишь на сравнительно немногих и несущественных положениях. Огромное же большинство содержащихся в этих законах норм представляет из себя не что иное, как исконные римские обычаи. Децемвиры, по всей вероятности, только формулируют и кодифицируют их, лишь изредка внося что — либо новое в интересах большей ясности и определенности и в соответствии с выяснившимися потребностями времени.

Законы XII таблиц имели громадное значение для дальнейшего развития римского права. Явившись, с одной стороны, синтезом всей предшествовавшей эпохи обычного права, они, с другой стороны, послужили основой для дальнейшего движения вперед. По общему сознанию римлян, они явились «*fons omnis publici privatiq[ue] juris*» («источник всего публичного и частного права» — Тит Ливий), даже значительно позже римские юристы неоднократно комментировали их.

§ 18. Jus civile

На основе законов XII таблиц развивается в дальнейшем система норм национально — римских, применяемых только к римским гражданам (*cives Romani*), в форме обыкновенного гражданского процесса (*legis actiones*). Эта система норм и называется *jus civile* или *jus Quiritium*.

Развитие гражданского права совершается при этом следующими двумя путями: во — первых, путем практического толкования законов XII таблиц (*interpretatio*), а во — вторых, путем дальнейшего законодательства.

Первое (и еще довольно значительное) время после издания законов XII таблиц развитие права совершается почти исключительно путем *interpretatio*. Всякий, даже очень совершенный с редакционной стороны, закон при своем применении к конкретным случаям и к конкретным вопросам жизни нуждается в детальном истолковании своего истинного смысла. Далее, во всяком, даже современном, кодексе встречаются неясности и пробелы; в таком случае приходится решать по аналогии с другими нормами или на основании общего духа законов. Если роль толкования велика и в современной юридической жизни, то она еще больше в эпохи ранние, обладающие неполными, несовершенными и почти всегда казуистическими кодексами. А таким именно кодексом и были XII таблиц. Лицам, в руках которых находилось применение этих законов, приходилось сплошь и рядом производить очень сложную умственную работу, чтобы подвести тот или другой конкретный случай под то или иное постановление XII таблиц, выраженное по большей части неполно и казуистично. При этом жизнь не ждала; условия изменялись, изменялись и потребности, и воззрения. Толкование права не могло оставаться глухим к этим изменениям, и под влиянием их оно нередко начинало цепляться за ту или другую букву закона, за то или другое умолчание его, чтобы провести в жизнь, под видом смысла закона, то, что являлось при изменившихся условиях желательным, хотя бы самый закон имел совершенно иной смысл. Этим и объясняются многие выводы древнеримских *interpretatio*, которые кажутся с точки зрения логики натяжками и даже крючкотворством и примеров которых мы найдем впоследствии немало в истории гражданского права.

Лицами, в руках которых сосредоточивалось в древнейшее время знание и толкование права, были понтифики. Их связь с различными отношениями гражданского права и с древнеримским гражданским процессом была очерчена выше. Благодаря этой разносторонней, но всегда влиятельной связи, в течение всей первой половины республики понтифики являлись исключительными творцами описанной *interpretatio*. Вышколенные долговременной традицией в казуистике сакрального права, они перенесли свою способность анализировать и расчленять и в область светских отношений и несомненно наложили свой логический отпечаток на весь характер древнеримской интерпретации. Не являясь в историческое время ни магистратами, ни судьями, от которых непосредственно зависело решение спорного дела, понтифики, тем не менее, сохранили все значение сведущей в вопросах права корпорации, от которой всегда могли получить компетентный совет и частные люди, и судьи; говоря иначе, понтифики являлись первыми юристами и первыми комментаторами права. А строгий формализм древнего права и процесса, каравший малейшее упущение в форме и букве, делал их помощь почти во всех юридических положениях (при заключении сделки, постановке процесса и т. д.) необходимой.

Накопавшаяся в течение многих поколений интерпретационная традиция отлагалась постепенно в понтификальных записях — *commentarii pontificum*, которые являлись таким образом зародышем юридической литературы. Но эти комментарии, равно как и другие дела коллегии, были закрыты для непосвященных («*jus civile reconditum in penetralibus pontificum*» — «гражданское право сокрыто в святилищах понтификов»). Заботясь о сохранении своего влияния (а, может быть, и связанных с ним материальных выгод), понтифики ревниво оберегали эту тайну. С другой стороны, особенно с большим развитием оборота и деловых сношений, эта постоянная зависимость от понтификов создавала серьезные неудобства для деловых людей. Все настойчивее и настойчивее ощущалась потребность эмансипироваться от этих последних остатков жреческого влияния, секуляризировать эту последнюю область, еще остававшуюся в их руках.

И действительно, предание рассказывает нам, что приблизительно за 300 лет до Р. Х. (к тому же времени относится и допущение плебеев в коллегию понтификов — *lex Ogulnia*) некий Кн. Флавий, сын вольноотпущенника и писец известного демократического реформатора Аппия Клавдия Цека, похитил и обнародовал книгу об исках и исковых формулах (*legis actiones*), которая и получила от его имени название *Jus Flavianum*. Он же вслед за тем обнародовал и календарь, то есть расписание *dies fasti* и *nefasti* («праздничных и будних дней» в праздничные дни запрещалось отправление судопроизводства). За это благодарный народ избрал его в 304 г. в эдилы.

Несомненно, что в изложенном рассказе действительность изукрашена. Как бы то ни было, но опубликование наиболее практической части из понтификальных записей имело большое значение: оно, с одной стороны, уничтожило юридическую монополию жрецов, а с другой стороны, дало толчок светскому изучению права и повело к появлению светской юриспруденции.

Рядом с развитием гражданского права путем *interpretatio* идет и прямая законодательная деятельность народа. Период республики есть вообще эпоха оживленного законодательства, хотя большинство изданных в это время законов касается публичного права и лишь сравнительно меньшая часть посвящена регулированию тех или иных отношений гражданского права. С отдельными законами этого рода мы познакомимся впоследствии (в истории гражданского права); здесь же рассмотрим лишь общие формы республиканского законодательства.

Нормальным органом законодательной власти в этом периоде являются, как известно, народные собрания; поэтому и нормальной формой закона является *lex*, то есть постановление комиций, а со времени *lex Hortensia* (закон Гортензия; 287 г. до н. э.) — и *plebiscitum*.

Инициатива закона может исходить только от магистрата, имеющего *jus cum populo agendi* (право обращения к народу). Проект закона должен быть его инициатором — магистратом выставлен на форум для всеобщего ознакомления, по крайней мере, за *trinundinum* (то есть за три недельных базарных дня, точнее — за 24 дня) до предполагаемого голосования. Это технически называется *promulgare legem* или *rogationem*. В течение этого времени проект уже не может быть изменен; в предупреждение тайных изменений (быть может, в последнюю минуту) *lex Licinia Junia* 62 г. предписала, чтобы одновременно с выставлением закона на форум копия его представлялась в *aerarium*. В промежуток магистрат может созывать *contiones* для разъяснения законопроекта и для агитации в пользу его принятия. Убедившись в невозможности провести проект, магистрат может взять его обратно. В день собрания проект еще раз читается перед народом, причем магистрат обращается к народу с обычной формулой «*velitis jubeatis Quirites ut...*» («постановите и одобрите Квириты, чтобы...») По внесении *rogatio* без всяких дебатов приступают к голосованию, причем со времени *lex Papiria tabellaria* голосование производится посредством опускания табличек.

Ввиду того, что законопроекты могли быть приняты или отвергнуты без всяких поправок и только целиком, возможны были случаи влечения в законопроект статей разнородного содержания — в расчете на то, что предложения безусловно желательные заставят принять и предложения сомнительные. Такие законы называются *leges saturae* (например, *leges Licinae Sextiae*, *lex Aquilia*). Этот порядок вещей, конечно, ненормальный, был отменен законом *Caecilia Didia* 98 г. («*ne quid per saturam ferretur*» — *saturam* — смесь, смешение; *ne quid per saturam ferretur* — «дабы ничто не вносилось [в качестве законопроекта] вперемежку»).

Принятый таким порядком закон становился уже *eo ipso jussus populi* («приказ народа») и тотчас же вступал в действие; какой — либо публикации закона не требовалось, но обыкновенно он записывался на деревянной или медной доске и выставлялся на форуме, что технически называлось *legem figere*; сверх того, копия закона сдавалась на хранение в архив.

В своей редакции закон имеет обыкновенно три существенные части: а) *praescriptio* — наименование магистрата, внесшего законопроект и дающего этим свое имя самому закону; дата принявшего закон народного собрания и название центурии или трибы, подававшей голос первою; б) *rogatio* — то есть самый текст закона, и с) *sanctio* — указание тех последствий, которые повлечет за собой неисполнение закона.

По характеру этой *sanctio* законы обычно разделяются на следующие категории: а) если никаких последствий закон не устанавливает, если, таким образом, *sanctio* отсутствует, то мы имеем *lex imperfecta*; б) если на случай нарушения предписания (например, формы того или иного юридического акта) самый акт объявляется ничтожным, то мы будем иметь *lex perfecta*, и с) если акт сохраняет свою силу, но лишь назначается штраф за нарушение закона, то закон будет *lex minus quam perfecta*.

Кроме закона, как постановления народного собрания, мы встречаем еще в источниках ссылки и на некоторые *senatusconsulta* этого периода, как на нечто, установившее ту или другую норму.

Ввиду того, что сенат в период республики законодательной власти не имел, эти *senatusconsulta* понимают, как инструкции сената магистратам, обладавшим юрисдикцией, причем предписания инструкции приводились в действие властью этих последних. Как бы то ни было, но появление подобных *senatusconsulta* является показателем растущего влияния сената и предвещает ту роль, которую он будет играть в следующий период.

От *leges* в настоящем смысле (*leges rogatae*) надо отличать так называемые *leges datae*. Под этим именем разумеются специальные права и привилегии, даваемые отдельным общинам римскими магистратами — полководцами при покорении известной территории. Но магистраты не имели законодательной власти, и такие постановления даются ими как бы по поручению народа и от имени последнего.

От всей обширной законодательной деятельности этого периода в подлинном виде дошло до нас только очень немногое, да и то лишь в отрывках — в виде случайно найденных обломков досок с текстом закона, надписей и т. п. Важнейшими из этих остатков являются следующие:

1) Так называемая *tabula Bantina*, куски бронзовой доски, найденные в 1790 г. на месте древнего городка Бантия в Лукании; они содержат отрывки закона из времени Гракхов о взятках (*repetundae*) на латинском (одна сторона) и оскском (другая сторона) языках.

2) 11 кусков медной доски, найденные еще в XVI в. и содержащие отрывки других законов: на одной стороне — *lex repetundarum* (закон о взятках), вероятно — *lex Acilia repetundarum*, из эпохи Гракхов, а на другой стороне — *lex agraria* (аграрный закон), вероятно — *lex Thoria agraria* того же времени.

3) Отрывок из *lex Cornelia* (Суллы) *de XX quaestoribus*, найденный также еще в XVI в. в Риме под развалинами храма Сатурна.

Но бесконечно больше мы знаем о законодательстве республиканской эпохи из сообщений различных римских писателей.

§ 19. *Jus honorarium*

Постановления законов XII таблиц даже с дополнениями и изменениями, внесенными путем *interpretatio* и позднейших *leges*, далеко не охватывали всех отношений и далеко не удовлетворяли всем потребностям, которые выдвигала быстро развивавшаяся и усложнявшаяся жизнь республиканского периода. Сплошь и рядом создавались такие отношения, для которых в *jus civile* не было никакой нормы. В таких случаях приходилось бы ожидать, пока народившаяся потребность станет более или менее всеобщей, пока она формируется в народном сознании и вызовет, наконец, соответствующий закон. Но это путь долгий и сложный; римляне, благодаря особенной постановке своих магистратур, нашли иной и чрезвычайно удобный путь, благодаря которому законодательная работа всего народа в сильной степени упрощалась и благодаря которому римское право стало тем, чем оно было для всего человечества и для всей юридической науки.

На обязанности римских магистратов — особенно высших консулов, а затем преторов, — как было сказано раньше, лежала общая забота об охране внутреннего гражданского мира и порядка. Для выполнения этой обязанности им была дана почти неограниченная административная власть (*imperium*) со всеми ее атрибутами (*multae dictio*, *pignoris capio* и т. д.).

Во всех упомянутых выше случаях, когда закон оставлял пробелы, когда то или иное частное лицо терпело какой — нибудь ущерб в своих интересах и не имело возможности добиться удовлетворения путем обыкновенного гражданского иска (где нужно было непременно опереться на ту или другую норму *juris civilis*), оно естественно могло обратиться к магистрату с просьбой помочь ему своей властью. Магистрат производил расследование (*causae cognitio*) и, если находил просьбу, жалобу просителя заслуживающей внимания, удовлетворял ее при помощи административных средств своего *imperium*: например, угрозой штрафа вынуждал лицо, неправильно завладевшее вещью, возвратить ее мне. При этом консул, а позднее претор, формально опирался на свое *imperium*, материально же на свою обязанность и свое право охранять гражданский мир и порядок. Что такое порядок и беспорядок, это было предоставлено его свободному суждению, и во всех случаях подобного рода он своим вмешательством устранял известное положение вещей, как некоторый общественный беспорядок. Таким путем появились в Риме интердикты, то есть консульские или преторские приказы в их древнейшем и простейшем виде, а вместе с тем зародилось консульское и преторское вмешательство в область гражданских отношений.

По мере того, как вниманию претора предъявлялись жизнью путем подобных жалоб однообразные отношения, у него, конечно, вырабатывались и однообразные решения их. Эти установившиеся решения преторы стали заранее объявлять во всеобщее сведение в своих эдиктах.

Преторы, как и другие магистраты, имели право издавать эдикты, то есть постановления, касающиеся вопросов и компетенции и обязательные на время их должностного года.

Одни из этих эдиктов имели в виду какой — либо отдельный, конкретный повод и только для него предназначались, — это так называемые *edicta repentina*. Другие, напротив, имели в виду определить общую программу преторской деятельности на весь его должностной год и содержали поэтому ряд общих абстрактных правил: при таких — то условиях я, претор, насилия не потерплю («*vim fieri veto*»), договора не признаю («*non animadverto*»), заставлю вернуть захваченную вещь, и т. д. Такой эдикт есть в этом смысле *edictum perpetuum* (эдикт постоянный, с отдельным случаем не связанный).

В этих — то *edicta perpetua* и отлагалась постепенно административно — судебная практика преторов. Каждый новый претор при этом, составляя свой эдикт, принимал во внимание эдикты своих предшественников, и благодаря этому с течением времени образовалась известная совокупность преторских норм, переходящих из эдикта в эдикт, и составляющая так называемый *edictum tralatitium*.

Постановления преторского эдикта, созданные претором для своей собственной деятельности, формально для него самого не обязательны: он может следовать им, но может и не следовать; *edictum* стоит не над претором, как *lex*, а под претором, как его собственная программа. Но, конечно, для твердости и ясности правопорядка представляло существенный интерес, чтобы претор оставался верен своим эдиктальным обещаниям. Ввиду этого *lex Cornelia* (Суллы) 67 г. предписал: «*ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent*» («чтобы преторы отправляли судопроизводство, опираясь на свои «постоянные эдикты»»), то есть чтобы они не отступали от своих эдиктов. Этим юридическое

значение эдикта было усилено, так что Цицерон называет его уже «законом на год» — *lex annua* .

Совершенно аналогичное явление наблюдается в специальной области рыночного оборота, порученной наблюдению курульных эдилов , где также с течением времени развивается система особенных норм, выработанных эдилами и отложившихся в *edicta aedilicia* .

Вся же совокупность норм, выработанных практиков преторов, — *jus praetorium* — и практикой эдилов — *jus aedilicium* , составляет *jus honorarium* (от слова *honores* — магистратуры).

Система *jus honorarium*, расширяясь с течением времени, встречается во всех областях со старым гражданским правом, переплетается с ним самым различным образом, и таким путем в области права создается характерное для римского праворазвития явление, известное под именем дуализма правовых систем : в одной и той же области гражданского права действуют одновременно две системы норм разного происхождения и разной юридической природы, причем их взаимоотношение может быть различно.

На первых порах преторские мероприятия имели свою цель исключительно лишь помощь законному (гражданскому) правопорядку и восполнение его пробелов, или, выражаясь словами источников, *jus honorarium* действовало «*juris civilis adjuvandi vel supplendi gratia*» («ради поддержания и дополнения гражданского права»). Конечно, под видом этой помощи и восполнения вносились нередко в область права весьма существенные реформы, но все же претор не становился пока в резкое и открытое противоречие с предписаниями *jus civile*. Но жизнь заставила скоро преторов сделать и дальнейший шаг, выступить с открытыми поправками — *juris civilis corrigendi gratia* («ради исправления гражданского права») — там, где потребности оборота далеко переросли старые нормы гражданского права и где даже самая свободная *interpretatio* оказалась бессильной.

Формальное основание для подобного, не имеющего аналогий в современном государстве, поведения по отношению к закону претор находил в своем *imperium* — власти, как мы знаем, на год почти неограниченной. Конечно, закона, как такового, отменить и предоставляемых им прав отнять претор не мог — *praetor jus tollere non potest* («претор не может упразднить закон»); но осуществляя свою обязанность блюсти общественный мир и порядок, он мог в том или другом отдельном случае, где, по его мнению, того требовали интересы целесообразности, предписать частным лицам нечто иное, чем предписывал закон. Закон, таким образом, отстранялся, делался *sine effectu* ; для данного случая создавалось некоторое новое положение, — но все это формально мыслилось как временное изъятие по некоторым особым условиям этого данного случая. Конечно, фактически , со включением соответствующего преторского решения в *edictum perpetuum*, а затем и в *edictum tralaticium*, это, по идее временное , изъятие становилось постоянным, а закон, *jus civile*, по идее сохраняющий свою полную силу, делался пустым звуком или, как выражаются источники, «голым правом» — *nudum jus Quiritium* .

Поясним некоторыми примерами. Римское гражданское право для передачи права собственности на некоторые вещи требовало определенных формальностей; несоблюдение этих формальностей делало весь акт ничтожным: покупатель собственности на вещь не приобретал, и продавец мог ее всегда по суду отобрать назад; равным образом приобретатель вещи, как не собственник, оказывался незащищенным перед всеми посторонними лицами. Когда указанные формальности утратили всякое значение в глазах общества, претор, не отменяя самого закона (ибо этого он сделать не может), стал отказывать прежнему (а по строгому *jus civile* все еще и настоящему) собственнику в иске о возвращении вещи, а приобретателя защищать в его владении. Таким образом гражданский собственник сохраняет свое квинтское право собственности, но это право есть «голое право», право *sine effectu*, меж тем как новый приобретатель, не имея гражданского права на вещь, пользуется под защитой претора всей практической выгодой его. Претор не может создать ему гражданского права — *praetor jus facere non potest* («претор не может создавать право»), но он может своими мероприятиями создать весьма успешный суррогат его.

По *jus civile*, сын, освобожденный от отцовской власти и вследствие этого выбывший из состава *familia*, лишался права на наследование после отца, и наследство, минуя его, могло перейти к другим, быть может, очень отдаленным, родственникам. С течением времени это стало казаться несправедливым, и претор стал поступать так: не имея возможности дать сыну права наследования в гражданском смысле (дать ему *hereditas legitima*), он вводит его в фактическое владение наследственным имуществом, дает ему *bonorum possessio* , а всякие иски гражданских наследников просто отвергает.

Подобный дуализм правовых норм проникает в большей или меньшей степени во все области гражданского права, создавая в случаях коллизий целую массу совершенно своеобразных явлений; но для правильного понимания этих явлений нужно твердо помнить исторический генезис этого дуализма и вытекающую отсюда юридическую неравномерность права гражданского и преторского.

В объективном смысле гражданское право есть совокупность норм, изданных законодательной властью и абсолютно обязательных как для граждан, так и для магистратов, и притом обязательных навсегда — до отмены. *Jus honorarium* есть, напротив, совокупность норм, изданных административной властью, действительных *de jure* только на один год и для самих органов этой

власти только относительно обязательных (а до *lex Cornelia* — и вовсе необязательных).

В субъективном смысле гражданское право есть непосредственное властное отношение к вещи или лицу. Для осуществления этого отношения путем иска нет нужды в какой — либо активной помощи преторской власти; нужно только, чтобы эта власть не наложила своего *veto*; нужно отсутствие отрицания, а не положительное творчество. Обращаясь к претору за получением исковой формулы, лицо, имеющее за собой гражданское право, обращается к нему лишь как к органу, через который должен пройти всякий процесс. Иск такого лица есть прямое следствие, прямая функция его права: он имеет иск, *actio*, потому что имеет право, *jus*.

Совершенно иной характер имеет преторское субъективное право. Не имея за собой какого — либо гражданского права, желающее получить от претора защиту каких — либо своих интересов, должно обращаться к активному вмешательству преторской власти — *impetium*. Если претор в своем эдикте для того или иного случая обещал дать такую защиту в виде интердикта, предоставления иска и т. д., то этим обещанием он только (относительно) связал самого себя, но не создал чего — либо в руках лица заинтересованного. Если претор не исполнит своего обещания, не даст иска, то у претендента (например, в нашем примере у сына) не остается ничего. Все его право покоится только на преторском обещании дать иск и на действительном исполнении этого обещания; все его право держится *tuitione tantum praetoris* («всецело заботой претора»), только этим иском, и в самом себе не имеет базиса. Вследствие этого преторское право есть следствие иска (или другого преторского мероприятия); лицо имеет право потому, что ему дается иск, а не иск потому, что имеет право.

Описанный дуализм правовых норм, со всеми его коллизиями, имеет массу теоретических и практических неудобств; но зато он открывал римлянам возможность в области права шаг за шагом, не отставая, следовать за изменяющимися условиями жизни и за нарождающимися потребностями. Имея право в каждом конкретном случае отступить от нормы, быть может, устарелого закона и решить так, как того требуют новые условия и новые воззрения, претор практически, в этих конкретных решениях, подготавливал наилучшее разрешение возникавших юридических проблем, являясь в каждый момент выразителем растущего народного правосознания или, как говорили римляне, — *viva vox juris civilis* («живой голос гражданского права»). Конечно, с другой стороны, эта широкая власть претора, его фактическое положение выше закона, открывала возможность и крайне опасного произвола, — но против этого гарантировала римлян в лучшую пору республики вся фактическая же, общественная обстановка, в которой преторам приходилось действовать.

§ 20. *Jus gentium*

К описанным правовым системам — *jus civile* и *jus honorarium* — в период республики присоединяется еще третья система — *jus gentium*, по своей юридической природе, впрочем, почти равная *jus honorarium*, но отличная от него по сфере своего действия.

Как *jus civile*, так и *jus honorarium* простирались только на римских граждан, на *cives Romani*. Но во второй половине республики, когда Рим делается центром всемирной торговли, туда стекаются массы неграждан, перегринов. Завязываются разнообразные деловые отношения с этими перегринами и между этими перегринами. Вместе с этим возникает потребность нормировать эти отношения. И вот римляне создают для них особую магистратуру — *praetor peregrinus*. Он так же, как и *praetor urbanus*, при вступлении в должность издает эдикт, в котором определяет правила своей юрисдикции, и этот эдикт делается основой особого гражданского правопорядка, действующего для отношений римлян с перегринами и перегринов между собой. Нормы этого правопорядка заимствуются из общих обычаев международного торгового оборота, то есть из обычаев, слагающихся в торговле, в которой принимают участие деловые люди разных стран и национальностей. Таким образом, по своему материальному содержанию это есть право общенародное, почему римляне и называют его *jus gentium* (буквально: «право народов»).

Предназначенное первоначально только для сношений перегринов, *jus gentium*, отличавшееся большею свободой и гибкостью, приобрело мало — помалу большое влияние и на собственно римское право. Многие положения его перешли потом — то путем обычая или закона, то путем преторского эдикта — в оборот между самими римскими гражданами, вытеснив институты специфически римские. *Jus gentium* было лабораторией, в которой перерабатывались разнообразные нормы различных народов античного мира, сталкивавшиеся между собой на международном рынке, в одно интернациональное целое, для того, чтобы затем переработать и самое римское право в духе той же интернациональности.

Когда впоследствии (после закона Каракаллы — закон императора Каракаллы, принятый в 212 г. н. э., наделил правами гражданства все население Империи) все жители Римской империи были наделены правами гражданства и вследствие этого перегрины, как таковые, исчезли, вместе с ними исчезла и надобность в особой системе *jus gentium*. Но к тому времени указанная задача была уже выполнена, ибо уже все материальное содержание этой системы было перенесено в чисто римское право.

Но, кроме этого положительного значения, *jus gentium* имеет у римских юристов еще иной смысл. Уже самое происхождение *jus gentium* должно было наводить римских юристов на мысль, что существует некоторое общее для всех народов право, состоящее из правил, признаваемых одинаково всеми, например, родство, почитание родителей, реакция против причиненного зла и т. д. Совокупность этих общепризнаваемых норм они также называли *jus gentium*, независимо от их реального действия *in concreto*.

Задаваясь, далее, вопросом о происхождении такой общности известных правил у различных народов, они полагали, что причиной ее является самая природа человека, а иногда даже природа всех животных («*quod natura omnia animalia docuit*»). С этой точки зрения они называли такое право, диктуемое самой природой, естественным правом или *jus naturale*. Оно есть, по определению Цицерона, некоторое вечное право — «*aeternum quiddam, quod universum mundum reget imperandi prohibendique sapientia*» («нечто вечное, чтобы правила всем миром мудрость приказа и запрета»), закон, который рождается «*simul cum mente divina*» («вместе с божественным разумом») и есть «*ratio recta summi Jovis*» («неколебимый разум великого бога Юпитера).

Само собою разумеется, что *jus gentium* в только что указанном втором значении и *jus naturale* являются не какой — либо новой положительной системой норм наравне с *jus civile*, *jus honorarium* и *jus gentium* в обороте peregrinorum, а лишь первыми попытками юридической мысли в области философии права.

Наконец, нередко в качестве источника права римские юристы приводят *aequitas*, справедливость. Римское понятие об *aequitas* пытаются иногда определить, как принцип равенства всех перед законом. Несомненно, эта идея входит в понятие *aequitas*, но не одна она. Как и наше понятие справедливости, римская *aequitas* представляла из себя нечто охватывающее в одних общих скобках принципы разнообразного характера — принципы морали, социальной политики и т. д. Но точно так же, как и наша справедливость, римская *aequitas* не являлась источником права в положительном смысле, наравне с законом, обычаем или преторским эдиктом.

§ 21. Юриспруденция и юристы

Видным фактором римского праворазвития во второй половине республики делается светская юриспруденция. Не обладая ни законодательной, ни эдиктальной властью, юристы своими толкованиями и разъяснениями в высокой степени способствуют развитию и совершенствованию права.

Выше было указано, что с обнародованием *jus civile Flavianum* было подорвано в области правоведения исключительное господство pontifиков и была открыта дорога для образования светской юриспруденции. Предание сообщает нам, что первый же pontifex maximus из плебеев Tiberius Coruncanus (253 г. до Р. X.) стал давать свои советы тяжущимся публично, то есть стал допускать к своим консультациям всех, желавших ознакомиться с правом. Вслед за этим развитие светской юриспруденции идет быстрыми шагами вперед.

Много причин способствует этому. 1) Строгий формализм гражданского права требовал постоянной осторожности в совершении юридических сделок, в постановке исков и т. д. Для всего этого необходимо было детальное знание права и его интерпретационной традиции. Это вызывало необходимость появления особых специалистов, к которым деловые люди могли бы обращаться за советами. 2) Строй римских магистратур и римского суда благоприятствовал общему распространению юридических знаний в народе: каждый гражданин мог сделаться магистратом, а тем более судьей; для отправления должности необходимо было знание права или привлечение в советники людей, опытных в праве. С другой стороны, многие из этих магистратов, по сложении с себя должности, пользовались приобретенным знанием для того, чтобы помогать своими советами своим преемникам и частным лицам. 3) Наконец, весь уклад римской жизни требовал общего знакомства всех и каждого с элементарными положениями права: весь народ принимал участие в политической жизни, весь народ призывался к обсуждению и решению законодательных вопросов. Неудивительно, если элементарное юридическое образование было частью общего образования (Цицерон сообщает, что законы XII таблиц заучивались мальчиками наизусть) и если в Риме в эту эпоху знание права было широко распространено в народе. Все это вместе в высокой степени подготовляло почву для блестящего развития юриспруденции. И действительно, уже во второй половине республики появляется довольно многочисленный класс юристов.

Деятельность этих юристов, по словам Цицерона, проявлялась в трех формах: *savere*, *respondere* и *agere*. Под этими выражениями разумелось: а) *savere* — выработка наилучших формул для различных юридических актов (договоров, завещаний и т. д.), то есть помощь частным лицам при заключении сделок и т. д.; б) *respondere* — ответы на запросы частных лиц по поводу всяких юридических сомнений; в) *agere* — подача советов относительно постановки исков и процессуального ведения дела; в качестве прямых поверенных римские юристы почти не выступали, ибо процессуальное представительство в Риме не допускалось так свободно, как у нас.

Параллельно начинает развиваться и юридическое обучение . Оно сводится, главным образом, к обучению посредством практики: желающий изучать право допускается присутствовать при консультациях какого — либо юриста и потому называется *auditor* . Конечно, при этом давались ученикам необходимые разъяснения — *disputationes* . С усложнением законодательства и *interpretatio* появляется необходимость давать начинающим предварительно некоторые общие понятия гражданского права, и таким образом зарождается деление юридического обучения на две стадии — *institutio* и *instructio* .

Из отдельных юристов этой эпохи, юристов, которых позднейшие римские юристы называют общим именем «*veteres jurisconsulti*» (древние учителя права), первым заслуживающим упоминания является Секст Элий Пет (в 200 г. эдил, в 198 г. консул, в 190 г. цензор). О нем позднейший юрист Помпоний, от которого дошел до нас в Юстиниановском Своде отрывок об истории права, рассказывает следующее: когда *Jus Flavianum* с течением времени устарело, то есть образовались новые роды исков, формул, которых в нем не было, то Элий Пет составил новую книгу исковых формул, причем эта книга получила название *Jus Aelianum* . Тот же Помпоний сообщает нам далее, что от Элия сохранилась книга, носящая название *Tripertita* , то есть состоящая из трех частей: а) законы XII таблиц, б) комментариев к ним на основании позднейшей *interpretatio* и в) *legis actiones*, то есть исковые формулы. В каком отношении находилось первое сочинение ко второму — неясно: предполагают, что третья часть *Tripertita* и была не что иное, как упомянутое *Jus Aelianum*.

Но Элий Пет не был единственным юристом этого и ближайшего времени, упоминаются и некоторые другие: два Катона (старший 234–149 г. и младший 192–152 г.), два Элия, несколько Муциев и т. д. По — видимому, занятие юриспруденцией делается как бы семейной традицией в некоторых фамилиях. От всех этих юристов — практиков ведут свое начало многочисленные юридические правила (*regulae juris*), ставшие в позднейшее время юридическими поговорками.

Распространение греческой науки и греческой философии в начале I века до Р. X. вызывает сильный подъем и в юриспруденции. Оставаясь практиками, юристы в то же время начинают более разрабатывать юридические вопросы и теоретически. Из юристов этого времени на первом месте должен быть поставлен Квинт Муций Сцевола (консул 95 г.), старейший из юристов, цитированных в Юстиниановском Своде. Он первый дал систематическое изложение гражданского права в 18 книгах, которое служило потом основанием для дальнейших работ в этом роде. Он же оставил после себя немало учеников, из которых наиболее известным является Аквиллий Галл (претор 66 г.).

Новый, критический, дух вносит в юриспруденцию Сервий Сульпиций Руф , друг Цицерона (консул 51 г.), составивший критические замечания на книгу Кв. Муция и вообще написавший, по сообщению Помпония, до 180 книг. Он также оставил после себя целую школу учеников, среди которых выделяются Авл Офилий и Алфен Вар . Труды всех этих учеников были собраны потом в 140 книгах.

С. Гражданский и уголовный процесс

§ 22. Переход к формулярному процессу

В области гражданского процесса в течение всей первой половины республики продолжала действовать система *legis actiones* , хотя не без некоторых дополнений и изменений. В ряду этих дополнений на первом месте надо упомянуть введение пятой формы *legis actio* — *per conditionem* , описанной выше и установленной, по свидетельству Гая, двумя законами — *lex Silia* и *lex Calpurnia* , время которых, однако, неизвестно. Как форма, сравнительно с другими более простая, *legis actio per conditionem* должна была для исков из обязательств занять главное место. Этому же времени принадлежит если не установление, то, во всяком случае, большее распространение и четвертой формы — *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* , хотя более точных данных на этот счет мы не имеем.

Существенные изменения претерпела и *legis actio per manus injectionem* . Как было сказано выше, сам должник, подвергнувшийся *manus injectio*, права возражения и защиты не имел: за него должен был выступить *vinde*, который, отстранив руку кредитора, освобождал от процесса должника окончательно, но в случае неосновательности своего вмешательства подлежал ответственности *in duplum*. В период республики отдельными законами для ряда случаев, к которым применяется *manus injectio*, этот порядок отменяется, и предоставляется самому должнику защищать себя (*manum sibi depellere licet* — «дозволено сбрасывать с себя руку», но под угрозой двойной ответственности на случай неосновательности спора), а затем *lex Vallia* (неизвестного времени) оставляет старый строгий порядок только для двух случаев: а) для взыскания по приговору суда — *actio iudicati* и б) для взыскания поручителя против должника, за которого он принужден был заплатить — *actio depensi*. Таким образом, рядом с *manus injectio* в старом, строгом виде — рядом с так называемыми *manus injectio pro iudicato* («наложение руки вместо присуждения»), появляется более мягкий вид — так

называемое *manus injectio pura* («чистое наложение руки»). Смягчение это в высокой степени соответствовало интересам беднейших классов населения, которым, конечно, всего труднее было найти в подобных случаях поручителя (*vindex*). — Весьма важное облегчение в положение несостоятельного должника, уже переданного во власть кредитора, вносит, далее, *lex Poetelia* (326 г.), закон, который, между прочим, отменил продажу должника в рабство. Вообще замечается тенденция ослабить строгость долговых взысканий и перенести ответственность за долг с личности должника на его имущество — тенденция, без сомнения, обязанная своим происхождением настойчивой борьбе плебеев и их трибунов.

Однако, несмотря на все подобные частичные изменения и поправки, система *legis actiones* оказывалась все более и более несоответствующей быстро развивавшемуся гражданскому обороту. Деловая жизнь с каждым годом выдвигала все новые и новые формы отношений, которые вовсе не были известны примитивному обороту эпохи XII таблиц и которые, даже путем чрезвычайных натяжек, не могли быть втиснуты в узкие рамки старых *legis actiones*. Гражданский оборот изыскивает искусственные средства для того, чтобы дать этим новым правоотношениям искомое осуществление. Таким искусственным средством является процесс *per sponsiones*.

Для того, чтобы дать своему спору возможность пойти судебным путем, спорящие стали облекать его в форму пари: каждый из них выставлял свое утверждение («ты должен мне столько — то»; «я тебе ничего не должен» и т. п.) и на случай своей неправоты назначал для себя известный штраф, который он обещал уплатить противнику. Это обещание облекалось в особую форму вопроса и ответа (*stipulatio*) и называлось *sponsio*, с одной стороны, и *restipulatio* — с другой. На основании этих *sponsiones* возникал уже затем обыкновенный процесс об обещанном штрафе: кто кому должен его уплатить. Процесс этот происходит в форме *legis actio* и, вероятно, в форме *legis actio per conditionem*. От процесса *per sacramentum* процесс *per sponsiones* отличался прежде всего тем, что заключение пари здесь происходит не *in iure*, и потом тем, что облекаемые в форму пари претензии могли быть любого характера, а не только такие, которые признает закон.

Но, само собою разумеется, что процесс *per sponsiones*, возможный к тому же лишь при согласии обоих спорящих, только в слабой степени восполнял пробелы устарелой системы и вовсе не устранял крайнего формализма всей процедуры *legis actio*. Как было отмечено выше, стороны должны были в высшей степени точно формулировать свои требования *in iure*, так как малейшая оплошность в этом отношении вела за собой потерю процесса. При значительном усложнении правоотношений такие ошибки делались все возможнее, и понятно поэтому, что развивающийся оборот тяготился этим неуклюжим процессом и желал нового — более гибкого и более свободного. И вот, сообщает Гай, «*per legem Aebutiam et duae Juliae sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*» («по закону Эбуция и двум законам Юлия упразднены были эти легисакционные процессы, и сделалось так, что по формулам мы судимся»).

Согласно этому сообщению, новый порядок процесса был введен законом Эбуция (*lex Aebutia*) и двумя законами Юлия (*duae leges Juliae*). Все эти законы, ввиду отсутствия более подробных сведений, возбуждают многочисленные споры. Прежде всего, неизвестно время их издания. Что касается *lex Aebutia*, то, по новейшим исследованиям Жирара, этот закон приходится на время между 149 и 126 г. до Р. Х. Относительно *leges Juliae* мнения чрезвычайно расходятся: одни думают, что оба эти закона суть законы Августа; другие приписывают один из них Августу, другой Цезарю; третьи, наконец, приписывают оба Цезарю.

Неясна, далее, роль этих законов в самой реформе. Старая теория держалась того мнения, что *lex Aebutia* была вполне реформирующим законом, который прямою буквой своей уничтожал *legis actiones* и устанавливал новый процесс. Но эта теория ныне совершенно оставлена; против нее говорит, во — первых, участие в той же реформе двух законов Юлия, а во — вторых, самое выражение Гая «*effectumque est*», что указывает на реформу как на посредственный результат этих законов. Ввиду этого высказываются различные предположения. По мнению одних (Беккер), уже в позднейшую эпоху процесса *per legis actiones* после устного совершения *legis actio in iure* претор стал давать судье письменное изложение (так сказать, протокол) высказанных там претензий; *lex Aebutia* и *Juliae* только уничтожили необходимость устного совершения *legis actio* и предписали прямо составлять формулу. По мнению других (Влассак, Жирар и др.), *lex Aebutia* ввела только рядом с прежними формами *legis actio* новую форму *per formulam*, предоставив сторонам самим выбирать между ними. Новая же форма процесса была заимствована, вероятно, или из процесса между перебринями перед *praetor peregrinus*, или из процесса, бывшего в употреблении в провинциях. Мало — помалу эта новая форма, как гораздо более удобная, стала вытеснять *legis actiones* из употребления. Законы Юлия идут дальше по этому пути: они ограничивают сферу применения *legis actiones* только известными случаями в виде исключения (именно сохраняют *legis actiones* для процесса перед судом центумвиров и для исков о *damnum infectum* — суд центумвиров — «коллегия ста» — суд по делам о наследстве, личном статусе и т. д.).

Как бы то ни было, но в результате этих законов установился в Риме новый процесс — процесс *per formulas*, или формулярный. Общий смысл совершившейся реформы заключается в

переложении обязанности формулировать предмет спора с плеч сторон на плечи претора. В процессе *per legis actiones* стороны сами должны были формализовать свои претензии, облекая их в соответствующие закону словесные формулы: «*aiō hanc rem meam esse ex jure Quiritium*», «*aiō te mihi S. dare oportere*» и т. д. В процессе формулярном стороны перед магистратом могут излагать дело в любых выражениях и в любой форме; дать же претензиям сторон соответствующее юридическое выражение составляет теперь дело претора. Из объяснений сторон он выводит юридическую сущность спора и эту сущность излагает в особой записке судье, назначаемому для разбора этого дела. Эта записка судье и есть *formula*, отчего и самый процесс называется формулярным. Вместо прежней точной словесной формулы «*aiō hanc rem meam esse ex jure Quiritium*» истец перед претором может говорить какими угодно словами; претор уже сам разберет, что собственно с юридической точки зрения утверждает истец, и в своей записке судье напишет: «*si paret hominem Stichum ex jure Quiritium Auli Agerii* (стереотипное обозначение истца от слова *agere*) *esse, iudex Numerium Nigidium* (стереотипное обозначение ответчика от слова *negare*) *condemna, si non paret, absolve*».

Таким образом, формула теперь, как прежде *legis actio*, представляет изложение юридической сущности спора и составляет те рамки, в которых затем должно двигаться дальнейшее производство *in iudicio*.

Так возник в Риме процесс, который (конечно, развиваясь и совершенствуясь) действовал затем не только в период республики, но и в течение всего следующего периода, процесс, при котором совершилось перерождение римского права из узконационального в общемировое. Вся классическая юридическая литература, отрывки которой дошли до нас в Юстиниановской компиляции, предполагает именно этот формулярный процесс, и потому он заслуживает несколько более обстоятельного рассмотрения.

Освобожденный от оков строгой формалистики, формулярный процесс оказался в достаточной степени гибким, чтобы воспринять в себя самые разнообразные нарождающиеся отношения и дать место различным, даже самым тонким, оттенкам каждого конкретного случая.

§ 23. Общие основания формулярного процесса

Осью всего формулярного процесса является формула; она составляет цель производства *in iure* и основание производства *in iudicio*, являясь юридической формулировкой происходящего перед судом спора. Сообразно такому своему назначению, формула слагается из следующего основного содержания (так называемые обыкновенные составные части формулы).

Начинается она всегда наименованием судьи, к которому данное дело отсылается для разбора; это так называемое *judicis nominatio*: например, «*Octavius iudex esto*» («Октавий пусть будет судьей») или «*Licinius, Sempronius, Seius recuperatores sunt*» («Лициний, Семпроний, Сей пусть будут судьями — рекуператорами», *recuperatores* — буквально: «те кто снова достают что — либо утраченное» — это члены судебных коллегий со специальной юрисдикцией, разбиравшие в порядке упрощенного формулярного процесса некоторые виды частно — правовых споров.). Затем следуют: а) *intentio* — изложение претензии истца, самой сущности спора, например, «*hominem Stichum Ai Ai esse*» («раб Стих принадлежит Авлу Агерия») или «*Nm Nm et Ao Ao 100 dare oportere*» («Нумерий Нигидий должен дать 100 сестерциев Авлу Агерия»), и б) *condemnatio* — поручение судье обвинить или оправдать ответчика, смотря по тому, окажется ли предположение *intentio* правильным или неправильным: «*condemna, si non paret, absolve*». Таким образом, формула имеет всегда вид некоторого условного повелительного предложения:

«*Octavius iudex esto. Si paret hominem Stichum ex jure Quiritium A i A i (Auli Agerii) esse, iudex Nm Nm (Numerium Nigidium) A o A o condemna, si non paret, absolve*». («Октавий да будет судьей. Если окажется, что раб Стих составляет квинтскую собственность Авла Агерия, то ты, судья, Нумерия Нигидия в пользу Авла Агерия обвини; если не окажется, оправдай»).

Иногда, в случаях более сложных, может оказаться необходимым изложить в самой формуле вкратце те факты и обстоятельства, из которых истец выводит свою претензию; тогда в начале формулы перед *intentio* ставится *demonstratio* или *praescriptio*, и формула примет, например, такой вид:

«*Ea res agatur, quod A S A S de N o N o incertum stipulatus est* (Дело идет о том, что А. А. заключил с N. N. договор с неопределенной заранее стоимостью, например, о постройке дома, *domum aedificari*; это *demonstratio*); *quidquid ob eam rem Nm Nm A o A o dare facere oportet* (сколько на этом основании — разумеется, при его неисполнении — следует теперь ответчику в пользу истца уплатить — это *intentio*), *eius iudex Nm Nm A o A o condemna, si non paret, absolve* (столько ты, судья, приговори, в противном случае оправдай — *condemnatio*)».

Иногда, наконец, в формуле появляется еще одна часть — *adjudicatio*. В исках о разделе общего имущества (общей собственности, общего наследства) судье для лучшего осуществления раздела необходимо предоставить право передавать общую вещь в полную собственность одному из

участников с тем, чтобы он уплатил за это известную сумму другому. Вот это — то право и дается судье посредством поручения — «*adjudica*» .

Таковы четыре так называемые обыкновенные составные части формулы. Несколько подробнее надо остановиться на *intentio* и *condemnatio*.

В *intentio* излагается претензия истца, но она может быть различного характера. Прежде всего различаются *intentio in rem* и *intentio in personam*. *Intentio in rem* есть всегда там, где спор идет о каком — либо вещном праве, например, о праве собственности («*S. p. (si paret — «если окажется»)* *hominem Stichum Ai Ai esse*» или о праве вещного пользования чужой вещью — о так называемом сервитуте («*S. p. Ai Ai jus esse eundi agendi in fundo* («что есть право прохода и прохода [скота] в отношении участка») *Ni Ni*»). *Intentio in personam* есть тогда, когда спор идет об обязательстве между истцом и ответчиком (например, «*S. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere*»). Согласно этому различию, и самые иски делятся на *actiones in rem* (иски вещные) и *actiones in personam* (иски личные).

Далее, различают *intentio stricti juris* («строгого права») и *intentio bonae fidei* («доброй совести»). *Intentio stricti juris* вытекает из строгого гражданского права, и потому судья при разборе иска должен принимать во внимание только нормы этого строгого права. Но есть случаи, когда судье предписывается обсудить спор между сторонами, принимая во внимание обычаи оборота и правила деловой порядочности (*bona fides*). В таких случаях в формуле делается добавка «*ex fide bona*» , например:

«*Quod As As de N o N o hominem Stichum emit (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio bonae fidei), ejus judex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve*» («Так как Авл Агерий купил у Нумерия Нигидия раба Стиха, то что бы ни должен был по этой причине Н. Н. дать или сделать А. А. по доброй совести, в отношении этого, судья, ты присуди Н. Н. в пользу А. А., а если этого не окажется, то оправдай»).

Наконец, различаются *intentio certa* и *intentio incerta*. Первая есть всегда там, где дело идет об определенной денежной сумме или об определенной вещи («*S. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere*», «*S. p. hominem Stichum Ai Ai esse*»). Но бывают и такие случаи, когда заранее невозможно указать точную сумму претензий, когда она должна выясниться еще на суде; тогда мы имеем *intentio incerta*. Например:

«*S. p. Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni redditam non esse (demonstratio: истец отдал ответчику на сохранение серебряный стол, а ответчик его не возвратил), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio incerta bonae fidei), ejus judex Nm Nm Ao Ao c. s. p. a.*».

Condemnatio может быть также различна. Иногда судье в самой формуле указывается та сумма, на которую он должен обвинить ответчика (например, «*S. p. Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao centum condemna*» — «если окажется, что Н. Н. должен отдать А. А. 100, ты, судья, присуди Н. Н. в пользу А. А. 100»), в таком случае мы имеем *condemnatio certa*. В других случаях такого указания нет, и сумма приговора еще должна быть определена судьей на основании разбора и расчетов («*quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus judex condemna*» — «что бы ни нужно было дать или сделать по этой причине, в отношении того ты, судья, присуди [ответчика]» или «*quanti ea res ejus judex condemna*» — «сколько эта вещь стоит в отношении того ты, судья, присуди [ответчика]»); это — *condemnatio incerta*. Бывают, наконец, случаи, когда сумма приговора в общем предоставляется судье, но при этом ему указывается известный *maximum*; тогда мы имеем *condemnatio incerta cum taxatione* (например, «*judex Nm Nm dumtaxat centum condemna*»). Но во всяком случае приговор должен гласить теперь всегда на определенную денежную сумму; *condemnatio* в формулярном процессе есть всегда *condemnatio pecuniaria* .

Нет, однако, необходимости, чтобы все указанные составные части были в каждой данной формуле налицо. Непременную принадлежность всякой формулы (кроме *judicis nominatio*) составляет только *intentio* , ибо без претензии истца не было бы и иска. Не столь необходима *condemnatio* : есть случаи, когда истец добивается в настоящий момент только судебного признания своего права, не требуя никакой *condemnatio* ответчика; это признание ему необходимо, по общему правилу, для того, чтобы потом возбудить целый ряд исков и, быть может, против различных лиц. Такие иски называются *actiones praejudiciales* и в формуле, вместо *condemnatio*, содержат только предписание судье объявить о своем признании или непризнании права истца, что технически называется *pronuntitatio* (например, «*S. p. hominem Stichum ex j. Q. Ai Ai esse, judex eum videri, si. n. p. eum non videri pronuntia*»). Масса формул содержит, далее, только *intentio* и *condemnatio* (таковы все иски с *intentio certa stricti juris*); многие формулы имеют, кроме того, еще и *demonstratio* (таковы все иски с *intentio incerta*), и только формулы исков о разделе состоят из всех четырех частей.

Кроме этих обыкновенных составных частей, формулы принимают иногда в себя некоторые особые добавки различного рода. Таковы:

1) *Exceptio*. Против претензии истца ответчик может представить свои возражения. Если он просто отрицает существование утверждаемого истцом права, то он без всякого особого упоминания в формуле защищен словами «*si non paret, absolve*». Но возможно, что ответчик признает, что право

истца действительно возникло, но приводит то или другое обстоятельство, которое делает осуществление этого права со стороны истца несправедливым, например, ссылается на данную ему истцом отсрочку (*actum de non petendo* — соглашение о не востребовании должного) или на обман истца при заключении сделки (*dolus*). В таком случае для того, чтобы предотвратить обвинение, претор включает в формулу особую добавку, как отрицательное условие *condemnatio*; это и есть *exceptio*. Например:

«*Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere atque inter N m N m et A m A m non convenit, ne ea pecunia peteretur*» (*exceptio pacti de non petendo*) («если окажется, что Н. Н. должен А. А. дать 100, а также Н. Н. и А. А. не согласились с тем, чтобы эти деньги не были востребованы») или «*si in ea re nihil dolo malo Ai Ai factum sit*» (*exceptio doli*), *judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a*) («если в этом деле не было злого умысла»).

2) *Praescriptio* есть вставка в начале формулы, делаемая для различных целей. а) Во многих случаях *praescriptio* является лишь изложением обстоятельств дела и тогда она есть то же, что *demonstratio*. б) Иногда *praescriptio* вставляется в интересах ответчика — *praescriptio pro reo* — и имеет то же назначение, что и *exceptio*. в) Но иногда она имеет в виду интересы истца — *praescriptio pro actore*. Нередко бывает, что истец в настоящий момент желает ограничить свой иск только одним каким — либо пунктом, оставляя другие требования из того же правоотношения до другого раза; например, в настоящий момент он желает только, чтобы купленный им участок земли был ему ответчиком передан; все же прочие требования из того же договора покупки (об убытках вследствие несвоевременного исполнения договора и т. д.) он пока оставляет в стороне. В таком случае в начале формулы делается *praescriptio*: «*ea res agatur dumtaxat de fundo mancipando*» (это дело ведется только в отношении участка, который должен быть передан).

3) *Arbitratus iudicis*. Если иск идет о возвращении вещи, которой неправильно владеет ответчик, то перед *condemnatio* делается оговорка «*nisi arbitrato tuo ea res restituetur*». Этой оговоркой предписывается судье обвинить ответчика только тогда, если он добровольно после приказа судьи не возвратит вещь истцу. Если ответчик возвратит вещь, он оправдывается; если не возвратит, то приговаривается к платежу ее оценки — *aestimatio* («*quanti ea res est, condemna*»). При этом, если ответчик не возвращает вещи из простого упорства (*contumacia*), то судья в виде наказания за это предоставляет самому истцу под присягой (*jusjurandum in litem*) оценить вещь. Впрочем, если судья найдет эту оценку слишком высокой, он может ее понизить. Все иски с *arbitratus iudicis* носят название *actiones arbitraiae*.

Составленная таким образом формула является инструкцией для судьи, который будет разбирать дело по существу *in iudicio*, является теми рамками, которыми определяется дальнейшая процессуальная деятельность и судьи, и сторон, и из которых выходить он не вправе. С введением формулярного процесса формализм не исчез окончательно: стороны свободны делать всякие заявления перед претором (*in iure*), но для судьи (*in iudicio*) решающее значение имеет то, что написано в полученной им формуле. Поэтому ошибки в формуле, допущенные по оплошности претора или самих сторон, могут иметь самые решительные последствия.

Возможна, прежде всего, ошибка в *intentio*. Истец, например, может заявить требование на несколько большую сумму, чем он имеет на самом деле право: вместо 90, он требует с ответчика 100 (истец, например, забыл, что ответчик 10 ему уже уплатил); он, таким образом, *plus petit* («требует большего»). Так как в формулу условием *condemnatio* будет поставлен заявленный истцом долг ответчика на 100 («*Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, condemna*»), то судья, следуя тексту формулы и не найдя по расследованию указанного ему условия (долга на 100 нет), должен будет истцу отказать вовсе. Истец потеряет свой процесс, но мало этого: в силу правила, что об одном и том же деле нельзя искать два раза («*ne bis de eadem re sit actio*» — «чтобы не было дважды процесса по одному и тому же делу», он не имеет возможности возобновить иск и на действительно должную сумму; его требование погибло навсегда.

Такая *plus petitio* возможна в различных видах. Можно *plus petere*: а) *re* — вместо девяносто сто, б) *tempore* — слишком рано, не дождавшись срока, в) *loco* — в другом месте, чем должно, д) *causa* — несогласно с другими особенностями договора, например, по договору ответчик обязался доставить истцу или вещь а, или вещь б по собственному выбору; истец же просто требует вещь а.

Если, напротив, истец просит меньше, чем следует — *minus petit*, то, так как в большем заключается и меньшее (в долге на 100 есть и долг на 90), он получит требуемое, но для того, чтобы получить остальное, необходим новый иск, причем истец должен ждать вступления в должность другого претора.

Ошибка, далее, может быть в *demonstratio*: обстоятельства дела неверно изложены; истец настоящий процесс потеряет, но может немедленно начать новый иск, ибо этот новый иск формально будет идти *de alia re*, чем прежний.

Наконец, в *condemnatio* может оказаться поставленной иная сумма, чем в *intentio*: например, сказано: «*Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, judex 200 condemna*». Судья присудит к сумме, обозначенной в *condemnatio* (к 200). Если обозначено больше, от этого в убытке ответчик; если

обозначено меньше, в убытке истец. Но в случае уважительной причины (например, ошибка произошла от рассеянности претора) и тому и другому даруется претором *restitutio in integrum*, то есть восстановление в прежнее положение, как если бы прежнего дела и не было.

Уже из сказанного видно, насколько формулярный процесс проникнут еще процессуальным формализмом. С течением времени этот формализм ослабляется, но все же до самого конца формула остается моментом, для всего дальнейшего производства весьма существенным.

§ 24. Преторские формулы и *actiones praetoriae*

Закон Эбуция имел в виду лишь упрощение процессуального производства, но эта процессуальная реформа имела громадное значение и в другом отношении: она открыла упрощенные и более удобные средства для преторского влияния в области гражданского права, а вместе с тем и для развития *jus honorarium*. Благодаря тому, что составление формулы находится теперь всецело в руках претора, он приобретает возможность воздействовать в двояком направлении.

I. В эпоху *legis actiones*, когда весь ритуал *in jure* состоял из заявлений и действий сторон, когда магистрат играл роль чисто пассивную, он, конечно, в рамках этого процесса не имел никакой возможности оказать какое — либо влияние на исход проходящего пред ним спора, не мог наложить на гражданскую претензию истца свое *veto*, хотя бы и находил эту претензию по существу несправедливой. Если истец заявил «*aiō hanc rem meam esse*» («заявляю, что эта вещь моя») и затем на этом основании совершалась *vindicatio*, *contravindicatio* и т. д., то претор не имел средства остановить *legis actio* и помешать переходу дела *in iudicium*. Он не мог парализовать иска или, как говорят технически, не мог *actionem denegare* («отказать в иске»).

Конечно, если претор желал быть настойчивым, он мог потом, после окончания дела, мерами своей власти (*multae dictio* и т. д.) заставить выигравшего процесс истца вернуть вещь обратно ответчику; но все эти меры лежат уже за пределами данного процесса и не всегда могут дать потерпевшему надлежащее удовлетворение (владельцу всегда лучше не выдавать вещи, чем выдать и затем добиваться ее обратно).

С переходом к формулярному процессу положение изменилось. Теперь составление формулы находится в руках претора; отказав истцу в составлении формулы, претор этим самым может остановить дальнейшее течение процесса и, следовательно, сделать гражданское право истца практически ничтожным (*nudum jus*), правом «без эффекта» (*sine effectu*). Возникает, таким образом, *denegatio actionis*, которая делает претора уже прямым контролером и распорядителем гражданских исков.

К подобной *denegatio* претор прибегает тогда, если для него сразу же ясно, что претензия истца, хотя бы основанная на *jus civile*, несправедлива. Обыкновенно же случается так, что ответчик приводит в свою защиту какое — нибудь такое обстоятельство, которое еще нужно проверить относительно его истинности, например, ссылается на то, что, хотя он и обещал уплатить истцу известную сумму, но лишь потому, что был принужден к тому насильем. Так ли оно было в действительности или нет — надо еще проверить. Такую фактическую проверку претор может произвести и лично (*causae cognitio*), после чего он может *actionem aut dare aut denegare* («либо дать иск, либо отказать в иске»). Гораздо же чаще, чтобы не затруднять себя фактическим расследованием, он перелагает его на судью *in iudicio*, вставив в формулу соответствующую *exscriptio*. Таким образом, *exscriptio* по своему материальному значению есть не что иное, как условная *denegatio*.

II. Но, кроме такого отрицательного воздействия на гражданское право, формулярный процесс открыл дорогу и для более интенсивного положительного влияния претора. Выше было уже отмечено (§ 19), что еще в эпоху *legis actiones* претор мог оказывать известное влияние на отношения между частными лицами путем своих административных приказаний (*interdicta*) и административных мер. С установлением процесса *per formulas* в руках претора оказалось для той же цели средство гораздо более простое и удобное.

Если к нему являлось лицо с претензией, хотя и не имеющей для себя оснований в гражданском праве, но все — таки, по мнению претора, справедливой, то он мог теперь, вместо того, чтобы, как прежде, расследовать дело лично и вынудить исполнение посредством *multae dictio* и т. д., просто — напросто составить соответствующую формулу и передать дело на решение судьи, предписав ему по проверке фактических данных обвинить ответчика. Таким образом, рядом с исками, основанными на гражданском праве, *actiones civiles*, появляются иски преторские — *actiones praetoriae*. В создании этих исков преторское творчество достигает своего зенита.

В основе гражданского иска лежит всегда такое или иное гражданское право истца, некоторое *jus*, которое в иске осуществляется. Поэтому в формуле этого иска условием *condemnatio* ставится наличность такого или иного *jus* истца («*S. p. rem ex jure Q. Ai Ai esse*», «*S. p. jus esse Ai Ai eundi agendi*» и т. д.), и самые формулы этого рода называются *formulae in jus conceptae* («формулы,

составленные на основе гражданского права»).

Материальным основанием всех преторских исков, напротив, является уже не какое — либо право истца на то, чтобы ответчик ему что — либо заплатил, а просто известное фактическое положение дел, совокупность известных фактических обстоятельств, которые делают справедливым, чтобы ответчик заплатил. Поэтому преторские иски опираются всегда на некоторое *factum*, а их формулы являются *formulae in factum conceptae* («формулы, составленные на основе фактической ситуации»).

Раз претор признал справедливым при совокупности известных фактических условий дать просителю иск, то для того, чтобы судья действительно обвинил ответчика, необходимо, чтобы претор в самой формуле даруемого иска условием *condemnatio* поставил эти фактические обстоятельства, чтобы в самом тексте ее они нашли себе надлежащее место. Редакция формулы при этом, однако, может быть различна.

Чаще всего претор просто перечисляет эти факты: если окажется то — то и то — то, ответчика обвини; тогда мы имеем *conceptio in factum* просто.

Но иногда дело может быть упрощено: претор может прибегнуть к фикции (фикция — в юридическом смысле это воображаемое добавление несуществующего или непринятие во внимание существующего обстоятельства в рамках определенных юридических категорий. Фикция не подлежит оспариванию и применяется в исковых формулах для того, чтобы связать с ними новые правовые последствия), и тогда мы будем иметь *formula ficticia*. Например, в известных случаях лицо могло потерять свою гражданскую правоспособность, подвергнуться так называемому *capitis deminutio*; тогда оно исчезало из списка субъектов гражданского права, теряло права, но освобождалось и от обязанностей. Последнее обстоятельство было несправедливо по отношению к его кредиторам, и вот претор стал давать им иск с фикцией «*ac si capite deminutus non esset*» («как если бы не было потери правоспособности»), то есть судье предписывалось в формуле судить так, как если бы ничего в этом смысле не произошло.

Наконец, иногда тем фактическим обстоятельством, на котором истец основывает свою претензию, является долг ему со стороны лица постороннего, чем ответчик, или даже лицу постороннему, чем сам истец (например, предъявляется иск опекуном за малолетнего, находящегося под опекой). Тогда формула образуется посредством так называемой перестановки субъектов. Например: «*Si paret Nm Nm Lo Titio (малолетнему) centum dare oportere, iudex Nm Nm Ao Agerio (опекуну) condemna*»: в *condemnatio* вместо *L. Titium* ставится *A. Agerius*.

Но будет ли формула преторского иска конципирована так или иначе — посредством простого перечисления фактов, посредством фикции или перестановки субъектов, — все равно, формула эта будет по существу всегда *formula in factum concepta*.

Изложенное только что учение о *formulae in jus* и *in factum conceptae* расходится, однако, с учением господствующим. Это последнее полагает, что различие между этими видами формул покоится на том, отсылается ли в данной формуле судья для постановки своего решения только к фактам или же он должен принимать во внимание и объективные нормы *ius civile*. Поэтому к *formulae in factum conceptae* господствующее учение относит только те, где мы имеем *conceptio in factum* просто; напротив, *formulae ficticiae* и *formulae* с перестановкой субъектов оно считает за *formulae in jus conceptae*. С различием гражданских и преторских исков различие между *actiones in jus* и *in factum conceptae* не совпадает: как есть преторские формулы *in jus conceptae* (только что упомянутые *formulae ficticiae* и с перестановкой субъектов), так, с другой стороны, есть и гражданские *formulae in factum conceptae* (таковы так называемые *actiones in factum civiles* или *praescriptis verbis*, где есть гражданская претензия истца, но в формуле, сверх нее, еще указываются и фактические обстоятельства в виде *praescriptio*).

Но это господствующее учение покоится на весьма шатких основаниях: критерий господствующего учения относительно деления формул на *in jus* и *in factum conceptae* настолько слаб, что даже многие из его представителей *actiones ficticiae* причисляют к *formulae in factum*; выражение «*actio in factum civile*» (общепризнанная интерполяция, то есть изменение, внесенное в первоначальный текст и выявленное современными учеными путем источникововедческого анализа. Римские юристы активно прибегали к интерполяциям при кодификации права, используя их как инструмент устранения противоречий в кодифицируемом юридическом материале. Часть интерполяций в римских юридических текстах появилось в Средние века, частью благодаря ошибкам переписчиков, частью — в силу политических и иных причин, побудивших средневековых правоведов вносить изменения в комментируемые ими тексты.) является ныне уже общепризнанной интерполяцией и т. д. Возможно, что в более позднее время выражение «*actio in factum*» стали употреблять для обозначения исков, которые не имели типичных, в преторском эдикте выставленных формул, следовательно, в противоположность *actio proditae* или *vulgares* (провозглашенные, общеизвестные, то есть содержащиеся в преторском эдикте), — но такое словоупотребление не может затемнить первоначального и истинного значения различия между *actiones in jus* и *in factum conceptae*.

§ 25. Общий ход производства

Производство и в формулярном процессе сохраняет свое разделение на две стадии — *jus* и *judicium*. В этом состоит обычный порядок — *ordo judiciorum privatorum*, почему и самый этот процесс, как ординарный, противопоставляется всякому административно — судебному разбирательству, где нет такого разделения, как экстраординарному (*extra ordinem*).

1. Производство *in jure*. Органом суда *in jure* являются в Риме претор, а в муниципиях — муниципальные магистраты, то есть главным образом *Duoviri jure dicundo*.

Как в системе *legis actiones*, так и теперь для начала всякого процесса необходима явка обеих сторон к магистрату: производства заочного и формулярный процесс не знает. Равным образом, и в эпоху формулярного процесса не существует официального вызова в суд: истец сам должен позаботиться о явке ответчика. Для этой цели сохраняются прежние средства — *in jus vocatio* и *vadimonium* — с тем, однако, различием, что преторский эдикт отменил, на случай отказа ответчика, насильственный привод и *manus injectio*, заменив их штрафом *in duplum*.

Стороны, по общему правилу, ведут процесс лично, но в эпоху формулярного процесса появляется уже и процессуальное представительство, причем различаются два вида представителей — когнитор (*cognitor*) и прокуратор (*procurator*). *Cognitor* — это представитель формальный; он назначается представляемым в присутствии противной стороны и в определенных выражениях («*quod ego tecum agere volo, in eam Titium tibi cognitorem do*» — «так как я хочу судиться с тобой, для этой цели предоставляю тебе Тиция в качестве когнитора»), но зато он потом совершенно заменяет представляемого: последний уже не может предъявить тот же иск во второй раз; с другой стороны, взыскание по приговору (*actio judicati*) принадлежит ему, а не когнитору, и направляется против него, а не против когнитора.

Procurator, напротив, назначается бесформально и даже, быть может, без ведома противной стороны. Даже более того: прокуратор может выступить сам в интересах представляемого без всякого поручения (например, кто — либо желает предъявить иск для охраны интересов лица отсутствующего). Вследствие этого его процесс не имеет такого значения, как процесс когнитора: а) после процесса прокуратора представляемый (*dominus*) может сам вчинить новый иск против того же ответчика; и вот, для того, чтобы защитить последнего от двойного взыскания, от всякого прокуратора требуется обеспечение в том, что, если *dominus* не признает процесса прокуратора и предъявит иск лично во второй раз, он, прокуратор, возместит ответчику все его убытки — так называемые *cautio* («гарантия») *de rato habendo*. б) Взыскание по иску, ведомому прокуратором, дается ему, а не *dominus* (он уже сам должен передать взысканное последнему) и направляется против него, а не против *dominus*. Если прокуратор выступил за ответчика, то приговорен будет прокуратор, ввиду этого истец может требовать от прокуратора обеспечения в том, что он, в случае обвинения, уплатит по приговору — так называемое *cautio judicatum solvi*.

В более позднее время, однако, это различие сглаживается: устанавливается правило, что если прокуратор ведет иск по поручению представляемого (*procurator cum mandato*), хотя бы и бесформальному, то *dominus* уже не может не признать процесса прокуратора и не может вчинить иск вторично; вследствие этого подобный *procurator cum mandato* уже освобождается теперь от представления *cautio de rato*. И только представители без поручения остались в прежнем положении.

Когда стороны (лично или через представителей) явились к претору, производство начинается с заявления претензии истцом. Это заявление истец адресует как к претору, так и к ответчику. По отношению к претору это заявление имеет смысл испрошения формулы; по отношению к ответчику это заявление имеет смысл выяснить, какое положение он займет.

Ответчик может сразу же признать претензию истца правильной; тогда мы имеем так называемое *confessio in jure* («признание [правоты истца] в первой стадии процесса»), дальнейший процесс не нужен, истец получает сразу иск об исполнении (*actio judicati*) совершенно так же, как если бы состоялся приговор: своим признанием ответчик сам произнес над собою приговор — *confessus pro judicato accipitur*. Если, однако, претензия истца была *incerta* (то есть не состояла в требовании определенной денежной суммы), тогда необходимо было еще назначение особого судьи для установления размера того, что должен ответчик уплатить истцу — *arbitrium litis aestimandae* (разбирательство по поводу оценки предмета спора).

Но *confessio in jure* случай редкий; обыкновенно же ответчик вступает в спор и тем принимает процесс — *accipit judicium*. Тогда все производство *in jure* имеет свою целью формулирование встречных заявлений сторон (*intentio*, *exceptiones*, *replicationes* и т. п.), составление формулы описанным выше порядком.

Этот нормальный ход производства *in jure* может иногда несколько модифицироваться.

а) В некоторых случаях предъявление иска против данного ответчика зависит от предварительного выяснения некоторых обстоятельств, и с этой целью истцу предоставляется *in jure* предложить ответчику необходимые вопросы, ответ на которые для последнего обязателен. Это так

наз. *interrogatio in iure*. Так, например, истец является кредитором какого — нибудь лица, которое умерло, оставив наследство; он вызывает предполагаемого наследника в суд и здесь предлагает ему вопрос «*an heres sit*» («является ли [тот] наследником»). Чужое животное причинило истцу убытки; неуверенный вполне, кто собственник этого животного, он вызывает предполагаемого собственника в суд и здесь задает вопрос «*an dominus sit*» («является ли [тот] собственником») и т. д. В зависимости от полученного ответа иск или будет поставлен, или нет.

б) Тотчас после заявления претензии каждая из сторон может предложить противнику подтвердить свое заявление присягой — *jusjurandum in iure delatum* («присяга, данная в первой стадии процесса») — и тем закончить спор. Принять это предложение, по общему правилу, для противника не обязательно: он может отказаться, и тогда процесс пойдет своим чередом. Но он может принять предложение и присягнуть (*jusjurandum voluntarium* — «добровольная присяга»); тогда наступает следующее: а) присягнул истец — процесс прекращается, а истец получает для взыскания особый иск — *actio iurisjurandi*; б) присягнул ответчик — он свободен и от всяких дальнейших нападений истца защищен посредством *exceptio iurisjurandi*. — Есть, однако, случай, когда *jusjurandum* обязательно (*jusjurandum necessarium*): при строгих гражданских исках об определенной денежной сумме или об определенной вещи (*condictio certae pecuniae* или *certae rei*) в случае требования со стороны истца ответчик должен присягнуть: отказ от присяги будет равносителен признанию и поведет к его обвинению.

Если процесс не окончен уже *in iure* посредством сознания ответчика или присяги, то с установлением формулы производство перед магистратом заканчивается. Этот момент сохраняет прежнее название *litiscontestatio*, хотя воззвание к свидетелям («*testes estote*» — «будьте свидетелями») в формулярном процессе отпало. Выражается ли теперь *litiscontestatio* в каком — либо внешнем акте или нет — это вопрос невыясненный. По мнению одних (Келлер и др.), *litiscontestatio* представляет теперь тот момент, когда претор передает составленную им формулу истцу. По мнению других (и это, по — видимому, есть мнение господствующее: Влассак и др.), *litiscontestatio* состоит в передаче формулы со стороны истца ответчику (*edere iudicium* — *accipere iudicium*). По мнению третьих (Ленель), передача формулы могла быть заменена тем, что истец диктует ее ответчику (*dictare formulam*).

Во всяком случае, существенно то, что *litiscontestatio* и теперь сохраняет характер некоторого процессуального договора («*iudicio contrahitur*» — «судебным разбирательством заключается соглашение») между сторонами: передавая и принимая составленную при их участии претором формулу, истец и ответчик этим самым соглашались между собою о передаче их спора на решение судьи. Этим договорным характером *litiscontestatio* объясняются многие из последствий этого акта. Важнейшими из них являются следующие:

1) Исконным правилом римского процесса было то, что, раз дело было доведено до *litiscontestatio*, истец после этого не может уже во второй раз вчинить иск о том же, хотя бы по первому процессу разбора и приговора почему — либо не было. Это правило было сформулировано, вероятно, еще республиканскими юристами в виде изречения «*ne bis de eadem re sit actio*» («да не будет дважды иска по одному и тому же делу»). Осуществляется это правило, однако, различно: при *actiones in personam in ius conceptae* — *ipso iure*, то есть без особой ссылки на это со стороны ответчика; при *actiones in rem* и при *actiones in factum* — посредством включения в формулу (вторичного иска) *exceptio rei in iudicium deductae* («возражение ответчика в отношении того, что это дело уже было проведено»): ответчик, таким образом, должен заявить об уже состоявшейся *litiscontestatio in iure*, иначе потом судья его обвинит.

2) По римскому воззрению, в момент *litiscontestatio* старое правоотношение между сторонами, подавшее повод к иску, уничтожается, заменяясь новым — процессуальным правоотношением, которое вообще может быть определено, как обязательство сторон подчиниться приговору суда. Эта смена правоотношений между сторонами формулируется римскими юристами так: вместо «*dare oportere*» после *litiscontestatio* возникает «*condemnari oportere*» («вместо необходимости действия по передаче истцу того, что ему полагается ответчиком, возникает необходимость принятия судебного решения по данному делу»). Таким образом, происходит некоторое обновление правоотношений, *novatio*, и притом, в отличие от обновления, которое может произойти по соглашению сторон вне суда, — *novatio necessaria* («принудительное обновление правоотношения»).

3) Момент *litiscontestatio* является решающим для разбирательства *in iudicio*: при обсуждении вопроса об основательности претензии истца судья обязан расследовать, была ли она правильна в момент *litiscontestatio*, хотя бы после того, к моменту разбора и приговора, обстоятельства изменились. Положим, что в момент *litiscontestatio* истец был собственником вещи, которою владеет ответчик, но к моменту разбора *in iudicio* для ответчика закончился срок приобретательной давности; судья тем не менее приговорит ответчика к выдаче вещи. То же правило применялось первоначально со всей строгостью и к обязательствам: уплата долга после *litiscontestatio* не освобождала ответчика от *condemnatio*; лишь впоследствии это правило было отменено и было признано, что при всяких исках уплата после *litiscontestatio* должна вести к освобождению ответчика от вторичного платежа —

«omnia iudicia absolutoria debent esse» («все судебные решения должны быть оправдательными [в данном случае]»):

4) Наконец, во многих случаях после *litiscontestatio* ответственность ответчика усиливается; он отвечает строже за гибель или порчу спорной вещи, сверх суммы долга обязан платить проценты и т. д.

II. Производство *in iudicio*. В день, выбранный сторонами по взаимному соглашению (однако, не позднее 18 месяцев — *lex Julia*), они должны явиться к назначенному судье для второй стадии производства *in iudicio*.

Органами суда *in iudicio* являются, по общему правилу, как и прежде, частные судьи — *iudices privati*. Однако, для некоторых родов дел в период республики появляются специальные судебные коллегии. Таковы — *decemviri* и *centumviri*. *Decemviri stlitibus iudicandis* в *leges Valeriae et Horatae* 449 г. наравне с плебейскими трибунами были объявлены *sacrosancti*; вероятно, потому (Моммзен), что они тогда же были и учреждены. Компетенция децемвиров (вообще неясная), по — видимо, простирается на дела о праве гражданства (споры о *status*). — *Centumviri* представляют коллегия из 105 человек. Время возникновения центумвирального суда еще более спорно: одни относят его еще к эпохе Сервия Туллия, другие к эпохе XII таблиц и т. д.; вероятнее всего, что этот суд возник лишь после того, как число триб доросло до 35 (105 человек — по 3 от каждой трибы). Суду центумвиров подлежат дела о наследстве, но составляют ли эти дела их исключительную компетенцию, неизвестно. Интересно отметить, что в суде центумвиров процесс *per legis actiones* сохранился и после закона Эбуция.

За исключением тех случаев, когда по тем или другим причинам дело идет на разбирательство в одну из этих коллегий, во всех остальных в качестве судей назначаются каждый раз частные лица — *iudices privati*. Иногда они назначаются в количестве нескольких — трех, пяти; это так называемые *recuperatores*, ведущие свое начало, вероятно, от процесса между иностранцами. Гораздо же чаще назначается одно лицо, *iudex unus*, причем существует некоторое различие между судьями: одни из них называются *iudices*, другие — *arbitri*. В качестве *arbitri* судья является в тех исках, где требуется не столько применение норм права, сколько посредническая деятельность — например, в исках о разделе, размежевании и т. д.; обыкновенно же судья называется *iudex*.

Судья назначается претором, но при выборе его главная роль принадлежит соглашению сторон; лишь при невозможности соглашения претор прибегает или к назначению по собственному усмотрению, или к жребию (*sortitio*). Судьи обыкновенно выбирались из сенаторов, а в более позднее время из *ordo senatorius* и *ordo equester*.

Самое производство *in iudicio* движется совершенно свободно, не связанное никакими формами. В случае неявки истца ответчик может требовать своего оправдания. В случае неявки ответчика спорно: по мнению одних (Жирар), истец может требовать обвинения не явившегося; по мнению других, истец все же должен доказать свой иск, и, если судья признает доказательства недостаточными, он может оправдать ответчика.

Если обе стороны являлись, то производство начиналось с заявлений сторон (*causam perorare*); затем приводились и проверялись доказательства, причем в оценке этих доказательств судья никакими предписаниями не связан: римский процесс так называемой формальной теории доказательств не знает.

Если в конце концов *iudex*, несмотря на приведенные доказательства, найдет дело для себя неясным, он может отказаться дать приговор, принеся присягу «*sibi non liqueere*» («самому не ясно»), — и тогда дело будет передано другому судье. Если же он решает, то свой приговор — *sententia* — он объявляет сторонам устно, без всяких формальностей и без указания мотивов. Произнесением приговора роль судьи оканчивалась.

Приговор (*sententia* или *res iudicata*) творит между сторонами право — «*jus facit inter partes*». Такое значение имеет приговор независимо от вопроса о том, справедлив ли он или нет, ибо «*res iudicata pro veritate accipitur*» (рассмотренное дело принимается как справедливо разрешенное). В принципе на приговор судьи не может быть никакой апелляции в нашем смысле слова, ибо инстанционного порядка судов не существует. Конечно, заинтересованная сторона могла оспаривать действительность состоявшегося приговора, доказывать, что он по тем или другим причинам (например, в момент постановления приговора судья был не в здравом уме) ничтожен, что *res iudicata non est* («дело не разрешено»). Если такой заинтересованной стороной является истец, то он может обратиться за новым назначением судьи и на возражение ответчика о том, что по делу состоялся уже приговор, он может доказывать, что этот приговор мнимый, ничтожный. Если заинтересован ответчик, он в случае предъявления истцом иска о взыскании по приговору — *actio iudicati* — может доказывать, что *iudicatum* не было. Разумеется, если он этого не докажет, он подлежит ответственности вдвое, вследствие чего такая ссылка на недействительность приговора называется иногда *revocatio in duplum* («возвращение к делу в двойном размере»). Некоторые думают, что ответчик может в случаях подобного рода и не выжидая предъявления против него *actio iudicati* предъявить самостоятельный иск о признании приговора ничтожным с риском той же

ответственности *in duplum*, — но это мнение спорно. Во всяком случае, оспаривание действительности состоявшегося приговора не есть апелляция: последняя предполагает именно действительный приговор и лишь имеет целью его пересмотр и исправление. Такого пересмотра формулярный процесс принципиально не допускал. Защиту против приговора, материально несправедливого, можно было получить только путем экстраординарных мер римских магистратов.

Так, прежде всего, благодаря правилу об *intercessio*, можно было обратиться к тому или другому из магистратов (например, к трибуну) с просьбой приостановить взыскание, поскольку оно осуществляется мерами преторской власти. Это и есть *apellatio* в римском смысле. Но *intercessio* здесь только парализует меры преторской власти (например, *missio in possessionem*) и нисколько не затрагивает самого приговора, который *de jure* остается нерушимым.

Кроме того, можно было обратиться и к самому претору, который, если признает жалобу просителя на приговор уважительной, мог в силу своей власти (*imperium*) дать ему так наз. *restitutio in integrum* («возвращение в первоначальное состояние»), то есть повеление считать бывший процесс как бы не бывшим: тогда дело может быть передано другому судье. Но все это меры чрезвычайные, зависящие от особого усмотрения магистрата.

При известных условиях (умышленного неправоудия и т. д.) лицо, потерпевшее от несправедливого приговора, может обратиться с иском об убытках против самого судьи: своим неправоудием судья как бы переносил претензию на себя — «*judex litem suam facit*» («судья делает тяжбу своей»).

III. Исполнение приговора. Приговор или прекращает всякие отношения между сторонами, или создает новые. Прекращает, если приговор был оправдательный: против всяких новых претензий истца из того же спора ответчик защищен посредством *exceptio rei judicatae*. Создает новые, если приговор был обвинительный: тогда возникает вопрос об исполнении, о взыскании. В силу того, что в формулярном процессе приговор всегда гласит на определенную денежную сумму (*condemnatio pecuniaria*), исполнение приговора направляется всегда на взыскание с ответчика этой денежной суммы.

Нормальным средством для такого взыскания является исполнительный иск — *actio judicati*. Этот иск заменил собою прежнюю *manus injectio*, сохранив, однако, некоторые черты этой последней. Между приговором и предъявлением *actio judicati* должно пройти 30 дней, чтобы дать ответчику возможность добровольно исполнить приговор. Если за это время исполнения не последовало, истец предъявляет *actio judicati*, и претор отдает (*addicit, addictio*) ответчика истцу, после чего этот последний уводит его к себе, как своего кабального. Положение долгового кабального, однако, в период республики было значительно смягчено: закон Петелия (*lex Poetelia* 326 г.) отменил продажу в рабство, наложение оков и т. д.; целью кабалы является теперь отработка долга. — Если ответчик желает оспаривать *actio judicati*, он может это сделать сам, не нуждаясь в заступнике (*vindex*); но, вчиняя этот спор, он должен представить поручителя в том, что в случае неосновательности спора истцу будет уплачено (это так называемая *satisfactio* или *cautio judicatum solvi*); таким образом, прежний *vindex* продолжает в ослабленном виде существовать в поручителе. С другой стороны, если спор против *actio judicati* будет впоследствии признан неосновательным, ответчик (или его поручитель) обязан будет платить вдвое — *in duplum*; это тоже остаток прежней *manus injectio*.

Таким образом, взыскание и в этом периоде прежде всего направляется на самую личность должника; нормальным средством исполнения приговора признается личная экзекуция.

С течением времени, однако, обнаруживается тенденция освободить личность должника от непосредственной ответственности и перевести взыскание только на его имущество. Важным в этом отношении является закон Цезаря или Августа — *lex Julia de cessione bonorum* («закон Юлия об уступке имущества»), предоставивший должнику право передать все свое имущество кредитору под присягой, что у него более ничего нет, и тем освободить себя вовсе от личной ответственности.

Рядом с этим претор мало — помалу (быть может, по образцу взысканий казенных) вводит и прямую реальную экзекуцию, обращая взыскание непосредственно на имущество должника и оставляя в стороне его личность. При этом в истории постепенно вырисовываются два вида такой реальной экзекуции: универсальная, — когда взыскание охватывает сразу всю совокупность имущества должника, и специальная, — когда оно направляется на те или другие отдельные вещи.

Универсальная экзекуция есть то же, что конкурс. По просьбе кредитора, имеющего в руках приговор, претор вводит его во владение имуществом должника, дает ему *missio in possessionem* (ввод во владение). Вступивший во владение кредитор делает об этом публичное оповещение, после чего к нему могут присоединиться другие кредиторы того же лица, и, таким образом, открывается общий конкурс. Для ведения дел и ликвидации имущества назначается особый *magister bonorum*, который и производит затем *venditio bonorum*, то есть продажу имущества с аукциона. Имущество несостоятельного продается все огулом; приобретатель его — *emptor bonorum* — вступает во все права должника, делается его универсальным преемником, с обязательством расплатиться с его кредиторами в условленном при продаже проценте.

Позже, уже в императорское время, универсальная *venditio bonorum* заменяется посредством

distractio bonorum , распродажей имущества по частям.

Специальная реальная экзекуция развилась из права магистратов брать вещи в залог для обеспечения исполнения какого — либо их приказа — *pignoris capio*. Мало — помалу претор стал прибегать к этому средству и в интересах частных лиц, для исполнения приговоров, и таким образом появляется *pignus in causa iudicati captum* («ручной залог, взятый для цели исполнения судебного решения»), которое делается впоследствии нормальным средством для исполнения единичного приговора, оставляя *venditio bonorum* для случаев настоящего конкурса. Порядок взыскания при этом таков: по просьбе истца претор посылает своих *apparitores* взять одну или несколько вещей должника; если затем должник в течение 2 месяцев не выкупит залог, то есть не уплатит кредитору, то взятая вещь продается магистратом с аукциона, и вырученную суммой удовлетворяется кредитор.

Благодаря указанным средствам, в развитом формулярном процессе (уже в период империи) личная долговая кабала почти вовсе не встречается.

§ 26. Особенности формы судебной защиты

Рядом с обыкновенным гражданским процессом существуют для известных случаев особенные формы судебной защиты, причем общим для всех их является то, что все они вытекают из *imperium* магистрата и представляют такую или иную модификацию административного воздействия.

Важнейшую из этих форм представляют интердикты. Происхождение их таково (см. § 19). Еще во времена процесса *per legis actiones* лицо, не находившее себе защиты в *jus civile* и в форме обыкновенного гражданского процесса, могло обратиться к консулу, а потом к претору с просьбой защитить его, помочь ему своей властью. Претор лично производил расследование — *causae cognitio* , — и, если находил просьбу просителя заслуживающей уважения, то отдавал противной стороне соответствующее приказание: не производи насилия (*vim fieri veto*), выдай вещь (*exhibeas*) и т. п. Это приказание называется *decretum* , а если содержит в себе запрещение чего — либо, то *interdictum* , откуда и пошло общее обозначение этого средства — интердикт. Преторский декрет или интердикт имеет в эту эпоху характер личного (то есть к определенному лицу адресованного) и безусловного приказа. Если затем противная сторона приказа претора не исполняла, то по новой жалобе просителя и по новому расследованию (действительно ли приказание не исполнено) претор для вынуждения прибегал к обычным мерам *imperium* — *multae dictio*, *pignoris capio* и т. д.

Но этот древнейший порядок имел для претора то большое неудобство, что обременял его необходимостью производить все фактические расследования (допрос свидетелей, осмотр на месте и т. д.). Чтобы избавиться от этой фактической стороны дела, претор стал прибегать к следующему приему. После того, как проситель изложил свое дело, если претор находил, что при изложенных просителем обстоятельствах помочь ему необходимо, он, не расследуя фактической истинности заявлений просителя, издавал общее приказание: так быть не должно, вещь нужно вернуть и т. д. Это приказание, называемое и теперь интердиктом, имеет уже несколько иной характер; оно есть приказание условное : если неверно то, что сообщил проситель, то приказание претора, конечно, не касается ответчика; если же верно, то он должен его исполнить. Если же он все — таки не исполнит, то истец явится к претору во второй раз с заявлением об этом, и тогда претор, опять — таки для того, чтобы самому не проверять этого заявления, принуждает спорящих к процессуальному пари посредством *sponsiones* (*sponsio* истца и *restipulatio* ответчика — ср. § 22: «если я сделал что — либо против приказа претора, обещаю столько — то» и т. п.). На основании этих *sponsiones* возникает потом между ними обыкновенный процесс. Благодаря такому приему, претор, сохраняя в своих руках принципиальную, юридическую оценку жалоб, переносит всю фактическую сторону дела на судью *in iudicio*, а разбирательство чисто административное заменяется процессом судебным.

Интердиктное производство в только что описанном виде связано было всегда для стороны проигравшей с риском потерять сумму пари, то есть тот штраф, который был обещан в *sponsio*; поэтому оно называется производством *cum periculo* (с риском). Но, по взаимному согласию, стороны могли избежать этого риска, обратившись к претору с просьбой прямо дать им судью (*arbiter*), и процесс в таком случае будет *sine periculo* (без риска).

Иногда обе стороны являются к претору с одинаковыми претензиями: они спорят, например, о владении пограничной полосой земли, причем каждый из спорящих считает себя владельцем, а другого нарушителем владения. Тогда претор издает общее приказание, относящееся к обоим: «*uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto*» («запрещаю применять насилие с целью изменения существующего [на данный момент] владения»); в результате этого двухстороннего приказа каждый из спорящих может оказаться в роли истца и в роли ответчика, вследствие чего здесь необходима уже не одна пара *sponsio* и *restipulatio*, а две пары их. Такие интердикты называются *interdicta duplicia*.

По своему содержанию приказание претора может требовать или исполнения чего — либо, или ненарушения чего — либо; поэтому интердикты делят на *interdicta restitutoria* (приказание восстановить что либо, например, вернуть владение вещью), *exhibitoria* (предъявить вещь) и

prohibitoria (воспрещение чего — либо, обыкновенно совершать насилие — «vim fieri veto»). Они встречаются в самых различных областях отношений, касаясь то права сакрального (*interdictum ne quid in loco sacro fiat* — интердикт, запрещающий нарушение неприкосновенности мест, имеющих сакральное значение), то права публичного (*ne quid in loco publico, in flumine publico* и т. д. *fiat* — интердикты, запрещающие действия в отношении общественных мест, рек и т. д.), то, наконец, права частного. В области этого последнего наибольшее значение имеют так называемые владельческие интердикты — *interdicta possessoria*, созданные для защиты фактического обладания вещами. *Interdicta possessoria*, в свою очередь, распадаются на *interdicta adipiscendae possessionis*, дающие просителю такое владение, которого он раньше не имел вовсе (например, *interdictum quorum bonorum* о получении владения наследством), *interdicta retinendae possessionis*, защищающие наличное (уже имеющееся) владение от посягательств, и *interdicta recuperandae possessionis*, возвращающие назад владение, кем — либо отнятое. Но об этих интердиктах подробнее будет сказано в истории гражданского права (§ 58).

В некоторых случаях предъявление интердикта предоставляется всякому из граждан — *cuilibet ex populo*: например, когда дело идет об ограждении порядка в месте священном или публичном. Такие интердикты называются популярными — *interdicta popularia*.

С установлением формулярного процесса, когда претор оказался в состоянии давать формулы, основанные просто на фактических обстоятельствах (*in factum conceptae*), весь описанный сложный ход интердиктного производства сделался, собственно говоря, излишним: для того, чтобы перевести спор *in iudicium*, претор мог обойтись без всяких *sponsiones* сторон, дав просто формулу, в которой предписывалось бы судье при наличии утверждаемых истцом фактов обвинить ответчика. Другими словами, интердикты теперь могли бы быть без всякого ущерба заменены посредством *actiones in factum*. И действительно, мы имеем примеры такой замены; с другой стороны, все дальнейшее развитие права преторской властью совершается не посредством создания новых интердиктов, а посредством создания преторских исков. Если же многие интердикты сохраняются и позже, то это объясняется отчасти историческим консерватизмом, отчасти некоторыми чисто практическими соображениями.

Вторую особенную форму судебной — административной защиты составляют *stipulationes praetoriae*. *Stipulatio* есть то же, что *sponsio*, то есть торжественное обещание уплатить или сделать что — либо, даваемое в виде ответа на торжественный вопрос контрагента («*Centum mihi dare spondes? — Spondeo*» — «Обещаешь дать мне 100? — Обещаю»). Обыкновенно *stipulatio* или *sponsio* заключается по добровольному соглашению сторон, но иногда претор принуждает к заключению ее в интересах защиты какой — нибудь стороны. Так, например, проситель заявляет претору, что здание его соседа грозит обрушиться и при своем падении причинить ему убытки; тогда претор приказывает соседу дать просителю обещание, что, если это случится, он возместит все убытки (так называемая *cautio damni infecti*, пришедшая на смену какого — то бывшего ранее для этого случая легисакционного процесса). Такое обещание нередко сопровождалось еще поручительством, вследствие чего различались *nuda repromissio* (без поручительства) и *satisfactio* (с поручительством).

Третий способ преторской защиты составляет *missio in possessionem*: претор по просьбе просителя вводит его во владение целым имуществом или отдельной вещью. Поэтому *missio in possessionem* является или как *missio in bona*, или как *missio in rem specialem*. *Missio in bona* мы уже встречали выше при исполнении приговоров (§ 25), но есть и другие случаи (например, ввод во владение наследством для обеспечения того, что наследник выплатит возложенные на него отказы — *missio legatorum servandorum causa* и т. д.). *Missio in rem* наступает, например, в только что упомянутом случае *damnum infectum*: если сосед не захочет дать требуемое обещание возместить убытки, то претор вводит просителя во владение угрожающим зданием с правом самому произвести необходимый ремонт за счет ответчика (*missio ex primo decreto* — «ввод во владение на основании первого распоряжения»); если сосед не пожелает возместить и этих издержек на ремонт, претор передает просителю даже самое право собственности на здание (*missio ex secundo decreto* — «ввод во владение на основании вторичного распоряжения»).

Наконец, четвертым средством преторской защиты является *restitutio in integrum*. Иногда может оказаться, что самые правовые последствия какого — нибудь юридического факта приводят в том или другом конкретном случае к явной несправедливости: безвинно пропущен срок; сделка заключена, но под влиянием принуждения или обмана и т. п. Вследствие этого желательным является восстановление прежнего состояния, то есть поставление лица в такое положение, в каком оно находилось бы, если бы означенный юридический факт не совершился. Вот эта — то задача — *restitutio in integrum* — и составляет тогда цель преторского вмешательства. Для такой *restitutio* необходима, с одной стороны, наличность какого — либо вреда, ущерба (*laesio*), и притом значительного, ибо «*minima non curat praetor*» («о незначительном [деле] претор не заботится»), а с другой стороны — наличность тех или других уважительных причин (*iusta causa*), причем оценка уважительности принадлежит претору. В эдикте такими уважительными причинами признаются: *minor aetas* (несовершеннолетие), *dolus* (обман при сделке), *error* (существенная ошибка), *capitis deminutio*

(потеря гражданской правоспособности вследствие, например, усыновления) и *justa absentia* (отсутствие лица, потерпевшего ущерб, вследствие какой — либо государственной надобности и т. п.). В случае признания просьбы о *restitutio* заслуживающей внимания, претор осуществляет затем восстановление в прежнее состояние различными путями: иногда давая просителю иск, иногда защищая его посредством *exceptio* и т. д.

Таким образом, *restitutio in integrum*, в существе своем, не есть какое — либо особое средство преторской защиты, наравне с интердиктами, *stipulationes praetoriae*, *missio in possessionem* или *actio praetoria*; она сама для своего осуществления нуждается в том или другом из этих средств, иногда даже в целом комплексе их. *Restitutio* есть в материальном отношении не что иное, как только известная цель, известная тема для преторского вмешательства в известных случаях.

§ 27. Уголовное право и уголовный суд

Период республики в области уголовного права унаследовал от царского периода полную неопределенность. За исключением тех преступлений против частных лиц (*delicta privata*), которые были предусмотрены в законах XII таблиц и которые были указаны выше, вся остальная область преступлений публичных (*delicta publica*) остается без всякого ближайшего определения. Какого — либо кодекса, который определял бы, какие деяния признаются преступными и какие следуют за них наказания, по — прежнему не существует. Общим источником уголовного права служит и теперь *coercitio* магистратов, то есть материально их свободное усмотрение.

Крупное изменение в этот порядок вещей вносят, однако, уже в самом начале республики законы о *rogatio* и законы о пределах административного штрафования (*lex Aternia Tarpeia*). Магистрат привлекает к ответственности за любое деяние, которое ему покажется преступным, и по своему усмотрению судит, но, если его приговор постановит смертную казнь или штраф свыше указанной нормы, этот приговор может быть обжалован в народное собрание. Благодаря этому обстоятельству приговор магистрата мало — помалу теряет свое значение, и собственными органами уголовного суда делаются *comitia centuriata*, если дело идет о *capite anquirere* (расследование дела, связанного с наказанием смертной казнью), и *tributa*, если дело идет об *anquisitio rescupia* (расследование дела, связанного с наказанием денежным штрафом). Все производство у магистрата приобретает характер предварительного следствия. Таким образом, и в уголовном процессе как бы устанавливается деление на две стадии, аналогичные *jus* и *judicium* в процессе гражданского. Но было бы полной ошибкой усматривать здесь аналогию. Производство перед магистратом в уголовных делах по своему смыслу отнюдь не соответствует производству *in iure* в процессе гражданском: здесь магистрат ничего не разбирает и ничего не решает, меж тем как в уголовном процессе суд магистрата имеет характер настоящего суда по существу: магистрат проверяет обвинение и выносит такой или иной приговор. При этом следует отметить: если приговор магистрата будет оправдательный, то дело решено окончательно: переноса в народное собрание быть не может. Если же приговор магистрата обвинительный, то дело переносится в народное собрание; там происходит новое разбирательство, которое ведет магистрат, но в результате этого разбирательства может быть только или принятие приговора магистрата, или его кассирование: среднего приговора народное собрание ни предложить, ни вотировать не может. Мы видим, насколько иначе складывается уголовный процесс по сравнению с гражданским.

При постановке своих решений народное собрание руководится также своим свободным усмотрением, своим непосредственным чувством; никаких формальных норм и для него не существует. Вследствие этого замена суда магистратов судом народных собраний обозначает собою, в сущности, не что иное, как замену произвола магистратов произволом народа, подчинение магистрата гражданству, а вместе, по справедливому замечанию Моммзена, «могущественнейшую манифестацию римской гражданской свободы».

Уголовный суд народных собраний действует в течение всей первой половины республики, изредка заменяясь для тех или других отдельных случаев, по специальному назначению, особыми чрезвычайными комиссиями — так называемыми *quaestiones extraordinariae*.

Во второй половине республики, однако, суд народных собраний начинает терять свой престиж (в связи с общим падением их авторитета); все более и более дают себя знать все неудобства процесса перед таким огромным судилищем, легко поддающимся соображениям политики и настроениям минуты. Равным образом чувствуется и отсутствие законодательных определений преступных деяний и полагающихся за них наказаний. Под влиянием этих соображений возникает тенденция для различных отдельных видов преступлений создавать постоянные судебные комиссии, причем в инструкциях этим комиссиям точнее определяется как самое понятие данного преступления, так и полагающееся за него наказание. Так возникают *quaestiones perpetuae*, к концу республики почти вовсе отстранившие суд народных собраний. Первою по времени *quaestio perpetua* является *quaestio de repetundis*, комиссия по делам о взятках и вымогательствах должностных лиц, учрежденная законом Кальпурния (149 г. до Р. X.). Затем другими специальными законами

учреждаются *quaestiones de sicariis* (о разбое с убийством), *de veneficiis* (об отравлениях), *de peculatu* (о похищении казенного имущества). Особенно много их было создано законами Корнелия Суллы: *quaestio de ambitu* (о коррупции при проведении выборов), *de maiestate* (об оскорблении величия [римского народа]), *de falso* (о лжесвидетельстве) и др.

Каждая комиссия находится под председательством особого претора — *praetores quaesitores* — и состоит из известного и притом довольно большого (100–200 и более) количества *judices*, выбираемых председателем при участии обвиняемого и обвинителя из особого списка (*album iudicum*), составленного на год.

Существеннейшую особенность производства перед *quaestiones perpetuae* составляет то, что инициатива обвинения принадлежит только отдельным гражданам — частным лицам; это так называемый принцип частной *accusatio*. Ни председатель *quaestio*, ни какой — либо другой магистрат не имели права вчинать уголовное преследование *ex officio*; если не находилось частных лиц, готовых взять на себя роль обвинителя, преступление оставалось безнаказанным. Равным образом, на обвинителе лежала обязанность собирать доказательства, выискивать свидетелей, вести обвинение на суде и т. д. Прекращение дела обвинителем прекращало и самое производство перед судом. За недобросовестное обвинение обвинитель (*accusator*) подлежал известным наказаниям, за успешно проведенный процесс он получал иногда награды. Уголовный процесс, таким образом, построен в значительной степени по началам гражданского, что имеет массу невыгодных сторон, но что по условиям римской действительности являлось также известной «манifestацией римской гражданской свободы». Самое производство велось устно и свободно, сопровождалось обвинительными и защитительными речами ораторов и заканчивалось голосованием приговора судьями.

Благодаря указанным специальным законам, учреждавшим *quaestiones perpetuae*, в Риме появляется ряд отдельных уголовных уставов, определяющих отдельные преступления, а во всей совокупности их возникает впервые некоторый, хотя и разрозненный, уголовный кодекс.

Что касается наказаний, то здесь следует отметить следующую особенность республиканского периода. Уже в первую половину его образовалось правило, что обвиняемый перед *comitia centuriata*, которому грозит смертная казнь, может избежать ее, оставивши до приговора Рим и удалившись в изгнание — так называемое *jus exulandi*. Во второй половине это изгнание — *aquae et ignis interdictio* («запрет огня и воды», то есть запрет предоставлять такому лицу пристанище на территории Рима), — сопровождается, по общему правилу, потерей гражданской правоспособности лица и конфискацией имущества, делается обыкновенным наказанием за все высшие преступления, вместо прежней смертной казни. Дольше всего смертная казнь сохранилась за убийство родственников, но при Помпее она была отменена и здесь.

D. Кризис и падение Республики

§ 28. Очерки экономических отношений

В сфере экономических отношений период республики является периодом колоссальных изменений.

В начале периода римское общество состоит еще в своей главной массе из мелких хозяев, сидящих на своей земле (*adsidui*), живущих земледелием и скотоводством. Не только внешний, но и внутренний оборот незначителен. Народное хозяйство, вообще говоря, находится еще в стадии хозяйства натурального. Как было отмечено выше, на это указывает и политическая организация народа (*comitia centuriata*), и общий характер постановлений XII таблиц, и позднее появление монеты.

Но уже от самых первых времен республики до нас доходят отголоски начавшихся экономических неурядиц и экономической распри: очевидно, экономическое расслоение общества, «экономическая дифференциация» началась.

Уже то большое внимание, которое уделяет законодательство XII таблиц долговому праву, та детальность, с которой оно старается определить порядок взыскания по долгам, свидетельствует о том, что задолженность одних другим стала явлением, в общественной жизни весьма распространенным. А эта задолженность служит всегда показателем некоторого перемещения экономического центра тяжести.

Вся дальнейшая история первой половины республики свидетельствует о том, что отмеченный процесс разложения обостряется все более и более. Борьба экономических интересов аккомпанирует борьбе политической во всех ее стадиях. Основными мотивами жалоб со стороны беднейшего населения являются та же задолженность и безземелие, основными требованиями — облегчение долговой тяготы и допущение к пользованию *ager publicus*. Предание сообщает нам о некоторых мероприятиях в этом направлении, но фактическая безрезультатность их приводит беднейшую часть населения, то есть главную массу плебеев, к мысли добиваться политического господства как

средства к разрешению социального вопроса. Отсюда требование плебейства о допущении его к магистратурам, отсюда демократические реформы народных собраний и т. д. Но едва эти требования удовлетворены, оказывается, что социальный вопрос все — таки не разрешен, и опять начинается повторение прежнего — жалобы на задолженность, безземелие и т. д.

Экономическое расслоение общества быстро прогрессирует, пропасть между богатыми и бедными углубляется. Экономическая эволюция в конце концов приводит к тому, что мелкое и среднее хозяйство почти совершенно исчезает, и общество разлагается на два резко отделенных друг от друга класса: на одной стороне крупные земельные хозяйства и колоссальные состояния, на другой стороне масса безземельного пролетариата, нигде не могущего приложить своих рук и потому лишенного источников существования.

Общей и основной причиной этого социального процесса явилось коренное изменение условий экономической жизни Рима в этом периоде. Рим вышел из своего замкнутого положения; вместе с ростом и расширением своего политического влияния он втягивался в международный экономический оборот и попадал в зависимость от этого последнего. Диктуя свои юридические законы миру, Рим сам оказывался в сетях экономических законов этого мира.

Территория Италии не принадлежит к числу особенно плодородных, к числу прирожденных «житниц мира»; обработка ее требует значительной затраты труда и капитала. Между тем с развитием международных отношений Рим открывается для гораздо более дешевого хлеба, привозимого из более плодородных стран — Сицилии, Африки и т. д. Масса хлеба поступает также в оборот, прибывая в Рим в качестве провинциальной подати (*decuma*). Весь этот иностранный хлеб создает огромную конкуренцию местному, понижая его цену и тем затрудняя хозяйственную жизнь местного земледельца. Эта конкуренция, конечно, гораздо скорее разрушала хозяйства мелкие, тем более, что к этой основной причине присоединялись другие, еще более ускорявшие и обострявшие этот процесс.

В числе этих причин на первом месте должно быть поставлено рабство. Рабы представляли крайне дешевую рабочую силу. То хозяйство, которое могло эксплуатировать их в возможно большем количестве, значительно сокращало этим свои издержки производства, а вследствие этого оказывалось и более устойчивым в экономической конкуренции. А такими хозяйствами были, конечно, хозяйства крупные.

Неравно отзывалась на богатых и бедных и всеобщая воинская повинность. Вследствие почти непрерывных войн в течение первой половины республики почти все трудоспособные граждане должны были беспрестанно — и именно в рабочую пору — покидать свои участки для походов. Крупные землевладельцы переносили это сравнительно легко: благодаря тем же рабам, их земля не оставалась без надлежащей обработки; но на мелкие хозяйства всякое сокращение рабочих рук или рабочих дней действует губительно. Сплошь и рядом для поправления своих дел мелкие хозяева принуждены прибегать к займам, закладам и т. д. Отсюда та задолженность, о которой говорилось выше, а эта задолженность — при сохранении тех же экономических условий — приводит в конце концов к тому, что мелкие хозяева или сами сбывают свои участки, или они у них продаются с молотка. И, конечно, приобретателями являются более богатые.

Ко всему этому во второй половине республики присоединяется еще то, что со стороны римской аристократии возникает усиленный спрос на землю. Как было упомянуто выше, лицам, принадлежавшим к классу *nobiles*, запрещалось участие в торговле и промыслах; единственным остающимся для них экономическим положением было землевладение. По мере увеличения этого класса, по мере возрастания в его среде богатств (в значительной степени добытых «кормлением» в провинциях) усиливается и спрос на землю в Италии, вследствие чего цены на нее поднимаются совершенно несоответственно ее доходности: она нужна только как некоторое помещение капитала. Эти высокие цены служат еще большим соблазном для тесного и задолженного мелкого землевладельца, вызывая у него желание разделаться со своим бездоходным хозяйством за предлагаемую крупную сумму.

Результатом всех этих причин является полное исчезновение мелких крестьянских хозяйств к концу республики и распространение тех латифундий, которые, как известно, «погубили Рим». Равным образом изменяется и самый характер земледельческого хозяйства: размеры запасов сокращаются; на лучших землях ведется хозяйство садовое, а все остальное превращается в пастбище для скота. Землевладение перестает быть хозяйственным предприятием, имеющим свою целью служить нормальным источником дохода, а становится лишь хранилищем мертвого капитала, дающими известные социальные преимущества. Сельскохозяйственная культура в Италии падает.

Одновременно с описанным процессом перестроения аграрных отношений совершается другой весьма важный процесс: по мере того, как земледелие утрачивает свое первенствующее значение в экономической жизни Рима (то есть Италии), на сцену все более и более выступает капитал движимый, денежный и накладывает на все отпечаток коммерческий. Уже к концу первой половины республики торговый и денежный оборот начинает не удовлетворяться старой медной монетой (*ассом*), а с 269 г. до Р. X. она заменяется серебряной — денарием (= 10 ассам; на наши деньги =

приблизительно 1 франку); рядом с денарием чеканится и более мелкая монета — сестерций, равный 1/4 денария (около 10 коп. на наши деньги). Наконец, при Цезаре вводится золотая монета, aureus, равная 100 сестерциям.

Денежный капитал прежде всего приливает в Рим в виде военной добычи, так как по общему правилу Рим после покорения какого — либо врага конфисковывал в свою пользу всю его казну. Пока Рим имел дело со своими небогатыми ближайшими соседями, эта добыча была еще невелика, но после покорения богатых заморских стран (Сицилии, Африки, Азии и т. д.), где имелись огромные сокровища, Рим был залит награбленным золотом и драгоценностями. Все это золото в значительной части своей разными путями попадает в руки руководящего класса римской аристократии и концентрируется там в колоссальные состояния. Эти состояния еще больше увеличиваются во время поездок представителей этого класса в качестве проконсулов и пропреторов в провинции. Выше уже было отмечено, что провинциальные наместники, снабженные неограниченной властью над провинциалами, широко пользовались этой властью и в своих собственных интересах. За ними тянулись в провинции и представители всаднического сословия, забирая в свои руки на откуп провинциальные подати, государственные рудники и т. п., покрывая, под защитой римской власти, все провинции целой сетью своих банкирских и торговых предприятий. Вместе с тем изменяется и общий хозяйственный облик самого Рима. Он делается центром мировой торговли и мировой спекуляции, центральной биржей всего античного мира. В его стенах кипит коммерческая жизнь, развивается сложный денежный оборот, заводится целое состояние профессиональных банкиров (*argentarii*), появляется спекуляция на все предметы торговли и промышленности.

Но денежный капитал также оставляет в стороне подавляющую массу населения, мелких людей. В всех указанных торговых, промышленных и банкирских предприятиях они почти вовсе не находят себе места в качестве вольнонаемных рабочих; они нигде не нужны, ибо и здесь весь необходимый рабочий персонал составляется, главным образом, из рабов; рабы фигурируют не только в качестве низшей рабочей силы, но и в качестве высших ответственных агентов — начальников филиальных отделений (*institores*), капитанов торговых кораблей (*magistri navis*) и т. д. Даже в области мелкого ремесла и мелкой базарной торговли рабы стесняют свободных людей своей конкуренцией, ибо и здесь появляются массы рабов — ремесленников и мелких торговцев, ходящих от господина по оброку.

Можно спорить о том, следует ли или нет экономическое состояние Рима к концу республики называть современным термином «капитализм». Нельзя отрицать того, что между капиталом римским и капиталом современным есть огромная разница: капитал современный направлен по преимуществу на производство, его главная сфера — промышленность; капитал римский, напротив, имеет характер торговый и спекулятивный. Но при всем том социальные результаты, в общем, одни и те же: крайнее расслоение общества на богатых и бедных, концентрация капитала в относительно немногих руках, образование огромной массы пролетариата, не знающего, куда приложить свой труд и где искать источников для своего существования. Благодаря обилию рабов, эти явления в Риме еще резче, и можно сказать, что к концу республики Рим стоял перед так называемым социальным вопросом в его еще более острой форме, чем современность.

Римское правительство не могло, конечно, не видеть всей опасности указанного экономического процесса и растущей пролетаризации народных масс, и в течение всего республиканского периода мы видим ряд попыток остановить этот процесс и так или иначе помочь беднейшим элементам населения. Типичными, периодически повторяющимися мероприятиями в этом направлении являются следующие:

а) Законы, касающиеся задолженности и высоты процентов. Уже законы XII таблиц установили *maximū* процентов в $8\frac{1}{3}$ % годовых (1/12 часть капитала в год, *foenus unciarium* — *ex asse uncia* — «унциарный процент — из асса — унция»); кредиторы, взимавшие больше этого, рассматривались как ростовщики — *foeneratores*, и должны были вернуть излишне взятое вчетверо (*in quadruplum*). В половине IV века до Р. X. вопрос о процентах пережил особенно острый кризис: неизвестный по имени закон 347 г. понизил *maximū* законов XII таблиц наполовину — до $4\frac{1}{6}$ (*lex semiunciaria*), а через несколько лет (342 г.) закон Генуция (*lex Genucia*) декретировал даже полное запрещение процентов. Но, конечно, закон этот мог быть только мертворожденным, и к концу периода обычный *maximū* % установился на 12 % годовых.

В особенно острые минуты народных смут римское правительство решалось даже на законодательное уничтожение или понижение всех существующих в тот момент долгов — так наз. *tabulae novae* («новые таблицы»), то есть искусственное погашение всех прежних отношений должников и кредиторов, приводящее к ведению бухгалтерии «с чистого листа»). Но, само собою разумеется, ни такие чрезвычайные меры, ни законы о ростовщичестве не в силах были парализовать основных причин экономических затруднений и уничтожить экономическую нужду одних и эксплуатацию других: они являлись паллиативами, к тому же на практике легко обходились.

б) Некоторым противовесом растущему обезземелению масс могло бы служить целесообразное распределение тех земель, которые приобретал Рим в качестве *ager publicus*. Но

Рим смотрел на этот земельный фонд исключительно с фискальной точки зрения казенных доходов. Если эти земли не распродавались, то они предоставлялись или в аренду, или для *occupatio* со стороны всех и каждого, причем, конечно, и здесь богатство и капитал захватывали себе львиную долю. Тем не менее, беднейшая часть населения всегда указывала на *ager publicus* как на тот источник, из которого, хотя бы отчасти, могла быть удовлетворена земельная нужда народа. И правительство от поры до поры оказывалось вынужденным удовлетворять этим требованиям. Отсюда многочисленные аграрные законы республиканского периода, общей целью которых является или прямое распределение той или другой части *ager publicus* между мелкими земледельцами, или такое или иное ограничение пользования общественными землями для богатых. Типичным законом этого рода является (если только сообщение о нем соответствует исторической действительности) закон Лициния и Секстия (368 г.), в котором, кроме статьи об облегчении существующих долгов, определяется, что никто не может взять в одни руки из *ager occupatorius* (поле, подлежащее оккупации любым римским гражданином) более 500 югеров и выгонять на общественное пастбище более 100 быков и 500 овец. Но все законы подобного рода в лучшем случае облегчали положение лишь на самое короткое время.

Более энергично и планомерно принялось за дело правительство в эпоху и по настоянию Гракхов: были образованы комиссии для основания целой сети колоний из мелких земледельцев на казенных землях, были отведены земли и т. д. Но и эти меры не принесли существенной пользы: новые земледельцы на местах своего поселения снова встречались с теми же хозяйственными условиями, которые обезземелили их раньше. После известного промежутка поселенцы опять бросали хозяйство, продавала землю и возвращались в Рим. Законы Гракхов установили было даже неотчуждаемость отведенных колонистам участков, но после гибели Гракхов этот принцип неотчуждаемости был отменен. Вместе с тем к концу республики *ager publicus* в Италии оказался совсем розданным; последние остатки его ушли на обеспечение ветеранов.

с) По преданию, одной из статей того же Лициниева закона предписывалось крупным землевладельцам употреблять для возделывания своих полей определенное число свободных рабочих соразмерно с числом их рабов. Если это предание верно, то из этого предписания можно заключить, что законодательство пыталось и таким путем найти приложение свободному труду и ограничить всепроникающую конкуренцию рабов. Но, очевидно, и такой прием обречен был на такую же безрезультатность, как и вышеуказанные.

Выбрасываемые за борт нормальной экономической жизни, лишенные работы и средств существования, массы пролетариев скопляются в Риме и занимают там беспокойное, а временами и угрожающее положение. Правительство поневоле должно заботиться о них, давая им и хлеб и зрелища. Развивается институт *frumentatio*, то есть снабжение народа дешевым, а то и прямо даровым хлебом за счет казны. Эта последняя мера, вызывавшаяся, конечно, прямою необходимостью минуты, еще более ухудшала общее положение. Все те, которые еще напрягали свои последние силы в борьбе за самостоятельное хозяйственное существование, должны были увидеть ненужность этой борьбы: их скудное и трудовое существование должно было казаться горькой иронией рядом, правда, с такой же скудной, но зато совершенно праздной жизнью римской черни, содержимой за счет казны. Количество таких пансионеров неудержимо растет, и при Цезаре число получающих казенный хлеб доходит уже до 320 тысяч.

В то самое время, когда Рим завоевывал себе господство над миром, когда он развивал свои демократические учреждения, вырабатывал общемировое право, — в это самое время, в самый блестящий период своей истории, он уже таил в себе роковую социальную болезнь, которая вносила разложение в столь мощный по внешности организм и которая должна была потрясти его до самой глубины. Колоссальные богатства, праздность и разврат деморализуют высшие классы населения; безнадежная нищета и такая же праздность вызывают не меньшую деморализацию низших; огромные массы рабов, расселенных в поместьях, начинают занимать угрожающее положение. Везде смута; безопасности и порядка нет нигде. Общество и государство переживают общий и острый кризис.

§ 29. Падение Республики

Правовой строй римской республики обладает многими совершенно своеобразными особенностями, которые являлись источником и его величия, и его слабости. Если мы окинем общим взглядом основные начала этого строя, то мы заметим следующее.

1) В области государственного права наиболее крупными особенностями отличается строение римских магистратур и организаций народных собраний.

Что касается, прежде всего, магистратур, то, как было указано выше, их власть, *imperium*, являющаяся продолжением прежней царской власти, обладала принципиальной полнотой и неограниченностью; юридических ограничений ее пределов почти не существовало. Даже по отношению к народу магистрат в течение своего должностного года принципиально независим и

самостоятелен. По справедливому замечанию Иеринга, народ создавал себе в магистрате не слугу, не нечто низшее (*minister*), а господина, то есть нечто высшее (*magister*). С момента вступления в должность он получал право отправлять ее по своему, совершенно свободному убеждению. Такая свобода давала, конечно, ему возможность в каждом конкретном случае действовать энергичнее на благо народа и не по тем или другим заранее установленным шаблонам, а сообразно особенностям случая и положения. В этом заключалось, бесспорно, огромное преимущество римских магистратур по сравнению с должностными лицами современного государства. Но, с другой стороны, в этой почти неограниченной свободе заключалась и большая опасность: свобода убеждения легко могла превратиться в свободу произвола, и огромная власть магистрата, вместо служения благу народа, могла оказаться направленной на служение той или другой партии или даже тем или другим личным интересам.

Правда, возможность возрождения абсолютизма фактически устранялась в Риме кратковременностью службы, правом *intercessio* и т. д. Но, во — первых, не устранялась возможность отдельных произвольных действий, а во — вторых, самые эти коррективы вносили новые недостатки в административный механизм республики. Обязательная кратковременность службы служила значительным тормозом для процветания отдельных ветвей управления. Ни один магистрат, если он имел программу сколько — нибудь серьезных реформ в той или другой области администрации, не мог в такой короткий срок провести ее в жизнь; это приводило фактически к тому, что управление (финансовое, полицейское и т. д.) шло по традиционным шаблонам и к концу республики оказалось не на высоте положения. — Возможность вмешательства со стороны другого, равного или высшего, магистрата (*jus intercessionis*) и отсутствие точно разграниченных компетенций вносило также большую путаницу и неопределенность в деятельность отдельных носителей власти. — Каждая отрасль государственного управления требует известной специальной, технической подготовки и опытности от лиц, которым она вверяется; между тем в Риме для избрания в магистраты такой специальной подготовки не требовалось. Каждый мог быть избран в любую должность, а по общему правилу лицо, посвящающее себя должностной карьере, проходило все их в заранее определенном порядке; поочередно оно оказывалось то эдилом — и тогда заведовало полицией, то квестором — и тогда получало в свои руки дела казны и государственного архива, то претором, руководившим судом и юрисдикцией, то консулом — в роли военачальника. Но очевидно, что едва ли многие обладали всеми качествами, необходимыми для каждой из этих должностей.

Вообще вся построенная таким образом система магистратур могла еще годиться для той маленькой общины, какою был Рим в начале республики, с несложным бытом и несложными государственными задачами; но она оказывалась непригодной для такого огромного государства, каким стал Рим с покорением Италии и провинций. Этими недостатками в значительной степени объясняется то усиление роли сената, которое наблюдается во второй половине республики в разных областях государственного управления. Но этими же недостатками объясняется, с другой стороны, и появление различных чрезвычайных диктатур последнего столетия: лицо, очутившееся у власти, если оно обладало сильным, деятельным характером и более или менее широкой государственной программой, стремится освободить себя от всех указанных стеснений — срока, *intercessio* и т. д.

Не менее существенным пороком страдает и организация народных собраний. При всех их разнообразных формах и реформах, они в течение всего республиканского периода остаются построенными по типу собраний вечевых: каждый гражданин должен принимать участие в собрании непосредственно и лично. Идея политического представительства, идея парламентарного строя, оставалась для всего античного мира недоступной. Не говоря уже о серьезных недостатках таких народных собраний в деле законодательства, суда и т. д., необходимость личного участия каждого фактически приводила к тому, что далеко не все население могло принимать участие в политической жизни страны: население города Рима являлось фактически господином всего государства. И здесь такой порядок вещей не представлял особенного противоречия лишь до тех пор, пока римское государство совпадало с городом Римом; но когда римское гражданство оказалось занимающим всю территорию Италии, решение народного собрания по существу далеко не выражало собою истинного мнения всего населения государства. Если же еще принять во внимание, что к концу периода в Риме скопляется масса пролетариата, выброшенного из разных мест, и что именно эта масса, деморализованная праздностью и подачками, составляет подавляющее большинство в народных собраниях, то легко понять быстрый упадок авторитета этих последних и быстрое исчезновение их в начале империи.

2) Если мы перейдем к области гражданского права и гражданско — правового творчества, то и здесь мы должны отметить аналогичные черты свободы и неопределенности. То, что было сказано выше относительно магистратов вообще, может быть повторено полностью и относительно того магистрата, который заведовал гражданской юрисдикцией, — претора. Полнота его власти, дававшая ему право временами даже поступать вопреки закону (делать *jus sine effectu*), помогла ему сделать бесконечно много для гражданского праворазвития. Но, с другой стороны, нельзя закрывать

глаза и на теневые стороны такой власти. Прежде всего, самый дуализм правовых систем с его разнообразными *nuda iura* («голые права», то есть гарантированные гражданским правом, но не получающие исковой защиты от претора) и т. д. создавал временами чрезвычайную запутанность не только теоретическую, но и практическую. Затем, возможность для претора не считаться *in concreto* (в конкретной ситуации) с предписаниями закона создавала известную неуверенность для частных лиц в том, как будет разрешен им тот или другой интересующий их конкретный случай, создавала неясность и неопределенность, особенно чувствительную для развитого делового оборота. Наконец, и здесь свобода усмотрения легко могла перейти в свободу произвола. Конечно, в большинстве случаев преторы действовали так, как подсказывал им живой голос общественного мнения, которое и являлось для них лучшим контролером. Но когда голос общественного мнения заменился беспорядочным шумом толпы без определенных интересов и определенных общественных идеалов, такая свобода усмотрения должна была обнаружить свои сомнительные стороны. И действительно, в последнем столетии республики замечается тенденция к большему водворению в области гражданских отношений принципа законности: *lex Cornelia* (см. § 19) является выражением этой тенденции, хотя и не является ее полным осуществлением.

3) Наконец, в области уголовного права и процесса существеннейшими недостатками являлись: а) во — первых, также недостаточная определенность того, что дозволено, что запрещено, ибо уставы отдельных *quaestiones perpetuae* всего не охватывали и оставалась еще большая сфера, где действовала никакими нормами не связанная административная *coercitio*; б) во — вторых, принцип частной *accusatio*, то есть зависимость уголовного преследования исключительно от частной инициативы отдельных граждан. Этот принцип мог годиться также лишь до той поры, пока социальные и нравственные устои общества не были расшатаны, пока общество жило нормальной и интенсивной общественной жизнью. Когда же все это поколебалось, принцип частной *accusatio* стал только источником многочисленных и самых неприятных злоупотреблений.

Таким образом, во всех самых основных областях государственной жизни мы встречаемся с такими крупными погрешностями в строении государственного механизма, что блестящее развитие Рима в период республики может показаться несколько непонятным. Но оно станет совершенно понятным, если мы примем во внимание ту чрезвычайно интенсивную общественную жизнь, которая так характерна для Рима. Весь римский государственный механизм для самого своего функционирования предполагал развитое, сознающее свои интересы и свои права общество и постоянное, неуклонное участие его в политической жизни. Это постоянное живое участие являлось лучшей гарантией против всяких попыток самовластия и произвола, вследствие чего римляне пользовались выгодными сторонами независимого положения своих магистратов, не опасаясь сторон невыгодных. При таких условиях все отмеченные погрешности римского республиканского строя являлись теми неправильностями в диете и образе жизни, которые до поры до времени мог позволить себе необыкновенно здоровый общественный организм.

Но положение резко должно было измениться, когда описанный выше процесс экономического и духовного разложения в корень расшатал устои общественной жизни, подрыл ту реальную общественную основу, на которой стоял весь республиканский государственный механизм.

Тогда все его недостатки стали давать себя чувствовать, и чем дальше, тем сильнее. Перед Римом встала проблема: или вновь возродить общественную атмосферу, или же перестроить организацию учреждений. Первое было бы, быть может, целесообразнее и лучше, но для этого нужны были самые коренные социальные реформы, на которые римское общество решится не могло. Второе не давало радикального излечения болезни, но было сравнительно проще и легче. И римская история пошла по этому второму пути.

Все последнее столетие живет этой мучительной мыслью — перестроить республику. Смутное и тревожное состояние общества не дает ни времени, ни возможности для спокойной работы в этом направлении. Взамен ее появляются диктатуры с чрезвычайными полномочиями: Сулла в качестве *dictator legibus scribundis et rei publicae constituendae* («диктатор для написания законов и укрепления республики»), Цезарь в качестве *dictator perpetuus* («бессрочный диктатор»), вторые триумвиры в качестве *tresviri rei publicae constituendae consulari imperio* («коллегия трех с консульской властью для укрепления республики») и, наконец, Октавиан Август, с которого начинается новый период римской истории.

Глава III Период принципата

§ 30. Государственное устройство и управление

В 27 году до Р. Х. Октавиан Август сложил с себя ту чрезвычайную власть, которую он пользовался до сих пор сначала в качестве триумвира, а потом один, и, таким образом, «восстановил

республику». Но в этой «восстановленной» республике появился в его лице новый весьма существенный элемент — новый экстраординарный магистрат, император или *princeps*, совмещающий в себе самые разнородные, но важнейшие функции, вследствие чего этот период отделяется от предыдущего.

На первых порах основные принципы республики по внешности остаются нетронутыми. Признается начало народного суверенитета, созываются народные собрания, императорская власть выражает себя в старых республиканских понятиях: император является *princeps*, то есть только как бы первый между равными, получает от народа *imperium* и *tribunicia potestas* (власть высшего магистрата и народного трибуна) и т. д. Но под этой внешностью совершается глубокое внутреннее перерождение, процесс постепенной переработки республики в абсолютную монархию. Вследствие этого государственное устройство этого периода имеет характер чего — то переходного: вначале оно ближе к республике, в конце — почти абсолютная монархия, какую оно решительно становится со времени Диоклетиана.

Процесс этого превращения начинается с падения народных собраний. Вначале они еще созываются, но уже только больше для формы: их законодательная функция и выбор магистратов сводится к простому утверждению предложений императора или сената; голосование превращается в простую *acclamatio* (выражение одобрения криком), пока, наконец, и эти последние остатки формы не отпадают. Уже Тиберий переносит избрание магистратов в сенат («*a compro comitia ad patres transtulit*» — «перенес с площади народного собрания к отцам — сенаторам [избрание магистратов]»); несколько дольше созываются народные собрания для утверждения законов, но это перестает быть необходимостью, а к концу I века по Р. Х. и вовсе прекращается (последний закон, изданный с участием народа, есть *lex agraria* 98 г. при императоре Нерве).

С падением народных собраний в качестве высших органов государственной власти остаются сенат и император. К сенату переходят теперь все прежние права и функции народных собраний, вследствие чего он делается теперь, наравне с императором, носителем государственного суверенитета. Вследствие же этого и самое государственное устройство характеризуется часто как двоевластие или диархия. Внешним образом это двоевластие выражается в следующем: а) рядом со старыми республиканскими магистратами, избираемыми сенатом, развивается система чиновников императорских, действующих именем императора и по его поручению; б) провинции делятся на сенатские и императорские: первые управляются сенатом, вторые непосредственно подчинены императору; в) рядом с государственной казной, находящейся в заведовании сената, — старым *aerarium*, — появляется казна императорская — *fiscus*; д) как император, так и сенат имеют право чеканить монету.

В идеале обе эти власти — император и сенат — должны были действовать рядом, взаимно дополняя и поддерживая друг друга. Но этот идеал оказался неосуществимым. Сенат делается органом республиканской партии и носителем республиканских традиций; императорская власть, напротив, все более и более тяготеет к абсолютизму и не мирится с соседством сената. Вместо идиллической гармонии, между этими обоими, совершенно противоположными, элементами все время идет то открытая, то глухая борьба, приводящая в конце концов к полному торжеству императорской власти и к превращению диархии в монархию.

Юридически взаимное соотношение обеих этих властей таково. Сенат, прежде всего, делается теперь единственным законодательным органом; даже проекты императора для того, чтобы получить силу закона, должны быть внесены в сенат (*oratio principis* — законодательная инициатива принцепса) и получить здесь свою санкцию; император, в принципе, как прежде всякий магистрат, не стоит выше закона; он подчинен ему. Сенат, далее, избирает старых республиканских магистратов, а также самого императора по смерти предыдущего (обыкновенно это избрание также только формальность: преемник указывается самим императором посредством усыновления или завещания) и сообщает ему его полномочия посредством *lex de imperio* (закон о наделении властью). Сенат, наконец, имеет известную судебную и административную власть (например, управление сенатскими провинциями), хотя эта власть чем далее, тем все более и более сокращается.

Император. Какого — либо установившегося официального титула император не имеет; он именуется *imperator*, *Augustus*, но чаще всего — *princeps*, вследствие чего самый этот период принято называть периодом принципата. *Princeps*, в идее, есть только высший республиканский магистрат, правда, пожизненный и с чрезвычайною властью, но все же только магистрат, вследствие чего этот период называют также и периодом республиканской империи. В лице императора сосредоточивается власть, которую обыкновенно разлагают на следующие элементы: а) *imperium*, то есть высшее военное командование, управление международными отношениями и высшая административная власть (а также и право юрисдикции); в качестве военного командира император, далее, имеет право полного и бесконтрольного управления теми провинциями, в которых обыкновенно стоят войска (провинции императорские — пограничные); б) *imperium proconsulare*, то есть право общего проконсула над сенатскими провинциями, что дает императору возможность известного контроля и над правителями этих провинций; в) *tribunicia potestas*, которая дает

императору качество *sacrosanctus* и право *intercessio* по отношению ко всем республиканским магистратам.

Государственное управление, согласно отмеченному началу диархии, осуществляется при помощи двоякой системы органов: республиканских магистратов и императорских уполномоченных.

а) Республиканские магистратуры по имени продолжают существовать все время, но фактически они все более и более отстраняются от активного участия в управлении. Консулы лишились военного командования и вместе с тем своей главной функции; они являются теперь только председателями сената и заведуют некоторыми специальными делами — например, делами об опеках, о фидеикоммиссах и т. п. Больше всего на своем месте удержалась претора: преторы по — прежнему заведуют юрисдикцией гражданской (производство *in iure*, составление формул и т. д.) и уголовной (как председатели в *quaestiones perpetuae*). Цензура находится все время в весьма шатком положении. Ценз в прежнем смысле (то есть перепись граждан с распределением по трибам и т. д.) теперь уже, конечно, не производится, составление сенаторских списков также отходит от нее; тем не менее цензорская власть часто вручается императорам (в *lex de imperio*), пока Домициан не объявил, что впредь она всегда будет входить в состав императорской власти (*ensor perpetuus* — бессрочный цензор). Эдилы сохраняют только надзор за рынками и торговую юрисдикцию, квесторы фигурируют лишь в качестве органов казначейства.

б) Параллельно постепенному замиранию республиканских магистратур идет развитие системы императорских чиновников, как уполномоченных императора. При особе императора стоит его личный совет — *consilium principis*, который первоначально не имел юридического значения, но с императора Адриана приобрел характер официального государственного учреждения. Во главе всех императорских доверенных лиц стоит *praefectus praetorio*, начальник императорской гвардии, а потому лицо особо доверенное. Постепенно ему императоры начинают поручать те или другие дела, подлежащие личному суду императора, и, таким образом, мало — помалу развивается уголовная компетенция *praefectus praetorio* над всею Италией. За ним следует: *praefectus urbi*, начальник полиции, а по связи с ней и уголовной юрисдикции в городе Риме; *praefectus vigilum*, заведующий пожарной частью; *praefectus annonae*, заведующий теперь, вместо эдилов, народным продовольствием; и, наконец, разнообразные *curatores* (буквально: «попечители») в отдельных отраслях императорского управления.

Что касается местного управления Италии, то оно продолжает и теперь покоиться на принципе муниципального самоуправления. Однако, внутри органов этого самоуправления происходит такое же перемещение центра тяжести, как и в самом Риме. Муниципальные народные собрания исчезают, а их функции переходят к муниципальному сенату (*decuriones*); муниципальные магистраты сохраняются. Рядом с ними появляются, однако, императорские контролеры местных дел в лице назначаемых императором *curatores rei publicae* (попечители в отношении интересов государства). Первоначальным назначением их было блюсти интересы императорской казны, но отсюда развился затем их общий правительственный контроль.

Управление провинций находится в руках или посылаемых сенатом проконсулов (провинции сенатские), или посылаемых императором легатов — *legati Caesaris pro praetore* (провинции императорские). Во всяких случаях правителю провинции принадлежит высшая полицейская, судебная и финансовая власть. Для предупреждения особенного сближения правителя с местным населением ему запрещается жениться на провинциалке, раздавать провинциалам деньги взаймы, устраивать на свой счет игры. Известное значение приобретают в течение этого периода провинциальные собрания (*concilia provinciarum* или *χοινά*). Возникли они в связи с развившимся в провинциях культом императоров. В известное время представители общин данной провинции собираются для устройства празднеств в честь императора, причем через депутатов или письменно посылают ему поздравления. Но к этим поздравлениям начинают присоединять иногда и разные пожелания относительно местных дел, просьбы, а также и жалобы на заместников.

После крайней беспорядочности республиканского режима в провинциях императорское управление, при всех его недостатках, все — таки внесло сюда большую заботливость и внимание к интересам провинциального населения: оно установило больший внешний порядок и безопасность, искоренило грабежи и пиратство, провело дороги, важные не только в стратегическом отношении, но также и для торговли и т. д. Несомненное улучшение положения провинций в этом периоде представляет лучшую страницу в истории императорской власти.

§ 31. Население

Если период республики закончился признанием права гражданства за всеми жителями Италии, то период принципата характеризуется распространением этого права и на провинциалов.

В начале периода это делается двумя путями: а) путем непосредственного дарования права гражданства тем или другим частям государственной территории, тем или другим отдельным общинам, причем для освобождения этих новых граждан от обязанности платить провинциальную

подать часто необходимо еще дарование особого *jus italicum* («италийского права»). б) Путем предоставления тем или другим общинам так называемого *jus latinum* («латинского права»), то есть того юридического положения, в котором находились прежде *latini* (полное *jus commercii* — «право коммерции» — правоспособность в сфере частного права, но без политических прав). При этом различаются *latium majus* и *latium minus*. В общинах, получивших *latium majus*, все жители, выбранные в местные магистраты или в сенаторы, *eo ipso* (тем самым) делаются римскими гражданами (*cives*); в общинах, имеющих *latium minus*, такой привилегией обладают только лица, выбранные в магистраты, но не сенаторы.

Все остальные провинциальные жители остаются в течение первых двух веков этого периода по —прежнему на правах *peregrini* (иностранцы). Но мало — помалу различие между *cives*, *latini* и *peregrini* фактически сглаживается: политическая сторона этого различия (право участвовать в народных собраниях) отпадает вместе с уничтожением самих народных собраний. А вследствие этого отпадает и то соображение, которое могло еще препятствовать распространению права гражданства на всех подданных империи. Оставалось сделать только последний шаг, и этот шаг был сделан законом императора Каракаллы 212 г. По сообщению Диона Кассия, Каракалла руководился при этом чисто фискальными соображениями — желанием распространить известные гражданские подати (*vicesima hereditatum*, 5 %-ная пошлина с наследства) на провинциалов. Как бы то ни было, но вследствие этой *constitutio Antoniniana* все подданные Римской империи (за исключением лишь некоторых низших слоев населения, платящих подушную подать, — так называемые *dediticii*) получили право римского гражданства (Fr. 17 D. I. 5: «*in orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*» — «все население римских земель по конституции императора Антонина получило права гражданства»).

В положении *latini* остаются теперь только некоторые виды вольноотпущенников, а в положении *peregrini* только *dediticii*, причем в более позднем праве таковыми являются уже только лица, низведенные до этой ступени в наказание.

Распространение права гражданства на всех провинциалов повлекло за собой распространение римского права на всю территорию империи, то есть и на те обширные области, в которых действовало до сих пор местное право, признававшееся по общему правилу всеми правителями провинций. Среди этих областей особенное место занимали Греция и Восток (Египет, Азия и т. д.), где до сих пор действовало греческое или сильно эллинизированное право. Все эти местные, национальные права (*Volksrechte* (нем.) — «права народов») теперь сразу лишились своей положительной силы, а взамен их стало действовать единое имперское право (*Reichsrecht* (нем.) — «имперское право»), то есть право римское. Но само собою разумеется, что на практике сплошь и рядом продолжали применяться многие прежние местные нормы и обычаи, вследствие чего римское право, действовавшее где — нибудь в провинциях, далеко не совпадало с римским правом Италии. Чрезвычайно любопытная картина такого своеобразно смешанного права в Египте раскрылась пред нами в последнее время благодаря богатым находкам в этой стране разнообразных документов — папирусов. Первая крупная находка, сделанная при раскопках в El — Faijûm в 1877 г., привлекла к папирусам общее внимание ученых. С той поры количество найденных документов значительно возросло, и изучение их (папирология) приобрело систематический характер. Исследования в этой области обнаружили, что местное греко — египетское право упорно удерживалось в жизни и оказало известное обратное влияние на законодательство позднейших императоров.

Что касается сословной группировки населения, то старое деление на патрициев и плебеев исчезает естественно — путем вымирания патрицианских родов; взамен этого прежняя классовая группировка на *nobiles* и *ordo equester* приобретает сословный характер.

Так, император Август установил для обоих сословий известный имущественный ценз: 1 миллион сестерциев (около 40 тысяч рублей) для принадлежности к сенаторскому сословию и 400 тысяч (около 20 тысяч рублей) для сословия всаднического, и, кроме того, он утвердил здесь принцип наследственности. Социальное различие обоих сословий сохраняется, осложняясь еще известною противоположностью политической. *Ordo senatorius* представляет сословие, из которого выбираются главным образом республиканские магистратуры и пополняется сенат; естественно, что это сословие является исполненным старых республиканских воспоминаний, а по отношению к новой императорской власти элементом оппозиционным.

Всадническое сословие, класс денежной аристократии, напротив, получало от нового режима немаловажные выгоды и потому, в общем, представляет теперь элемент, для императорских тенденций благоприятный. По преимуществу из этого сословия вербуются теперь императорские чиновники.

Вся остальная масса населения, при всем различии профессий и положений, считается простонародьем — *plebs*, низшую ступень которого (в юридическом отношении) занимают вольноотпущенники — *libertini*.

В области экономических отношений наступает некоторое улучшение. Этому способствовало, прежде всего, указанное выше упорядочение провинциального быта. Благодаря большему порядку и

большей законности, экономическая жизнь провинций пошла нормальнее; в промышленности и торговле наступило заметное оживление, которое стало отвлекать туда немало рабочих рук. Во многих местах, благодаря императорским заботам, возникают различные благотворительные учреждения (например, для воспитания сирот и т. п.), которые помещают свои капиталы в виде постоянных земельных рент в тех или других земельных участках; такой способ помещения капиталов служил весьма удобным кредитом для землевладельцев и способствовал поднятию их хозяйств.

Большое значение имело, далее, значительное сокращение числа рабов, вызванное почти полным прекращением новых завоеваний и слабым естественным приростом их. Благодаря этому рабский труд сделался дороже, и прежняя система пользования им оказывалась не столь выгодной. Вследствие этого землевладельцы все чаще и чаще прибегают к раздаче своих имений мелкими участками в аренду, и, таким образом, возрождается класс мелкого земельного крестьянства в виде свободных арендаторов, фермеров (*coloni*).

В широком масштабе это насаждение крестьянского землевладения практиковалось самими императорами на огромных имениях, им лично принадлежащих: мелкие участки сдавались съемщикам в аренду долгосрочную и даже вечную, лишь с обязательством платить определенный ежегодный оброк.

Наконец, прекращение народных собраний и народных выборов с возможностью разных подачек, сокращение казенной раздачи хлеба и т. д. ослабило притягательную силу Рима, и массы пролетариев более охотно идут теперь на землю и в провинции.

Но все это относительное улучшение не было прочным. Положение мелких арендаторов сплошь и рядом было тяжелым, зависимым.

Прекращение счастливых войн с их богатой добычей, необходимость содержать большие армии для охраны границ, необходимость оплачивать большое количество чиновников и т. д. — все это заставляет правительство увеличивать тягость податного бремени, а это ухудшает и без того нелегкое положение мелких хозяев. Результаты этого не столь острого, но все же печального положения сказались новым общим и уже повсеместным экономическим упадком в период абсолютной монархии.

§ 32. Источники права

Как было сказано выше, с установлением империи законодательная деятельность народных собраний мало — помалу прекращается. Мы имеем еще несколько (и притом довольно важных) законов из первых времен империи (например, *lex Julia et Papia Poppaea*), но затем *lex*, как закон, вотированный народным собранием, исчезает, а законодательство выливается в другие формы.

Вместо народных собраний законодательным учреждением делается сенат, и *senatusconsulta* приобретают силу закона. Но в теории это признается не сразу и не без колебаний. На первых порах *senatusconsulta* еще имеют прежнее значение инструкций магистрату (например, претору), от которого уже ближайшим образом зависит осуществление сенатской воли. Но затем сенату начинают приписывать роль преемника и заместителя прежних народных собраний и отсюда выводят непосредственную обязательную силу сенатских постановлений. Еще Гай, юрист II века, повествует, что на этот счет были сомнения, хотя сам он придает сенатским решениям силу «как бы закона» (*legis visem*). Несколько десятилетий спустя юрист Ульпиан уже пишет решительно: «*non ambigitur senatum jus facere posse*» («не вызывает сомнений способность сената творить право»). Инициатива сенатских постановлений мало — помалу сосредоточивается в руках императора; его предложения вносятся в сенат, но всегда беспрекословно утверждаются. Такие предложения называются *orationes*, и позднейшие юристы иногда самые *orationes* уже толкуют как некоторый особый источник права.

Что касается преторского эдикта, то он продолжает и в этом периоде публиковаться каждым новым претором, хотя правовое творчество преторской власти делается постепенно все менее и менее решительным и интенсивным; подавляющую массу эдикта составляет теперь то, что называется *edictum tralatitium*. Поэтому оставалось только сделать последний шаг, то есть пересмотреть эдикт и закрепить его навсегда. Этот шаг и был сделан императором Адрианом между 125 и 128 г. Он поручил известному юристу того времени, Сальвию Юлиану, пересмотреть *edictum perpetuum* и установить его окончательную редакцию. Когда это было сделано, эдикт по предложению императора был утвержден сенатом и вследствие этого сделался неизменяемым и юридически обязательным для преторов. Впрочем, и после этого эдикт считается эдиктом претора и постановления его сохраняют характер *jus honorarium*, то есть права, имеющего силу и действие только благодаря мерам преторской власти. Прежний дуализм *jus civile* и *jus honorarium* остается, таким образом, в силе и теперь.

После законов XII таблиц *edictum perpetuum* Адриана было первую крупную кодификацией римского права, сводкой всей огромной работы преторов. При пересмотре Юлиан ограничился только изменениями редакционного характера: он, например, внес в соответствующие рубрики эдикта

формулы исков, которые раньше все вместе составляли особое приложение к эдикту, присоединил эдикт курульных эдилов и т. д. Лишь в очень немногих местах можно констатировать изменения по существу — так называемые *novae clausulae Juliani* («новые заключения Юлиана»). Текст эдикта до нас не дошел, но на основании разного материала, главным образом, отрывков из «Corpus» Юстиниана, новейшие ученые делали попытки его реконструкции; наиболее ценную работу в этом отношении представляет книга: Lenel O. *Edictum perpetuum*. 2-е изд., 1907 г.

Но гораздо большее значение для развития права в этом периоде имеют императорские указы, носящие общее название *constitutiones principum*. Они являются в различных формах: а) эдикты (*edicta*), то есть общие распоряжения, издаваемые императором так же, как их издавали раньше республиканские магистраты; б) декреты (*decreta*), императорские решения судебных процессов, поступающих к нему на рассмотрение (нужно иметь в виду, что в этом периоде развивается императорская юрисдикция: император может взять на свое рассмотрение всякое дело, которое захочет или о котором его просят); в) рескрипты (*rescripta*), ответы императоров на юридические запросы как частных, так и должностных лиц на случай каких — либо сомнений при толковании и применении права; г) мандаты (*mandata*), императорские инструкции его чиновникам и правителям провинций, определявшие те или другие стороны суда и управления.

Все эти императорские конституции не имеют первоначально силы закона в строгом смысле (*lex* или *senatusconsultum*). Император, согласно основному общему принципу этого периода, как сказано, законодательной власти не имеет. Поэтому сила императорских указов покоится на другом, и притом различном для каждого рода их, основании.

1. *Edicta* и *mandata* рассматриваются как административные распоряжения магистрата, черпающие свою силу в его *imperium*. Поэтому они формально теряют ее со смертью издавшего их императора (как преторский эдикт терял свою силу с прекращением полномочий претора); чтобы сохранить их в действии, необходимо повторение их преемником. Как проявление *imperium*, *edicta* и *mandata* создают не *jus civile*, а *jus honorarium*. 2. *Rescripta* и *decreta* рассматриваются как толкование действующих законов; из этих последних выводится их юридическая сила, и вследствие этого *rescripta* и *decreta* независимы от смены императоров. Они развивают то *jus civile*, то *jus honorarium*, смотря по тому, нормы какого права в них интерпретируются. Мало — помалу, однако, описанное различие в характере и силе различных видов императорских конституций сглаживается. Юристы времен Адриана уже всем им приписывают силу «как бы закона» (*legis vicem*). Эту силу они выводят из *lex de imperio*, то есть того закона, которым каждому императору вручается его власть. Отсюда делается затем уже дальнейшее заключение, что все императорские указы создают не *jus honorarium*, а как настоящие законы — *jus civile*.

Дуализм *jus civile* — *jus honorarium* продолжает, таким образом, в течение всего периода существовать; но отпадают системы *jus gentium* и особых провинциальных прав: с распространением права гражданства на всех подданных Римской империи исчезла необходимость особой юрисдикции для перегринов в Риме и для провинциалов на местах.

§ 33. Юриспруденция

Как мы видели ранее, юриспруденция уже в конце республики вышла из стадии чисто практической деятельности и создала значительную юридическую литературу. В эпоху принципата она продолжает развиваться далее и достигает беспримерной высоты.

Уже в начале этого периода влияние юриспруденции усиливается благодаря следующему обстоятельству. С Августа императоры начинают предоставлять некоторым более известным юристам особую привилегию — так называемое *jus respondendi*, то есть право давать тяжущимся свои решения как бы от имени императора (*ex auctoritate principis*) и с обязательной для судьи силой. Спорящие (или один из них) обращаются к такому юристу, излагают дело и просят его высказывать свое мнение. Юрист, не расследуя фактической стороны дела, высказывает свое заключение, и это заключение обязательно для судьи по данному делу — разумеется, если факты, указанные сторонами юристу, на суде подтвердятся. Ввиду такого практического значения подобных заключений, во избежание всяких подделок и подлогов, было предписано, чтобы они были излагаемы письменно и запечатывались печатями (*responsa signata*).

Обязательные в принципе только для одного данного дела, такие *responsa de facto* служили, конечно, весьма важным руководством и для других однородных случаев и, таким образом, являлись важным средством для развития права. Мало — помалу не только такие формально данные *responsa*, но и иным образом высказанные мнения (*sententiae, opiniones*) юристов *cum jure respondendi* (юристов с правом официального ответа на запрос от имени императора) приобрели большое влияние на практику, в особенности, если мнения разных юристов сходились. Вследствие этого таким мнениям приписывается также сила «как бы закона» (*legis vicem*), а самые эти юристы в глазах последующего времени представлялись подлинными «создателями права» — *conditores juris* (ср. Gai. Inst. 1. 7).

Но *jus respondendi* не уничтожило, конечно, и консультаций обыкновенных, непривилегированных юристов. Их мнения не обязательны для судей юридически, но имеют большое значение фактически, как заключения специалистов.

С усложнением источников права и развитием юриспруденции усложняется и юридическое обучение. Возрастание юридического материала уже в конце республики давало себя знать, вызывая необходимость предварительно знакомить учеников с элементарными положениями права — *instituere*. В период империи юридическое обучение распадается уже всегда на две стадии: а) *institutio* — сообщение ученикам основных принципов гражданского права в связи с чтением источников (законов XII таблиц, преторского эдикта и т. д.), и б) *instructio* — усовершенствование путем участия в консультациях патрона. Иногда все обучение в обеих стадиях проходит у одного и того же учителя; иногда же ученик, пройдя первую стадию у одного, для дальнейшего образования переходил к другому. Юридическое преподавание развивается настолько, что появляется даже нечто вроде постоянных училищ, причем некоторым из юристов отводились с этой целью помещения от государства — так называемые *stationes* или *auditoria jus publice docentium*. Ученики одного и того же учителя, естественно, выносили многие общие взгляды, отличные от взглядов учеников другого учителя, и, таким образом, возникало нечто вроде различных юридических школ. Преподавание права не ограничивается теперь уже пределами Рима; отдельные практические юристы и преподаватели появляются в провинциях, а к концу этого периода некоторые из провинциальных юридических школ даже приобретают большую известность (в Берите — нынешний г. Бейрут (Ливан); Александрии — в Египте; Кесарии — город в Палестине).

Если в эпоху республики главную деятельность юристов составляли практические консультации, то в период империи они посвящают себя столько же практике, сколько и теоретической разработке права; в это время развивается богатейшая юридическая литература. Главнейшими формами ее были следующие:

а) Для начального ознакомления с основными принципами права, то есть для руководства в первой стадии юридического обучения, пишутся краткие систематические учебники — так называемые *institutiones*, охватывающие все гражданское право — и *jus civile*, и *jus honorarium*. Для того же начального юридического образования предназначались *regulae*, краткие юридические афоризмы, и *definitiones*, общие определения основных юридических институтов.

б) Второй тип литературных произведений составляли комментарии. Главным объектом для комментариев являлись преторский эдикт (*commentarii ad edictum*) и нормы гражданского права, причем в основу для последних полагался древнейший комментарий законов XII таблиц, написанный Муцием Сцеволой (*commentarii ad Quintum Mucium*). Комментировались, далее, отдельные более важные законы. Иногда юрист ставил себе более широкую задачу — охватить в своем комментарии и *jus honorarium*, и *jus civile*; тогда он к комментарию эдикта в соответствующих частях присоединял изложение и толкование норм гражданского права. Такая совместная обработка обеих частей гражданского права носит название *Digesta*. Комментируются, наконец, сочинения других, более ранних юристов, причем комментаторы присоединяют к тексту юриста свои критические замечания — так называемые *notae*.

в) Многочисленные сочинения стоят в тесной связи с практической деятельностью юристов. Таковы — *responso*, то есть собрания решений, данных юристом в разных представлявшихся ему на практике случаях. Таковы же *quaestiones* и *disputationes*, аналитические разборы разных юридических вопросов. Из сношений юристов между собой возникают их *epistolae* («переписка»). Для руководства в юридической практике предназначаются *sententiae* и *opiniones*.

д) Последнюю (не особенно, впрочем, обширную) группу составляют монографические сочинения — например, «*de jure pontificio*» («о понтификальном праве»), «*de officio praetoris*» («об обязанностях претора») и т. п.

С внешней стороны всякое сочинение разделяется на книги (*libri*); последние не объемисты: если принять в качестве примерного размер книг Цицерона или Тита Ливия, то окажется, что каждая книга равнялась нашим 30–40 страницам среднего октаво. Несмотря на это, продуктивность римских юристов заслуживает глубокого удивления: о некоторых из них сообщается, что они написали 300, 400 книг; принимая во внимание, что каждые 10 римских *libri* приблизительно равны нашей средней книге в 300–400 страниц, окажется, что они оставили по 30–40 томов.

Что касается общего содержания, то юристы трактуют в своих сочинениях все отрасли права — право публичное («*de officio consulis*», «*de officio praefecti praetorio*» и т. д.), финансовое, уголовное и т. д.; но главное и, можно сказать, подавляющее содержание составляет право гражданское: это истинная сфера римской юриспруденции, и здесь ее слава.

Укажем теперь наиболее известных юристов этой эпохи. Юристы, занявшие уже в эпоху республики видное положение в общественной жизни, приобретают теперь, в период империи, еще большее значение. С установлением империи политическая карьера в смысле занятия республиканских должностей потеряла свою прежнюю привлекательность, и все лучшие силы стали искать себе поприща в занятии философией, наукой и юриспруденцией. К юриспруденции стали

обращаться лица, недовольные новым порядком вещей, сторонники старых республиканских традиций; но к ней же стали обращаться и люди противоположного лагеря. Юриспруденция сделалась для них средством достичь высших ступеней на императорской службе, ибо римские императоры старались привлечь к себе на службу людей знающих и образованных; в особенности юристы необходимы были им в качестве членов *consilium* («императорский совет»). В результате мы наблюдаем блестящее развитие юриспруденции, вследствие чего этот период ее называется классическим.

Уже в царствование Августа мы встречаем двух выдающихся юристов, сверстников и антагонистов в жизни и юриспруденции. Первый из них — Марк Антистий Лабейон — происходил из аристократического рода и по своим политическим убеждениям принадлежал к сторонникам старой республики. При Августе он был одно время претором, но дальше претуры его карьера не пошла: по одним известиям, он отклонил предложенный ему Августом консулат, а по другим — Август предпочел ему другого. Отказавшись от политической карьеры, Лабейон всецело посвятил себя юриспруденции. Помпоний сообщает, что он полгода жил в Риме и занимался преподаванием, а другие полгода проводил в своем поместье, создавая свои литературные произведения. Всего написано им около 400 книг. Умер он между 10 и 22 г. по Р. X.

Второй — Гней Атей Капитон — в противоположность Лабейону, происходил из незнатного рода, поднявшегося только при Сулле, и принадлежал к партии нового государственного режима. В политической карьере он пошел дальше Лабейона: в 5 г. по Р. X. он был консулом, а затем и *pontifex maximus* («Великий понтифик» — высшая жреческая должность). Литературная деятельность Капитона далеко не была так обширна, как Лабейона. При жизни оба юриста пользовались, по — видимому, одинаковым влиянием, но впоследствии судьба их была различна: меж тем как Лабейон остается одним из первых авторитетов юриспруденции и часто цитируется позднейшими юристами, Капитон забывается, не оставив по себе сколько — нибудь заметного следа.

Помпоний, рассказав о Лабейоне и Капитоне, прибавляет затем: «*hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt*», то есть что от них пошли как бы две различные школы в юриспруденции. Школа, ведущая свое начало от Лабейона, называется по имени его ближайшего ученика — Прокула — прокульянцами (*proculiani*), а школа, ведущая начало от Капитона, по имени ученика этого последнего — Сабина — сабиньянцами (*sabiniani*; иначе еще — *cassiani*, от Кассия Лонгина, ученика Сабина).

Действительно, такое деление юристов (хотя и не всех) существует вплоть до царствования Адриана, но что именно лежит в основании этих школ, вопрос до сих пор неразъясненный.

С упоминанием об этих двух школах Помпоний как бы связывает представление о двух различных направлениях в научном смысле. В чем же могло заключаться различие этих направлений? Тот же Помпоний, характеризуя двух родоначальников этих школ, говорит, что Лабейон, являясь в политике республиканцем — консерватором, в области права был представителем новаторства («*plurima innovare instituit*» — «установил много нового»), меж тем как Капитон, сторонник нового государственного режима, в области юриспруденции был представителем и защитником старины («*in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat*» — «упорно оставался в рамках того, что было ему предоставлено правовой традицией»). Из этого можно, как будто, заключить, что школа прокульянцев была школой прогрессивной, а школа сабиньянцев — консервативной. Так и думают, действительно, некоторые из современных ученых (например, Бонфанте: *interpretatio* прокульянцев была по духу своему более прогрессивной; они склонны были более руководиться критерием экономически — социальным). Господствующее же мнение относится к этому толкованию скептически: рассмотрение отдельных контроверз, существовавших между последователями разных школ, едва ли способно подтвердить мысль о большей прогрессивности или консервативности той или другой школы. Взамен этого были высказаны некоторые другие предположения: по мнению Кунтце, противоположность между школами сводилась к противоположности между идеализмом и натурализмом в праве; по мнению Карлова, прокульянцы были представителями национальных начал в праве, а сабиньянцы — начал общенародных, пегринских. Но и эти предположения не оправдываются, да и вообще известные нам разногласия между школами не поддаются никакому обобщению. Ввиду этого приходится признать более правильным мнение (Бремер, Пернис и др.), что различие школ объясняется просто различием двух юридических училищ права, из которых одно переходило по преемству от Прокула, другое от Сабина: у юристов, получивших образование в одной и той же школе (*statio*), естественно вырабатывались и сохранялись одинаковые мнения по отдельным спорным вопросам.

Из целой плеяды юристов, группирующихся вокруг этих школ, заслуживают упоминания — из сабиньянцев: Гай Кассий Лонгин (от имени которого, как было сказано выше, и самая школа называется еще *cassiani*), Целий Сабин, Яволен Приск, из прокульянцев: Нерва — отец и Нерва — сын, Пегас, Нераций Приск. Но наибольшее значение имели следующие три: 1) Ювенций Цельс; он упоминается в числе заговорщиков против императора Домициана в 95 г.; затем был претором, два раза консулом — в последний раз в 129 г. — и членом *consilium principis* при Адриане. Принадлежал

он к школе прокулянцев; его главным сочинением являются «*Digesta*» в 39 книгах. Римское право обязано ему некоторыми новыми идеями, причем его специфической особенностью является резкость его критических замечаний (в fr. 27 D. 28.1 передан нам ответ Цельса на один предложенный ему вопрос: «*aut non intelligo, quid sit de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua*» — «либо я не понимаю, о чем ты меня спрашиваешь, либо вопрос твой весьма глуп»). 2) *Salvius Julianus*, о котором уже было сказано выше, как о редакторе Адриановского *edictum perpetuum*. Юлиан принадлежал к школе сабинянцев; происходил он из города Гадрумета в северной Африке (ныне Суза в Тунисе), где в 1899 г. была найдена колонна, воздвигнутая в честь Юлиана его родным городом. Как явствует из надписи на этой колонне, Юлиан прошел длинный ряд государственных должностей, был членом *consilium* императора Адриана и вообще, видимо, был влиятельным в государстве лицом. Умер он незадолго перед 169 г. Как юрист, Юлиан занимает одно из первых мест в рядах классической юриспруденции; из его сочинений наибольшее значение имели «*Digesta*» в 90 книгах. Его учеником Африканом были изданы затем его «*Quaestiones*». 3) Секст Помпоний, который был уже неоднократно цитирован, как автор, дающий нам сведения по истории римского права, в особенности по истории римской юриспруденции. О жизни его мы ничего не знаем; по — видимо, Помпоний стоял в стороне от государственной карьеры и посвящал себя исключительно преподаванию и литературе. Количество его произведений огромно; заслуживают упоминания «*Commentarium ad edictum*», обнимавший около 150 книг, «*Commentarium ad Sabinum*» («Комментарий к эдикту»), «*Variae lectiones*» («Комментарий к Сабину») и «*Liber singularis enchiridii*» («Одна книга пособия по правоведению»), отрывок из которого в Юстиниановском Своде (fr. 2 D. 1.2) содержит те исторические сведения, о которых сказано выше. Как юрист, он представляется не столько оригинальным мыслителем, творцом новых идей, сколько обстоятельным, добросовестным компилятором.

Рядом с указанными юристами II века особое место занимает Гай (*Gajus*), с именем которого связано много загадочного. Мы не знаем ничего о нем — даже его полного имени: его современники о нем не упоминают. Его известность начинается, по — видимо, только с IV века, но зато тогда он приобретает большое влияние: его «*Institutiones*» делаются всеобщей настольной книгой. Ввиду полного молчания источников вопрос о личности Гая является и доныне спорным. Моммзен высказал предположение, что Гай был провинциальным юристом (он единственный из юристов написал *ad edictum provinciale* — комментарий «к провинциальному эдикту»), жившим где — либо в греческой части империи, вероятнее всего, в Азии. Мнение Моммзена разделяют Жирар, Фогт и некоторые другие; в несколько измененном виде это мнение было поддержано в самое последнее время Ф. Книпом: по мнению этого последнего, Гай жил в Византии. Другие историки, однако, считают это предположение необоснованным (Гушке; в новейшее время Фер в рецензии на книгу Книпа). Было высказано даже мнение, что *Gajus* есть не что иное, как псевдоним упомянутого выше *Gajus Cassius Longinus* (Лонгинеску), но и это мнение было опровергнуто (Герцен). Себя Гай причисляет также к школе сабинянцев.

Особенное значение для нас имеет Гай потому, что до нас дошло более или менее в целом виде его сочинение «*Institutiones*», найденное в 1816 г. Нибуром в библиотеке Веронского Собора. Манускрипт имеет немало испорченных мест, вследствие чего не все может быть разобрано (несмотря на повторные попытки Гошена, Блюма и Штудемунда).

«Институции» Гая представляют элементарное изложение гражданского права, как гражданского, так и преторского, с очень ценными для нас историческими экскурсами. Общая система их определяется принципом, высказанным Гаем в самом начале: «*Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*» («Ведь все право, которым мы пользуемся, относится либо к лицам, либо к вещам, либо к искам»). Сообразно этому, прежде всего излагается *jus quod personas pertinet* (первая книга), где мы находим положения о свободных и рабах, о свободнорожденных и вольноотпущенниках и т. д. Затем следует *jus quod ad res pertinet* (вторая и третья книга), где говорится о различных видах вещей, о сделках вещного оборота, о наследовании и обязательствах. Наконец — *jus quod ad actiones pertinet* (четвертая книга), где содержится учение о разных исторических формах процесса (*legis actiones, formulae*), об исках, эксцепциях, интердиктах и т. д.

По характеру изложения «Институции» Гая, при всей их чрезвычайной ясности и простоте, отличаются некоторыми странностями: так, например, иногда в них только ставится вопрос, а ответа не дается. Вследствие этого высказывается предположение, что это не подлинное произведение Гая, а лишь записки его лекций, сделанные кем — либо из его учеников (Дернбург, а в новейшее время Книп. Последний даже различает в нынешнем тексте институций несколько наслоенных, возникших вследствие разновременного комментирования). Как бы то ни было, но сочинение это, неизвестное для юристов классической эпохи, среди позднейших римских практиков пользовалось чрезвычайным уважением; из него была сделана даже сокращенная компиляция в двух книгах — так наз. «*Epitome Gai*». Оно же легло в основание «Институций» императора Юстиниана, причем Юстиниан вернулся к первоначальному тексту из четырех книг.

В конце II и начале III века развитие классической юриспруденции достигает своего

кульминационного пункта, причем к этому времени уже окончательно исчезает деление юристов на прокульянцев и сабиньянцев.

Наивысший подъем юриспруденции связывают с именами трех юристов эпохи Северов (Северы — династия римских императоров конца II — начала III в. н. э.).

Виднейшим из них является Эмилий Папиниан, бесспорно самый выдающийся юрист и одна из замечательнейших личностей. Родом из Сирии, он был связан узами товарищества, дружбы и даже родства (по второй жене императора) с Септимием Севером, при котором он занимал должность *praefectus praetorio* и вообще пользовался огромным влиянием. После смерти Септимия Севера он старался поддерживать мир между двумя братьями Каракаллой и Гетой, и это навлекло на него гнев Каракаллы. Когда после убийства Геты Каракалла потребовал от Папиниана, чтобы он составил речь в оправдание этого убийства, Папиниан, по преданию, ответил: «*non tam facile parricidium excusari potest, quam fieri*» («убийство не может быть оправдано столь легко, как совершено») и за это был в 212 г. казнен. Для юристов позднейшего времени Папиниан был первым и непререкаемым авторитетом; наибольшее значение из его трудов имели *quaestiones* в 37 книгах и *responsa* в 19 книгах.

Двумя ближайшими современниками Папиниана были Павел и Ульпиан. Юлий Павел был сначала ассессором при Папиниане, потом членом *consilium principis* вместе с Папинианом при Септимиусе Севере и Каракалле, наконец *praefectus praetorio* при Александре Севере. Павел — один из самых плодовитых писателей: он написал более 300 *libri*, причем одной из особенно излюбленных им форм литературы были критические замечания к сочинениям его предшественников (*notae*). Одно из сочинений Павла, именно его *sententiae*, приобрело впоследствии особенное значение.

Домиций Ульпиан был родом из Тира в Финикии; он также был сначала вместе с Павлом ассессором при Папиниане, а затем членом совета и *praefectus praetorio* при Александре Севере (опять вместе с Павлом). В качестве *praefectus praetorio* он задумал, по — видимому, рядом мер обуздать распущенность преторианцев (личная гвардия императора), но это ему не удалось: после неоднократных покушений он был убит ими на глазах у императора в 228 г. Ульпиан также написал большое количество сочинений, наиболее обширными из которых являются комментарии *ad edictum* (83 книги) и *ad Sabinum* (51 книга). Наибольшее количество цитат в Юстиниановских «*Digesta*» (около одной трети всего) взято именно из Ульпиана.

После этих корифеев классической юриспруденции она быстро клонится к упадку. Из юристов более поздних следует назвать Модестина (ученик Ульпиана), Тертуллиана и Гермогениана, но все это уже не звезды первой величины.

Такой быстрый упадок юриспруденции объясняется различными причинами, но две из них играют главную роль: а) После Северов наступает для римского государства эпоха непрекращающихся смут (в течение 50 лет сменяется 17 императоров), во время которых спокойное занятие правом было немислимо; неустойчивость общественной жизни приводит к общему понижению культурного уровня. б) Все то, что еще оставалось мыслящего, искало выхода из общего кризиса в христианстве, которое все сильнее и сильнее распространяется и увлекает умы.

Из обширной юридической литературы Рима до нас дошло, сравнительно со всей ее массой, очень немного. Кроме упомянутых «Институций» Гая и отрывков из некоторых других произведений (*sententiae* Павла и т. д.), в Юстиниановском Своде сохранились многочисленные цитаты из сочинений различных юристов. Однако, попытка собрать все эти разрозненные цитаты и расположить их по авторам и произведениям, из которых они заимствованы, обнаружила, что от каждого цитированного сочинения мы имеем по большей части лишь несколько сравнительно с целым незначительных кусков, ничем между собою не связанных. Тем не менее, и то, что мы имеем, представляет богатейшую юридическую сокровищницу, которая не исчерпана до конца и до сих пор.

Главное достоинство римской юриспруденции заключается в тонкой разработке практической стороны права, и в этом отношении она дала блестящие образцы юридического анализа, обнаружила тонкое понимание практических потребностей гражданского оборота. Основное содержание сочинений заключается в мастерском решении разнообразных случаев жизни, причем именно здесь сказываются в полной мере отмеченные достоинства римских юристов. Но их мало интересовала история права: их исторические сообщения случайны и отрывочны. Их мало интересовала также теория права; лишь изредка они пытаются дать известному положению то или иное философское обоснование, причем далеко не всегда такое обоснование бывает удачным. Истинная сфера римского юриста — в анализе правовых норм и в определении юридической природы конкретных правоотношений.

Если период республики заложил основы нового общенародного права (*jus gentium*), то с точки зрения общего хода римского праворазвития главное значение периода принципата заключается в детальном развитии этих основ классической юриспруденцией. Преторский эдикт и законодательство республики только вывели грандиозное здание вчерне; классическая юриспруденция довершила работу внутренней отделкой.

Глава IV Абсолютная монархия

§ 34. Государственное устройство и управление

Диархия не могла быть прочной формой государственного устройства, и уже к концу предыдущего периода императорская власть приобретает заметный монархический оттенок. Продолжительные смуты, наступившие после Северов, обнаружили необходимость полной реорганизации государства, и эта реорганизация произведена была Диоклетианом, а затем в том же духе завершена Константином.

Два основных начала лежат во главе этой Диоклетиановско — Константиновской реформы. Первое — это окончательное признание императора абсолютным монархом. Он не есть теперь уже *princeps* или республиканский магистрат, признающий над собою, хотя бы в принципе, верховенство народа; он теперь не «первый» (между равными), а господин, *dominus*, стоящий выше закона («*princeps legibus solutus est*» — « принцепс не связан законами»), *dominus* «Божией милостью»; «граждане» — *cives* — превращаются в «подданных», *subjecti*. Под влиянием восточных образцов императорская власть приобретает даже во внешности восточной колорит: недоступность, сложный придворный церемониал, божеские почести — «*tamquam praesenti et corporali deo*» («как присутствующему и воплощенному богу»). Однако, династического характера монархия и теперь не приобрела; вопрос о престолонаследии остается неурегулированным; теоретически избрание императора как будто принадлежит сенату, фактически же преемник или указывается самим предшествовавшим императором, или же провозглашается войском.

Второе начало — это разделение империи на две половины, Восточную и Западную, *Oriens* и *Occidens*. Среди чрезмерного разнообразия национальностей, входивших в состав Римской империи, уже давно обнаружилось тяготение к двум культурным типам — латинскому и греческому; к первому тяготел Запад, ко второму Восток. Управление государством со столь различными национальными элементами представляло, конечно, большие трудности, — и Диоклетиан пришел к мысли в интересах управления разделить этот труд, избрав себе соправителя, который заведовал бы одной из двух больших половин государства. С той поры, за исключением некоторых более или менее коротких промежутков, разделение это делается постоянным. Но это разделение в принципе не обозначает собою распад империи на два совершенно отдельные и совершенно самостоятельные государства; *Oriens* и *Occidens* остаются только двумя половинами одного и того же государственного целого; восстанавливается как бы старая идея коллегальности: императоры, подобно прежним двум консулам, считаются коллегами, а законодательство признается единым для всего государства. Разделение государства завершается созданием другой столицы — Константинополя, и другого сената — Константинопольского.

В помощь себе оба императора, называющиеся теперь Августы (*Augusti*), избирают двух Цезарей (*Caesares*), которые и предполагаются их преемниками.

Подобное разделение империи, проникнутое очевидным идеализмом, могло быть, конечно, лишь началом ее полного распада. Варвары приходят на помощь и покорением Западной Римской Империи (476 г.) уничтожают это призрачное единство. Правда, оно было восстановлено еще раз Юстинианом, но после его смерти Запад отрывается вновь и на этот раз уже окончательно, а для Востока кончается Рим и начинается Византия.

Установление абсолютной монархии отзывается прежде всего, конечно, падением сената. Этому немало способствовало перенесение столицы в Константинополь и учреждение второго, Константинопольского, сената, вследствие чего оба сената спустились до степени простых городских советов. От прежнего общегосударственного значения у сената только одна пустая форма: а) сенату сообщаются новые законы для сведения, б) сенату поручается иногда расследование уголовных дел, и с) *de jure* сенату принадлежит избрание нового императора, хотя, как сказано выше, это право сводится к санкционированию того, кто был уже или предназначен в качестве цезаря, или провозглашен войском.

Одновременно с падением сената происходит дальнейшее падение старых республиканских магистратур. Они продолжают еще существовать, как почетные реликвии прошлого, но уже никакого участия в государственном управлении не принимают: консулы председательствуют в сенате, опекунские заведуют по поручению императора некоторыми специальными делами (например, опекунскими), остальные существуют только как почетные звания.

Все активное государственное управление находится в руках императорских чиновников, система которых разрастается в сложный бюрократический механизм и подвергается более точной регламентации. Резко проводится разделение должностей на придворные, гражданские и военные — *dignitates palatinae, civiles* и *militares*; в каждой ветви образуется определенная иерархическая лестница, причем каждой ступени в этой лестнице соответствует особый титул (*illustres, spectabiles*,

clarissimi — светлейшие, почетные, славнейшие и т. д.); каждому чиновнику назначается определенное жалование — соответственно титулу и рангу.

При особе императора находится государственный совет, который называется теперь *consistorium principis* (вместо прежнего «*adsidere*»(сидеть рядом), «*assessore*»(стоять рядом) теперь «*adstare*»(стоять рядом): члены совета не смеют уже в присутствии императора сидеть «*consistorium*» — собрание стоящих). По предложению императора он обсуждает всякие вопросы законодательства и управления; в нем же разбираются и все судебные дела, восходящие в инстанционном порядке к императору; в этой последней функции судебного учреждения императорский совет носит обыкновенное название *auditorium principis*.

При дворе группируется целая масса разнообразных придворных чиновников (*dignitates palatinae*), имеющих в то же время характер органов центрального управления. Наиболее важными из них являются: *praepositus sacri cubiculi*, заведующий царским дворцом, *magister officiorum* — начальник личной канцелярии императора и вместе с тем заведующий личным составом чиновничества, *quaestor sacri palatii* — председатель *consistorium principis*, нечто вроде государственного канцлера, *comes largitionum* — заведующий государственной казной и финансами вообще, *comes rei privatae* — заведующий средствами, назначенными на содержание двора, и мн. др.

Затем идет ряд чиновников для управления столицами и провинциями (*dignitates civiles*). Во главе каждой столицы стоит *praefectus urbi*, в руках которого сосредоточивается административная и судебная власть в столице. Его ближайшим общим помощником является викарий (*vicarius*), а затем специальными — *praefectus vigilum*, *praefectus annonae* и масса низших *curatores*.

Что касается местного управления, то вся территория подвергается в этом периоде новому административному разделению. Каждая половина империи — *Oriens* и *Occidens* — делится на две префектуры: Восточная половина на префектуры Восточную (Фракия, Малая Азия и Египет) и Иллирийскую (Балканский полуостров), Западная половина на префектуры Италийскую (Италия и Африка) и Галльскую (Галлия и Испания). Во главе каждой префектуры в виде его общего начальника стоит префект претория (*praefectus praetorio*).

Каждая префектура делится на диоцезы, во главе которых стоят *vicarii*, и наконец диоцезы делятся на провинции (*provinciae*), которыми управляют *praesides* или *rectores*. Провинции являются основными клеточками этого административного деления, а правители провинций являются поэтому первой административной и судебной инстанцией. В этом делении провинции утратили уже свое прежнее историческое и национальное значение: они только чисто искусственные территориальные единицы.

Возле каждого чиновника группируется штат его низших служащих и его канцелярия (*apparitores* и *officiales*).

Провинции, в свою очередь, состоят из более мелких единиц — общин или *civitates*. Эти общины в своих внутренних делах пользуются известной самостоятельностью, хотя и под сильным контролем правительства. Органами местного, общинного самоуправления являются и теперь местный сенат (*decuriones*) и выборные муниципальные магистраты. На обязанности этих местных органов, главным образом, декурионов, лежит прежде всего забота о выполнении общиной общегосударственных повинностей — доставление надлежащего количества рекрутов, взыскание государственных податей и т. д.

В этих делах все члены сената отвечают своим имуществом за всякие недочеты и недоборы, и притом все друг за друга по началам круговой поруки. С усилением налогового бремени и с общим экономическим упадком страны такая ответственность делается очень тяжелой, и местная аристократия начинает уклоняться от обязанности декурионов. Чтобы привлечь к ней, правительство принуждено давать декурионам различные сословные и почетные преимущества. Но и это не помогает, и тогда правительство приходит к принудительной организации сословия декурионов, причем всякие попытки выйти из него или уклониться от несения возложенной на него государственной обязанности караются различными наказаниями.

Правительственный контроль над местным самоуправлением осуществляется сначала при посредстве особого, при каждой *civitas* состоящего *curator rei publicae*, а с императора Валентиниана при посредстве так называемого *defensor civitatis*. В лице этого чиновника императоры хотели дать беднейшему населению особого защитника их интересов против более богатых и более сильных (*potentiores*), но на практике эта идеалистическая функция не осуществилась, и *defensor civitatis* превратился в судью по мелким делам.

Продолжают существовать и провинциальные съезды — *concilia provinciarum*. С установлением христианства языческие религиозные цели этих съездов отпадают, но тем прочнее делаются их деловые функции. Право петиций признается за ними уже *de jure*, и императоры настоятельно запрещают правителям провинций чинить в этом отношении какие — либо препятствия. Тем не менее, растущее всемогущество бюрократии и ее сплоченность делают это право петиций практически иллюзорным; история дает немало примеров, когда попытки провинциалов добиться таким путем при дворе правды оказывались совершенно бесплодными. Вследствие этого *concilia*

замирают и ко времени Юстиниана почти выходят из употребления.

Наконец, со времен Константина видное общественное значение приобретает церковная организация. Органами церковного управления являются епископы, выбираемые общинами; в их руках сосредоточивается церковное управление, заведование церковными имуществами, а также известная юрисдикционная власть над паствой по делам религии и церкви. Чем далее, тем более влияние церкви растет и отражается в различных областях права.

Переселение центра государственной жизни из Рима в Константинополь, где восточные и эллинистические влияния должны были ощущаться живее, отразилось не только в области государственного устройства и управления. Оно сказалось на всем организме римского права, в частности, и на римском гражданском праве. Уже выше (§ 31) было указано, что распространение римского права на всю территорию империи, явившееся результатом указа Каракаллы, оказалось не в силах искоренить местные права провинций. Особенно упорно сохранялись в жизни местные обычаи эллинистического востока. Период абсолютной империи передвинул лабораторию общеимперского праворазвития как раз в центр этих эллинистических влияний. Во главе государства, в первых рядах бюрократии, среди авторитетных юристов все чаще и чаще появляются провинциалы, выросшие в атмосфере этих влияний. Неудивительно поэтому, если развитие римского права в течение этого периода идет под серьезным напором эллинистических начал и с значительным наклоном в сторону этих последних. Римское право «ориентализируется» (фон Майр).

§ 35. Население

В связи с реорганизацией государственного строя радикально изменилась и сословная организация общества. Из прежних высших сословий сословие всадническое исчезло, а сословие сенаторское превратилось в общеимперскую знать бюрократического характера. В *ordo senatorius* входят теперь лица, занимавшие высшие ступени в должностной иерархии (дающие право на титул *clarissimus*), причем сословие это является наследственным, пользуется известными привилегиями (изъятием от местной подсудности и местных повинностей), зато, с другой стороны, несет и свои специальные обязанности (специальные подати и повинности в пользу императора).

Но если в прежнее время сословность касалась только высших слоев, то теперь она распространяется в глубь и захватывает почти все население империи. Характерной тенденцией периода абсолютной монархии по отношению к населению является постепенно проводимое закрепление сословий: естественные общественные классы делаются мало — помалу наследственными, резко разграничиваются друг от друга и каждое из них несет на себе такую или иную государственную повинность, «тягло» (*functio*). Общей причиной этого явления служит упадок общественной жизнедеятельности, заставляющий государство для удовлетворения его нужд прибегать к принудительному прикреплению различных общественных классов к их профессиям.

Правительству принципата, как было отмечено выше, не чуждо было стремление поднять экономическое благосостояние государства путем установления большего порядка в управлении, реорганизации податной системы, насаждения мелкого крестьянства и т. д. На некоторое время все эти меры имели успех, и благосостояние провинций улучшилось. Однако, это улучшение оказалось непрочным. Продолжительные смуты в конце периода в значительной степени расшатали экономическую жизнь; об этой расшатанности свидетельствуют разнообразные чрезвычайные меры, предпринимавшиеся императором Диоклетианом и другими, против ростовщичества, чрезмерного повышения цен и т. д. Особенно любопытным в этом отношении по своей радикальности представляется известный эдикт императора Диоклетиана *de pretiis rerum venalium* («о ценах продаваемых товаров») 301 г., в котором устанавливается общая для всей империи такса на все товары и работы; требование цены или платы свыше этой таксы карается различными весьма серьезными штрафами. Но само собою разумеется, что такое принудительное регулирование всего экономического оборота, не принеся ни малейшей пользы, могло вызвать только новые экономические замешательства, и через несколько лет этот эдикт был отменен.

Но смуты не прекращались и в течение всего периода абсолютной монархии; государственный порядок чем далее, тем все более и более расшатывался. Все управление империи оказалось в руках сплоченной и всесильной бюрократии, жалобы на которую со стороны местного населения или вовсе не доходили до императора, или же в конце концов оказывались бесплодными. С роковой необходимостью, чтобы удержать огромное государственное тело от окончательного распада, абсолютная монархия должна была все более и более опираться на бюрократию и все сильнее стягивать железные обручи бюрократического механизма. Это, в свою очередь, усиливало полновластие и бесконтрольность чиновничества, а вместе с тем приводило к развитию произвола и взяточничества, что не могло не отзываться губительно во всех областях общественной и экономической жизни. Для содержания пышного императорского двора и всей огромной массы чиновничества правительство нуждается в больших средствах. С другой стороны, счастливые войны давно уже прекратились; напротив, варвары настойчиво надвигаются со всех сторон, и для защиты от

них необходимо постоянное содержание больших армий. Расходы растут, а на покрытие их необходимые средства правительство может получить теперь только с подданных. Налоги поэтому все повышаются и повышаются: старые усиливаются, а рядом с ними вводятся новые.

Производительные классы населения, поставленные общими государственными неурядицами в тяжелые условия труда, оказываются все менее и менее способными нести на себе эти возрастающие налоги и обнаруживают склонность бежать от своих профессий. Даже землевладельцы нередко оставляют свои поля; количество таких *agri deserti* («покинутые поля») столь велико, что обращает на себя внимание правительства. Взыскание податей дает всегда недоборы, за которые ответственность возлагается на местных декурионов, вследствие чего, как было отмечено выше, местная аристократия уклоняется от участия в муниципальном управлении. Но правительству нужны ответственные лица; оно карает уклоняющихся и, таким образом, налагает на все сословие декурионов круговую порукой своеобразное государственное тягло.

Наследственной и принудительной делается также профессия военная: сыновья солдат должны также быть солдатами, и лишь недостающее количество пополняется из рекрутов (*tirones*). Той же участи подвергаются многие отрасли торговли и промышленности; все лица, занятые в этих отраслях, объединены теперь в принудительные наследственные корпорации, цехи, на которые, за круговой порукой, возлагается выполнение их профессиональных обязанностей. Таковы профессии корабельщиков (*navicularii*), обязанных доставлять на своих кораблях съестные припасы в столицы; профессии булочников (*pistorii*) и мясников (*boarii*); профессии рабочих в государственных фабриках, рудниках и т. д. Почти везде свободная организация труда заменяется принудительной; почти все несут такую или иную государственную *functio*, делаются в этом смысле рабами государства — *servientes patriae*.

Особенный интерес представляет возникновение в период абсолютной монархии многочисленного класса крепостных крестьян, так называемых *coloni*. В окончательном виде положение колоннов характеризуется следующими юридическими чертами. Колонны живут на земле, принадлежащей другому лицу (господину), и платят ему известный ежегодный оброк (*canon*); но вместе с тем это не просто арендаторы, какими были *coloni* прежде: колонн не может уйти с занимаемого им участка; в случае его ухода господин имеет право требовать его возвращения назад посредством *vindicatio* — так же, как бежавшего раба. С другой стороны, и господин не может ни удалить колону с участка, ни продать его без участка или участка без него. Таким образом, колонны представляют собою зависимый класс населения, юридически связанный с землей, прикрепленный к ней, или, как выражаются источники, — *glebae adscripti, servi terrae ipsius*.

Вопрос о происхождении колоннаты является одним из очень сложных.

Едва ли может в настоящее время подлежать сомнению, что в некоторых провинциях, например, в Египте и Азии, колоннатоподобные отношения существовали уже издавна и были только унаследованы Римом. Возможно, что этот восточный образец оказал свое влияние и на позднейшее законодательство, давшее колоннату его окончательную юридическую формулировку. Но в Италии, Африке и некоторых других частях империи колоннаты развился из других корней и только в императорское время.

В памятниках республики, принципата и у классических юристов выражение *colonus* обозначает еще свободного мелкого арендатора, фермера. Как было указано выше (§ 31), в период принципата взамен рабского хозяйства развивается хозяйство фермерское. Вследствие восстаний рабов и массовых казней их, а также вследствие прекращения притока их в качестве военной добычи, количество рабов значительно сократилось, и владельцы латифундий начинают находить для себя более выгодным сдавать свои земли мелкими участками свободным арендаторам. Участки эти сдаются иногда прямо фермерами, иногда же через посредство крупных съемщиков (*conductores*), которые уже от себя сдают парцеллы (парцеллы — мелкие земельные участки, передаваемые для обработки на определенных условиях) мелким колоннам. Арендная плата вносится обыкновенно в деньгах, но иногда вместо денежной суммы она устанавливается в виде известной доли продуктов в натуре (*colonia partiaria*); в период абсолютной монархии, с падением менового оборота вообще, *colonia partiaria* делается явлением все более и более общим. В некоторых местах к арендной плате присоединяется еще обязанность выполнять известные барщинные работы (*operae*) в пользу господина.

На этой стадии колоннаты еще юридически свободен; как господин может отказать колону в продолжении арендного договора, так и колонн может уйти с арендуемого участка; даже неуплата оброка юридически не привязывает его — господин может только взыскивать с него недоимку обыкновенным гражданским порядком. Но, разумеется, фактически такая недоимка в сильной степени связывала колоннов, а положение их было, по общему правилу, тяжелым. В качестве мелких арендаторов являлись, конечно, беднейшие элементы населения, уже при самом начале хозяйства, нуждаясь в некотором капитале, они должны были прибегать к займам — обыкновенно у того же землевладельца, — и таким образом оказывались уже сразу в известной зависимости от него. Неудовлетворительные условия хозяйственной жизни приводят сплошь и рядом к тому, что не только

нет возможности погасить эти ссуды, но даже и в платеже оброка оказывается недоимка, которая с течением времени растет и делается хронической. При таких условиях уйти на другое место делается затруднительным, тем более, что и на другом месте колона ждала та же самая участь. Естественно, что в большинстве своем масса колонов фактически оставалась на тех же участках из поколения в поколение.

Эта фактическая связанность затем мало — помалу начинает превращаться в юридическую. Общая тенденция абсолютной монархии прикрепить различные классы населения к их профессии сказывается и здесь. Большое влияние на положение колонов оказала реорганизация прямого обложения, произведенная императорами. В основание прямой подати, уплачиваемой землевладельцами, — так называемой *capitatio terrena* — кладется количество и качество их земли. Для определения этого количества и качества производится периодически поземельный кадастр, составляются описи имений (*formula censuales*), причем тщательно заносятся все доходные статьи этих последних. В качестве такой доходной статьи заносятся и колоны. Это обстоятельство придает фактической зависимости колонов уже некоторый оттенок юридический, создает в лице господина нечто вроде права на колонов: уход колона представляет понижение доходности имения, за которое платит государству господин.

Общее экономическое расстройство ставит самих господ часто в затруднительное положение и заставляет их дорожить колонами; отсюда нередкие случаи сманивания колонов и укрывательства беглых. Чтобы предотвратить подобные явления, император Константин указом 332 г. предписывает в таких случаях принудительно возвращать колонов назад. Вследствие этого колон лишается своей прежней свободы перехода, юридически прикрепляется к той земле, на которой он записан, делается *colonus adscripticius*. Дальнейшие законы идут в том же направлении и придают колонату его позднейший вид: так, закон 357 г. запрещает господину продавать землю без колона.

Однако, и после того, как это прикрепление к земле совершилось, колон не стал рабом: власть господина над ним не есть частно — правовая власть, подобная власти над рабом; эту последнюю господин мог всегда прекратить по своему произволу — например, отпустив раба на волю; отпущение же колона ничтожно. Отношение между господином и колоном является поэтому связью государственно — правовой — и притом связью двухстороннюю: связан колон, но связан и господин; оба несут известную государственную повинность, оба привязаны принудительно к известной государственной «функции» (*functio*).

Нужно сказать, однако, что это теоретическое различие имело небольшое практическое значение, и положение колонов все более и более приближалось и уравнивалось с положением рабов, также поселявшихся часто господином на земле. Личная свобода колонов также с течением времени делалась иллюзорной, тем более, что позднейшее законодательство предоставило господам и известную дисциплинарную власть над колонами.

Если мы представим себе теперь крупное поместье того времени, то мы увидим особый мир, во главе которого стоит господин; ему подчинена в такой или иной мере масса лиц — свободные служащие, вольноотпущенные, рабы, колоны; он управляет ими, творит над ними суд и расправу. С другой стороны, такой господин, по общему правилу принадлежащий к сословию *clarissimi*, находится в непосредственной связи с двором и изъят от юрисдикции местных властей. Получается, таким образом, некоторое от общего порядка управления независимое целое — некоторый зародыш феодализма. Впоследствии, в Византийскую эпоху, этот зародыш развивается; но это не феодализм молодых, еще только складывающихся государств западноевропейского средневековья, а феодализм заживо разлагающегося государственного тела. Ни всемогущество бюрократии, ни принудительная организация народного хозяйства не могли спасти от этого разложения; напротив, окончательно убивая народную энергию, все эти меры только ухудшали дело и ускоряли процесс умирания.

§ 36. Гражданский процесс

Как было сказано выше (§ 22), формулярный процесс являлся нормальным гражданским процессом не только в конце республики, но и в течение всего периода принципата. Однако с установлением империи рядом с этим нормальным процессом, предполагающим разделение на *jus* и *judicium*, развивается так называемый экстраординарный процесс (*extraordinaria cognitio*), не знающий такого разделения. Мало — помалу затем этот экстраординарный процесс оттесняет процесс *per formulas* и к началу периода абсолютной монархии является уже единственным. Изменение это совершилось следующим путем.

Уже в давнее время (ср. § 19 и § 26) в тех случаях, когда лицо не находило себе защиты в гражданском праве и в формах обыкновенного гражданского процесса, оно могло обратиться к магистрату с просьбой защитить его административными мерами власти. Если магистрат находил просьбу заслуживающей внимания, он сам разбирал дело, постановлял такое или иное решение и затем сам лично же приводил это решение в исполнение. Такое административное разбирательство

называлось *cognitio* или *notio*, а в противоположность обыкновенному судебному процессу — *cognitio extraordinaria* (*extra ordinem iudiciorum privatorum* — «вне обычного порядка судов по частно — правовым делам»). Оно встречается в сфере деятельности различных римских магистратов (консулов, цензоров) при решении подведомственных им дел. Что касается преторов, то они, напротив, сравнительно редко прибегали к этому чисто административному приему, предпочитая в таких случаях переводить дело на путь обыкновенного судебного производства при помощи интердиктов, *stipulationes praetoriae* и т. д. Вследствие этого *extraordinaria cognitio* в период республики была явлением более или менее случайным и редким.

Напротив, с установлением империи область применения *extraordinaria cognitio* и более расширяется. Император, как первый в государстве магистрат, имел право на такое же административное решение всяких дел, и императоры все шире и шире пользуются этим правом, беря на свое непосредственное разбирательство дела, которые почему — либо обратили на себя их внимание или о которых просили заинтересованные лица. С ростом компетенции императорских чиновников — *praefectus urbi*, *annonae*, *vigilum* — растет и их юрисдикционная роль: по связи со своими полицейскими функциями они разбирают и частные споры, к этим полицейским делам примыкающие. С увяданием преторского творчества и с приостановкой развития преторского эдикта вновь нарождавшиеся отношения (например, по поводу фидеикоммиссов (один из видов наследственных отказов, то есть завещательных распоряжений, имеющих цель предоставить какие — то выгоды за счет наследства третьим лицам (помимо наследника), не обременяя этих лиц ответственностью по долгам наследодателя), алиментов и т. д.) могли найти себе защиту только в порядке экстраординарном, причем императоры нередко создают из этих отношений специальную компетенцию для тех или других магистратов (например, консулам поручаются дела о фидеикоммиссах).

Но особенно быстрое распространение получает *extraordinaria cognitio* в императорских провинциях. Правители этих провинций, как делегаты императора, усваивают себе приемы этого последнего и все чаще и чаще обращаются к личному разбору дел от начала до конца. Правда, иногда и они передавали дело на решение другого лица — так называемый *iudex datus* или *pedaneus*, но роль этого *iudex datus* не та же, что роль присяжного *iudex privatus* в ординарном процессе: *iudex datus* может быть, может и не быть; если он есть, то раздвоения процесса на две стадии все же не возникает — *iudex datus* разбирает дело от начала до конца; он считается, наконец, только уполномоченным правителя провинции, и потому на решение его возможна апелляция к этому последнему.

Произведенная Диоклетианом реформа местного управления довершила дело постепенного вытеснения старого формулярного процесса. Вся территория государства была разделена на новые провинции, причем различие между провинциями императорскими и сенатскими исчезло: всеми провинциями управляют императорские наместники — *praesides* или *rectores*. В самом Риме произошло перемещение юрисдикции: судебная власть перешла окончательно из рук преторов в руки *praefectus urbi*, а вместе с тем должен был исчезнуть и формулярный процесс. И действительно, в царствование Диоклетиана он уже вовсе не применяется. В 294 г. Диоклетиан издал указ, в котором предписывалось правителям провинций самим решать дела, прибегая к *iudices pedanei* лишь в крайних случаях (с. 2. Cod. 3. 3); этот указ предполагает уже *extraordinaria cognitio*, как общую и единственную форму процесса.

Замена формулярного процесса экстраординарным обозначает коренное изменение в целом ряде основных принципов. Если в ординарном процессе разбирательство по существу *in iudicio* и самый приговор судьи (*iudex*) в идее покоились на соглашении сторон (*litiscontestatio*), то теперь весь процесс построен на начале власти (*imperium*); приговор является теперь не мнением третьей стороны судьи (*sententia*), а властным приказом носителя *imperium* (*decretum*). Этот общий характер нового процесса отражается на всем ходе производства.

Что касается прежде всего вызова в суд, то он совершается теперь официально при участии представителя государственной власти. Жалоба истца заносится в протокол судебного учреждения (*apud acta*) и затем официально сообщается ответчику; такой способ вызова в суд носит название *litis denuntiatio*. Так как теперь нет разделения процесса на две стадии, то по существу нет и *litiscontestatio*; но так как момент возникновения процесса имеет разнообразные материально — правовые и процессуальные последствия, то ради этих последствий *litiscontestatio* приурочивается теперь к тому моменту, когда стороны установили спор, то есть когда истец заявил ответчику на суде свою претензию, а ответчик изъявил намерение ее оспаривать (*lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam* — «спор засвидетельствован после того, как обвинение выдвинуто и оспорено» — с. 3. 1. Cod. 14. 4). После этого судья приступает к разбору дела по существу, проверке доказательств и т. д. Когда дело исчерпано, он постановляет свое решение, *decretum*, причем это решение отнюдь не должно быть непременно *condemnatio pecuniaria* (удовлетворение в денежном выражении); оно может содержать в себе и постановление об исполнении *in natura* (не денежная компенсация, а непосредственное исполнение того, что был

обязан сделать ответчик). На приговор возможна апелляция в инстанционном порядке (к викарию, префекту претория и, наконец, к самому императору), ибо все чиновники представляют одну иерархическую лестницу, причем все они черпают свои полномочия из власти поставившего их императора. Исполнение приговоров составляет теперь лишь последнюю, заключительную часть производства; для возбуждения его не требуется, как прежде, особого иска (*actio iudicati*), а достаточно простой просьбы: *praeses provinciae* осуществляет затем приговор средствами административной власти — либо путем насильственного отобрания спорной вещи у ответчика *manu militari* (военной силой), либо путем *pignus in causa iudicati captum*, либо, наконец, при помощи *distractio bonorum*.

Таким образом, во многих отношениях экстраординарный процесс сохраняет черты прежнего чисто административного разбирательства; но, с другой стороны, сделавшись нормальной формой гражданского суда, он естественно должен был усвоить себе и некоторые черты этого последнего, и прежде всего должен был проникнуться принципом состязательности (суд начинает дело только по жалобе истца, суд сам не собирает доказательств, суд не приговаривает к большему, чем просит истец, и т. д.).

К сказанному нужно прибавить еще следующее. В экстраординарном процессе в значительной степени подвергается ограничению принцип публичности: суд производится не на глазах у всех, как это было в процессе формулярном, а в закрытом помещении (*secretarium* или *secretum*), куда доступ публике ограничен. Развивается письменность в производстве: почти все происходящее на суде заносится в судебный протокол. Наконец, процесс перестал быть теперь даровым: тяжущиеся должны вносить известные судебные пошлины (*sportulae*) на покрытие канцелярских расходов и т. д.

Подвергаясь в периоде от Диоклетиана до Юстиниана лишь некоторым несущественным изменениям, описанный когниционный процесс ко времени Юстиниана приобрел вид так называемого либеллярного процесса. Название это дает Юстиниановому производству еще большее развитие письменных актов — *libelli*, — чем это было в эпоху Диоклетиана. Иск начинается подачей искового прошения — *libellus conventionis*. Проверив формальную правильность прошения (подсудность и т. д.), суд сам препровождает его через своего посыльного (*apparitor*) ответчику с предложением явиться в назначенный день на суд. Посланный *apparitor* должен взять от ответчика такое или иное обеспечение в том, что он действительно явится (*cautio iudicio sisti*); в противном случае он может даже быть подвергнут аресту. Если ответчик возражает на иск, его возражение облекается также в письменную форму — *libellus contradictionis*. Разбор происходит в прежнем порядке; приговор дается также в письменной форме и называется теперь старым именем *sententia*.

§ 37. Уголовное право и уголовный суд

Существеннейшие реформы, внесенные империей — республиканской и абсолютной — в область уголовного права и уголовного суда, сводятся главнейшим образом к следующему.

В области уголовного суда *quaestiones perpetuae* и суд сената мало — помалу оттесняются, а затем и вовсе устраняются уголовной юрисдикцией императорских чиновников — *praefectus urbi* для Рима, *praefectus praetorio* для Италии и провинциальных наместников для провинций. С установлением при Диоклетиане нового административного деления нормальным органом суда первой инстанции, как и в делах гражданских, являются *praesides provinciarum*, на решения которых может последовать затем апелляция к властям высшим. Чиновники эти судят по началам инквизиционного разбирательства *extra ordinem*. Что касается инициативы в преследовании преступлений, то частная *accusatio* не отменяется, но перестает быть исключительной: рядом с ней допускается и преследование по почину власти, *ex officio*. Кроме нормального порядка суда, в эпоху абсолютной монархии развиваются специальные суды для отдельных сословий — сенаторов, придворных, солдат и духовных.

В области материального уголовного права основой остаются те регламенты, те *leges*, которые еще в период республики определяли деятельность отдельных *quaestiones perpetuae*. Но эти *leges* были во многом дополнены и изменены позднейшими императорскими указами. Наконец, и юриспруденция не осталась без влияния: комментируя *leges* и императорские указы, она направляла практику и руководила законодательством. Так, например, республиканское уголовное право преступными считало только умышленные деяния; деяния неосторожные — неосторожное убийство и т. д. — оставались безнаказанными: отсутствие умысла (*dolus*) делало преступление случайным (*casus*). Юриспруденция, привыкшая уже в гражданском праве между *dolus* и *casus* находить еще среднее — *culpa*, обратила внимание на преступления неосторожные, и императорское законодательство стало подвергать их наказаниям в зависимости от степени вины. Далее, в республиканском законодательстве покушение не отделялось от совершения и обыкновенно каралось так же, как и это последнее. Юриспруденция проводит и здесь необходимое различие и рекомендует для покушения наказания более мягкие.

Что касается системы преступлений, то общую тенденцию императорской эпохи составляет ее

расширение. С одной стороны, республиканское законодательство в этом отношении оставляло большие пробелы, а, с другой стороны, стремясь к водворению большего порядка и спокойствия в стране, императоры склонны были в большей степени накладывать свою карающую руку там, где в период республики обходились без уголовной репрессии. Под влиянием этой тенденции расширяются с точки зрения своего состава старые, предусмотренные в *leges*, преступления — *crimina legitima*. Но, кроме этих последних, возникает целый ряд новых преступлений, обложенных наказаниями в различных императорских указах, — так называемые *crimina extraordinaria*. Сюда относятся прежде всего отмеченные выше преступления неосторожные — убийство, поджог; затем клятвопреступление, *stellionatus* (особый вид обмана, примерно аналогичный современному понятию «мошенничество»), вытравление плода, оскорбление христианской религии и т. д. Особенного упоминания заслуживает установление уголовных наказаний за *delicta privata*, то есть за такие деяния, которые раньше давали основание только для такого или иного гражданского иска — например, за *furtum* (кража); первоначально такая уголовная репрессия была установлена лишь для некоторых особых видов воровства (для *feres armati, nocturni, balnearii* — «кражи вооруженные, ночные, в банях» и т. д.), а впоследствии и для всякого.

Что касается системы наказаний, то вместо несложности и сравнительной мягкости карательных средств конца республики развивается чрезвычайно сложная и суровая, порою даже варварская, система уголовных кар, причем и здесь сословные различия сказываются иногда в установлении различных наказаний за одно и то же преступление для привилегированных и простых. Восстанавливается исчезнувшая в конце республики смертная казнь, которая в некоторых случаях принимает даже характер квалифицированной (сожжение, распятие на кресте, *roena culei* — представляет собой квалифицированный вид смертной казни за убийство родственника: преступник зашивался в кожаный мешок вместе со змеей, обезьяной, петухом и собакой и затем мешок бросали в море). Кроме смертной казни, наиболее частыми формами наказаний являются: каторжные работы в государственных рудниках (*condemnatio ad metallum*, причем приговоренный *eo ipso* лишался всяких прав и делался *servus roenae* — раб, ставший таковым в результате потери прав в наказание за преступление), ссылка в различных видах (*aquae et ignis interdictio* — изгнание из пределов отечества, *deportatio in insulam* — ссылка в определенное место; обе формы сопряжены с потерей прав и с превращением преступника в *peregrinus dediticius*; *relegatio* — без потери прав), заключение в тюрьму, имущественные штрафы и даже телесное наказание. Высшие наказания, так называемые *roenae capitales* (смертная казнь и те, которые сопряжены с потерей прав), влекут за собою, в качестве дополнительного, конфискацию имущества. Вообще основной идеей карательной системы является идея отщипления (преступнику) и устрашения (других).

Источники права

§ 38. *Jus vetus* и *leges*

В эпоху абсолютной монархии законодательная власть сосредоточивается исключительно в руках императора, вследствие чего единственной формой законодательства являются теперь императорские конституции, приобретающие название *leges*. Прежнее утверждение сенатом императорских *orationes* превратилось в простое сообщение сенату указов, уже вполне действительных. Что касается различных форм конституций, то *mandata* выходят из употребления, а относительно *decreta* и *rescripta* постановляется (закон Константина 315 г. — с. 3 *Cod. Th.* 1, 2), что они имеют силу только для того дела, по поводу которого они даны; они признаются, таким образом, лишь за *constitutiones personales*. Вследствие этого нормальной формой общего императорского указа (*constitutiones generales*) остается теперь *edictum*. В тех случаях, когда императорский указ имеет своим содержанием дарование каких — либо привилегий лицу или целой корпорации, он носит название *sanctio pragmatica*.

В противоположность императорским конституциям, как *leges*, все право, созданное прежним законодательством и разработанное юриспруденцией классического периода, называется теперь *jus vetus* или *jus antiquum*.

Как было указано выше, с половины III века юриспруденция быстро падает. Юридическое преподавание еще существует; мы имеем следы существования юридических школ в Константинополе, Александрии, Кесарии и Берите, причем наибольшею известностью пользовалась школа в Берите; из среды ее деятелей известны Кирилл, Домнин, Демосфен и Патрикий. Но юридическая литература этого периода скудна и количественно и качественно. Она ограничивается теперь только чисто компилятивной работой, пытаясь на основании выдержек из наиболее распространенных сочинений старых юристов и императорских конституций создавать сборники для того, чтобы облегчить применение права судьями, уже неспособными овладеть всей массой классической литературы. Некоторые из этих компиляций дошли до нас.

а) В 1821 году были найдены в Ватиканской библиотеке отрывки из довольно обширной, по — видимому, компиляции, составленной в конце IV или начале V века из сочинений Папиниана, Павла и Ульпиана, а также из императорских конституций, по преимуществу, Диоклетиана. Отрывки эти называются теперь «Fragmenta Vaticana» .

б) Приблизительно к тому же времени (вероятно, к началу V века) относится другая, оригинальная компиляция, которой дают теперь название «Lex Dei» или «Collatio legum mosaicarum et romanarum» («Божественный закон» или «Собрание законов Моисея и римских законов»). Цель сборника заключалась, по — видимому, в том, чтобы показать согласие между римским правом и постановлениями Моисеева закона; ввиду этого в сборнике перемешаны постановления Моисея с выдержками из сочинений римских юристов и императорских конституций. Разбираются, главным образом, вопросы уголовного права и лишь некоторые гражданского (порядок наследования по закону). Дошел до нас этот сборник в трех рукописях VIII—XI века.

с) К концу V или началу VI века относится сборник, носящий название «Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti» («разъяснение некоего древнего учителя права»); это собрание практических советов, решений, составленных на основании, главным образом, *sententiae Pauli*, но и некоторых других юристов.

д) Наконец, четвертый сборник того же рода известен под названием «Римско — Сирийской законной книги» . Составлен он в восточной половине империи в V веке (быть может, около 476 г.) и, вероятно, является произведением какого — либо духовного лица для руководства в местных духовных судах. Источником компиляции служили императорские указы (по преимуществу, восточных императоров) и некоторые сочинения классических юристов. В некоторых положениях (например, относительно порядка наследования по закону) замечаются отступления от римского права: по — видимому, здесь сказались влияние национального права — сирийского или греческого. Сборник этот имел большое распространение в Азии — от Египта до Армении — даже после издания Юстиниановского Свода; до нас дошли его арабские, сирийские и армянские переработки. Но все эти компиляции были только частными, и притом не очень искусными, пособиями; официальной силы они не имели. Юридически *jus vetus* покоилось все на тех же источниках, то есть сочинениях классических юристов. Само собою разумеется, однако, что судье, обязанному применять это право, в каждом данном случае разобраться во всей массе классической литературы было до крайности затруднительно. Чтобы хоть несколько облегчить эту работу, императоры издают ряд указов, имеющих целью регулировать пользование обширным литературным материалом и упорядочить применение *jus vetus*.

Сюда относятся прежде всего два закона императора Константина. Первый из них (321 г.) предписывает судьям не обращать внимания на критические замечания (*notae*) Павла и Ульпиана к сочинениям Папиниана, ибо, по мнению императора, оба эти юриста, заботясь только о своей славе, желали не столько исправить, сколько опорочить Папиниана (с. 1 *Cod. Th.* 1. 4). Второй (327 г.) предлагает судьям прежде всего руководиться при решении дел *sententiae* Павла (с. 2 *Cod. Th.* 1. 4).

Полнее пытается регулировать применение классических сочинений закон Феодосия II и Валентиниана III (426 г.), так называемый *lex Allegatoria* (закон о цитировании — с. 3 *Cod. Th.* 1. 4). Закон этот придает юридически обязательную силу сочинениям пяти юристов — Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и Гая («*Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus*» — «мы [императорская власть] подтверждаем все, написанное Папинианом, Гаем, Павлом, Ульпианом и Модестином»). Что же касается всей остальной классической литературы, то позволяется принимать во внимание лишь тех юристов, на которых упомянутые пять в своих сочинениях ссылаются и лишь при том условии, если соответствующий текст будет подтвержден сличением нескольких рукописей («*si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*» — «однако если вследствие древности содержание их текстов не ясно, пусть подтверждается собранием рукописей»). Так как, однако, рукописи других юристов, кроме пяти привилегированных, встречались все реже и реже, то на практике указанная добавка почти не имела никакого значения, и с мнениями других юристов считались лишь постольку, поскольку о них сообщалось в сочинениях Папиниана, Павла и т. д. Если по одному и тому же вопросу между упомянутыми пятью юристами обнаруживается разногласие, то судья должен принять то решение, которого держится большинство из них; при равенстве голосов решает мнение Папиниана; если же мнения Папиниана по данному вопросу нет, то судья может выбирать по своему усмотрению. Засим, подтверждается закон Константина относительно недействительности *notae* Павла и Ульпиана и указывается, что прежде всего решения надо искать в *sententiae Pauli* («*Pauli quoque sententias semper valere praecipimus*» — «мы также предписываем, чтобы сентенции Павла всегда имели силу»).

Как видим, *lex Allegatoria* пытается выйти из затруднений чисто формальным путем, придав обязательную силу сочинениям пяти юристов, выдвинув из них на первый план *sententiae* Павла и введя принцип большинства в чисто научное дело толкования. С этой стороны наш закон является наглядным свидетельством научной беспомощности юриспруденции и бюрократии того времени; но он, вероятно, только санкционировал приемы, установившиеся и до него в практике.

Не меньшие затруднения представляло для практики и пользование императорскими конституциями.

Какого — либо центрального органа для опубликования их не существовало: все они были разбросаны в разных архивах, вследствие чего пользование ими и даже самое ознакомление с ними было сопряжено с огромными трудностями. А между тем, с каждым годом количество их возрастало, причем новые указы сплошь и рядом отменяли или изменяли старые. Чувствовалась поэтому потребность собрать их в одну книгу, чтобы они всегда были под рукой, как для судей, так и для частных лиц. И здесь для удовлетворения этой потребности на помощь пришла прежде всего частная инициатива.

Древнейшая попытка этого рода принадлежит еще периоду принципата, когда некий Папирий Юст собрал конституции императора Марка Аврелия в 20 книгах. Но этот сборник, конечно, ко времени абсолютной монархии устарел и утратил свое значение. При императоре Диоклетиане появился новый частный сборник, составленный каким — то нам неизвестным Грегорием или Грегорианом и носящий название «Codex Gregorianus». Он содержит в себе конституции императоров до Диоклетиана (от 196 г. до 295 г.), причем все они расположены в известном систематическом порядке: кодекс делится на четырнадцать книг, книги на титулы, внутри которых конституции приводятся в подлинном тексте и в хронологической последовательности. Кодекс этот, очевидно, приобрел большое распространение, и между 314 и 324 г. к нему было составлено новым, также нам неизвестным автором, Гермогеном, дополнение из позднейших конституций, носящее название «Codex Hermogenianus». Этот кодекс представляет только одну книгу, разделенную на титулы.

Эти частные попытки навели, наконец, и правительство на мысль сделать официальный сборник конституций, тем более что императорские указы продолжали издаваться, и через известный промежуток времени оба названные кодекса, в свою очередь, устарели. Ввиду этого император Феодосий II назначил в 428 г. комиссию из восьми человек; эта комиссия должна была сделать две работы: во — первых, собрать воедино все конституции от Константина, даже устаревшие и отмененные, дабы этот сборник вместе с Codices Gregorianus и «Hermogenianus» мог служить основанием для обучения юристов, которым нужно знать и прошлое право; во — вторых, для практического употребления составить сборник действующих только конституций, прибавив, однако, к ним выдержки из *responsa* и трактатов юристов, дабы таким образом соединить в одном своде как *leges*, так и *jus vetus*. Работы назначенной комиссии остались, однако, без всякого результата; вероятно, выполнение второй части программы встретило непреодолимые затруднения. Вследствие этого в 435 г. была образована новая комиссия из шестнадцати членов под председательством *quaestor sacri palatii* Антиоха, но этой комиссии поставлена была уже более скромная задача: оставив вторую часть прежней программы, Феодосий поручил новой комиссии сделать лишь сборник императорских конституций, изданных после «Codex Hermogenianus» и сохраняющих еще свою силу. Эта работа была выполнена через 2 года, и новый сборник, получивший название «Codex Theodosianus», был опубликован 15 февраля 438 г. «Codex Theodosianus» делится на шестнадцать книг, из которых каждая, в свою очередь, распадается на титулы. По основной мысли Феодосия, его кодекс вместе с Codices Gregorianus et Hermogenianus должен был составлять одно целое, вследствие чего оба упомянутых частных сборника приобрели официальную санкцию. Новые конституции, появлявшиеся после издания Кодекса, называются *novellae leges*.

В V веке Римская империя, как известно, окончательно распалась на две половины, Восточную и Западную, причем Западная половина подпала вскоре под владычество германских завоевателей. Но действие римского права здесь вследствие этого не прекратилось: оно оставалось в полной силе по отношению к покоренному римскому населению. Даже более того: германские князья обнаруживают некоторую заботу об этом праве, поскольку это нужно для практики судов. Забота эта выразилась в издании нескольких сборников для судебного руководства. Таковы:

1) Так называемый «*Lex romana Wisigothorum*», свод из различных источников римского права (извлечения из указанных трех кодексов, из институций Гая, сентенций Павла и т. д., в конце одно *responsum* Папиниана), предназначенный для римских подданных Вестготского королевства, изданный Аларихом II в 506 г. и потому называющийся еще «*Breviarium Alaricianum*».

2) «*Edictum Theodorici*» — аналогичная компиляция, изданная в конце V века Теодорихом Великим для королевства Остготского.

3) «*Lex romana Burgundiorum*» — сборник такого же характера, изданный в начале VI века для Бургундского королевства королем Гундобадом. В некоторых рукописях этот последний сборник непосредственно примыкает к «*lex romana Wisigothorum*», причем по ошибке переписчиков конец последнего — *responsum* Папиниана — относился к началу «*lex romana Burgundiorum*», и вдобавок Папиниан был сокращен в Папиан. Вследствие этого и самый сборник («*lex romana Burgundiorum*») назывался также Папиан.

§ 39. Кодификация Юстиниана

Все указанные опыты частных и официальных компиляций вызывались одной общей потребностью — иметь какой — либо единый сборник права, единый свод, в котором было бы суммировано как *jus vetus*, так и императорское законодательство, и который мог бы служить твердым основанием при отправлении правосудия. И чем дальше, тем эта потребность ощущалась все сильнее и сильнее. По отношению к императорским конституциям, благодаря кодексам *Gregorianus*, *Hermogenianus* и *Theodosianus*, задача судей была значительно облегчена; но конституции продолжали издаваться, многие из находившихся в кодексах оказывались отмененными, вследствие чего по истечении известного периода пересмотр кодексов и дополнение их делалось необходимым. Гораздо труднее было положение и частных лиц, и судей, когда дело касалось *jus vetus*. Непосредственное пользование сочинениями классических юристов затруднялось уже тем обстоятельством, что они делались в обороте все более и более редкими. С другой стороны, если даже ограничиться сочинениями пяти юристов, легализованных в *lex Allegatoria*, то все же разобраться во всей массе их и найти в них надлежащее решение для данного конкретного случая было работой нелегкой, особенно при общем упадке юридической образованности. Далее, мнения юристов нередко друг другу противоречили, а механический подсчет голосов, установленный законом о цитировании, представлял, конечно, известное удобство для судей, но отнюдь не убеждал в юридической верности голоса большинства. Наконец, условия жизни за 2–3 столетия успели во многом существенно измениться, и обычные решения классических юристов оказывались иногда устаревшими. Одним словом, чувствовалась общая потребность в полном и официальном пересмотре всей правовой системы, в подведении итогов всего многовекового развития.

Как было указано выше, уже император Феодосий II имел мысль сделать такой общий пересмотр как конституции, так и юридической литературы, и переработать все в единый, цельный свод. Но мысль эта осталась при нем неосуществленной. Выполнение этого плана, и притом в очень широком масштабе, составляет огромную заслугу Юстиниана и его ближайшего помощника в этом деле Трибониана.

Колоссальный труд составления Юстиниановского Свода был выполнен в несколько приемов и в сравнительно короткий срок.

Прежде всего внимание Юстиниана обратилось на собрание императорских конституций. Необходимо было привести в порядок конституции, накопившиеся за столетний промежуток после издания «*Codex Theodosianus*». Но Юстиниан возымел более широкую мысль — пересмотреть и прежние кодексы (*Gregorianus*, *Hermogenianus* и *Theodosianus*), вычеркнуть из них все устаревшее, а все действительное объединить в одном сборнике. С этой целью Юстиниан 13 февраля 528 г. назначил комиссию из 10 человек, среди которых находился и упомянутый Трибониан. Через год комиссия окончила свою работу, и 7 апреля 529 г. указом «*Summa rei publicae*» был обнародован «*Codex Justinianus*», отменивший собою три прежние.

Собрав и систематизировав *leges*, Юстиниан решил совершить то же самое и по отношению к *jus vetus*. Эта задача представляла, конечно, гораздо больше трудностей, но быстрый успех с Кодексом и наличность энергичных помощников укрепили Юстиниана в его намерении. 15 декабря 530 г. указом «*Deo auctore*» он дал Трибониану соответствующее поручение, предоставив ему самому выбрать себе помощников. Трибониан составил комиссию из 15 человек, между которыми были четыре профессора юриспруденции из Академий Константинопольской (Теофил и Кратин) и Беритской (Доротей и Анатолий) и 11 адвокатов. Комиссия имела пред собой очень сложную задачу: она должна была собрать сочинения не только пяти привилегированных в *lex Allegatoria* юристов, но и всех вообще классических юристов; из всех этих сочинений она должна была сделать извлечения, причем все устарелое должно было быть вычеркнуто и заменено новым, а всякие разногласия должны были быть устранены; наконец, весь этот материал нужно было расположить в известном систематическом порядке. Одним словом, вся огромная юридическая литература должна была быть пересмотрена и спаяна в одно систематическое целое. И с этой колоссальной задачей комиссия справилась чрезвычайно быстро: через 3 года со времени указа Трибониану, именно 16 декабря 533 г., указом «*Tanta*» или «*Δεδωχεν*» этот огромный свод, получивший название «*Digesta*» или «*Pandectae*», был опубликован, а с 30 декабря того же года вступил в действие.

Одновременно с работой по составлению «Дигест», под общим руководством Трибониана, профессорами Теофилом и Доротеем был составлен, главным образом для учебных целей, официальный элементарный курс гражданского права, получивший обычное для такого рода курсов название «*Institutiones*». 21 ноября 533 г. особым указом, адресованным к юношеству, — «*curidae legum juventuti*» («юношеству, желающему изучать законы»), — «Институции» были санкционированы, причем им была придана сила, равная силе всех других частей свода.

Но пока шла работа со составлением «Дигест» и «Институций», законодательство не бездействовало: самая эта работа вызвала правительство на пересмотр целого ряда вопросов. Как было только что сказано, комиссия должна была устранять все встречавшиеся между юристами контroversы, но некоторые из этих контrovers по докладу комиссии были разрешены самим

Юстинианом, причем эти решения были объявлены в виде указов; сохранилось известие о 50 подобных указах — так называемых *quingenta decisiones*. Но и независимо от этого многие вопросы требовали пересмотра, и действительно в течение этих лет мы видим чрезвычайно оживленную законодательную деятельность: в 529 г. было издано около 80 конституций, в 530 — около 130, в 531 — около 100. Вследствие этого к тому времени, когда «Дигесты» и «Институции» были закончены, Кодекс, изданный в 529 г., оказался уже во многом устаревшим. Чтобы согласовать его с новыми частями свода, нужно было переработать его заново. Новая комиссия сделала это, и 16 ноября 534 г. указом «*Cordi nobis*» был опубликован, в замену прежнего, Кодекс новой редакции — «*Codex repetitae praelectionis*».

Этим составление свода было закончено. Выходившие после того указы называются новеллами (*novellae leges*), и некоторые из них имеют весьма существенное значение, представляя полную реформу в некоторых областях права (например, в области наследования).

Юстиниан имел намерение также собирать эти новеллы по мере их накопления, но сам он этой мысли уже не осуществил. Мы имеем, однако, несколько частных сборников новелл, причем новеллы рассматриваются, как последняя заключительная часть юстиниановского законодательства.

Все указанные части юстиниановской кодификации должны были, по мысли Юстиниана, составлять одно целое, один «*Corpus*» права, хотя они и не были тогда соединены под одним общим названием. Лишь в средние века, когда возродилось изучение римского права (начиная с XII столетия), весь Юстиниановский Свод стал называться общим именем «*Corpus Juris Civilis*», под которым названием он известен и теперь.

Рассмотрим несколько ближе каждую из составных частей этого огромного свода.

1. «*Institutiones*». Хотя они созданы были в качестве элементарного руководства для учебных целей, однако они не стоят ниже других частей и в смысле своей юридической силы. Главным источником их послужили «Институции» Гая (хотя были использованы также «Институции» и других авторов); они дали юстиниановским «Институциям» и свое внешнее деление на четыре книги, и свой план (*personae, res, actiones*); сплошь и рядом даже самый текст взят у Гая. Каждая из четырех книг делится на титулы с особым заглавием; каждый титул в современных изданиях для удобства цитирования разделен на параграфы, причем нумерация параграфов начинается не с самого начала титула, а несколько дальше; начальная же, не нумерованная, часть титула носит название *principium*. Поэтому цитируются «Институции» так: *pr. (principium) Inst. I* (книга первая) 1 (титул первый); § 1 *Inst. I, 1* и т. д. Вот, например, начало «Институций» — *titulus Institutionum l. 1 de justitia et jure*:

«*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens (principium)*. § 1. *luris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justii atque injusti scientia*» («Титул Институций l. 1. о правосудии и праве. Правосудие есть неизменная и постоянная воля, воздающая каждому его право (*principium*). § 1. Наука права есть осведомленность в отношении дел божественных и человеческих, знание правого и неправого»).

2. «*Digesta*» или «*Pandectae*» представляют собрание цитат из сочинений юристов, расположенных в известном систематическом порядке. Всего цитировано 39 юристов от Квинта Муция до Гермогениана и, по исчислению самого Юстиниана, до 2000 сочинений. Являясь, таким образом, суммированием всей классической юридической литературы, «*Digesta*» представляют центральную часть Юстиниановского свода, самую обширную по размерам и наиболее ценную по своему содержанию. Вся масса цитат разделена на 50 книг приблизительно по системе «*Digesta*» классических юристов, которые, в свою очередь, следовали системе *edictum perpetuum*. Каждая книга делится на большее или меньшее количество титулов с особым заглавием («*De actionibus empti venditi*», «*Locati conducti*» («Об исках купли — продажи», «найма») и т. д.); только книги 30-я, 31-я и 32-я не имеют этого деления на титулы, ибо все они посвящены одному вопросу и потому носят общее заглавие «*De legatis*» («О легатах», то есть завещательных отказах).

Внутри каждого титула (кроме кратких) цитаты также расположены в известном порядке: сначала идут цитаты из сочинений, комментировавших цивильное право, то есть в большинстве случаев из комментариев *ad Sabinum* — так называемая масса Сабина; затем следуют цитаты из сочинений *ad edictum* — масса эдикта, и наконец выдержки из сочинений, возникнувших на почве юридической практики (*responsa* и т. д.); а так как во главе сочинений этой группы стояли *responsa Papiniani*, то эту массу называют массой Папиниана.

Иногда в самом конце находятся еще добавочные цитаты — *Appendix*.

Предполагая поэтому, что комиссия при производстве своих работ разделилась на три подкомиссии, распределив между собою указанным образом просмотр сочинений. Затем сделанные каждой подкомиссией выдержки сводились воедино в общих заседаниях (это предположение высказано было впервые Ф. Блуме в *Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft*. Bd. 4. 1820 и с той поры стало общепринятым. Мнение Блуме было оспорено Ф. Хофманом (*Die Kompilation der Digesten Justinians*. 1900), который думает, что систему и главное содержание «Дигестам» дал комментарий Ульпиана, а затем другие компиляции вроде *fragmenta Vaticana*. Но критика Хофмана успеха не имела (Ср.: Mommsen T. *Zeitschrift der Savigny* — *Stiftung für Rechtsgeschichte*. Bd. 22. 1901; Jörs P.

«Digesta» в Pauly — Wissowas «Realencyclopädie...»; Bonfante P. Storia del dir. rom. Appendice II). В новейшее время аналогичную мысль высказал Г. Петерс (Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten. 1913), по мнению которого «Дигесты» представляют лишь переработку некоторого более раннего частного сборника. Но эта новая попытка ниспровергнуть гипотезу Блуме встретила также решительный отпор (см. рецензию О. Ленеля и Л. Миттейса в Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. 34. 1913)).

Каждая цитата начинается с указания автора и сочинения, из которого она взята. В современных изданиях эти цитаты внутри каждого титула пронумерованы, а более длинные из них разделены на параграфы (причем и здесь начало каждой цитаты стоит вне нумерации и обозначается словом *pr.* = *principium*). Поэтому при цитировании «Дигест» надо указать книгу, титул, номер цитируемой выдержки и ее параграф — например, *fr.* (*Fragmentum*) или *l.* (*lex*) 1 § 2 *Dig.* 43 (книга) 6 (титул). Для образца приведем только что указанный *titulus Digestorum* 43. 6, озаглавленный «*Ne quid in loco sacro fiat*» .

1. *Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum* (цитата взята из 68-й книги комментария Ульпиана *ad edictum*). *Ait praetor: «In loco sacro facere inve eum immittere quid veto»* (*principium*: слова претора в эдикте). § 1. *Hoc interdictum de loco sacro, non de sacrario competit* (здесь начинается комментарий Ульпиана). § 2. *Quod ait praetor, ne quid in loco sacro fiat, non ad hoc pertinet, quod ornamenti causa fit, sed quod deformitatis vel incommodi.* § 3. *Sed et cura aedium locorumque sacrorum mandata est his, qui aedes sacras curant* (Ульпиан в книге 68 к эдикту: сказал претор: «Запрещаю что — либо делать или вводить в священном месте». § 1. Этот индердикт относится к священному месту, а не храму. § 2. Что сказал претор относительно того, чтобы ничего в священном месте не произошло, то не касается того что происходит ради украшения, но того, что ради порчи или вреда. § 3. Но забота и о зданиях, и о местах священных поручена тем, кто заботится о священных зданиях).

2. *Hermogenianus libro tertio iuris epitomarum. in muris itemque portis et aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur* (Гермогениан в третьей книге извлечений [действующего] права. В отношении стен, а равно ворот и других священных мест делать что либо, отчего может быть причинен ущерб или вред, не допускается).

3. *Paulus libro quinto sententiarum. Neque muri neque portae habitari sine permisso principis propter fortuita incendia possunt* (Павел в пятой книге изречений. «Ни стены, ни ворота не могут заселяться без разрешения принцепса из — за [опасности] случайных пожаров»).

Создавая «Digesta», компиляторы имели своей задачей не просто собрать цитаты из сочинений юристов и расположить их в известном порядке, как, например, мы собираем литературные материалы и выписки, а сделать из них действующий Свод Законов. Между тем в сочинениях юристов они встречали и разногласия их между собой, и много такого, что ко времени Юстиниана уже устарело. Компиляторы должны были поэтому сглаживать разногласия и заменять устаревшее новым. Для этого они прибегали нередко к различным изменениям в цитируемом тексте; эти изменения называются *emblemata Triboniani* или интерполяциями. Какими — либо внешними знаками интерполяции не отмечены, но всестороннее изучение «*Corpus Juris Civilis*» обнаружило и продолжает обнаруживать их в большом количестве: рука компиляторов деятельно прошлась по всему огромному материалу «Дигест». Иногда подобные интерполяции обнаруживаются легко из сопоставления цитат, взятых у одного и того же юриста и из одного и того же сочинения, но помещенных в двух разных местах (так называемые *leges geminatae*), или из сопоставления цитаты в «Digesta» с той же самой цитатой в сохранившихся до нас памятниках доюстиниановского времени (*fragmenta Vaticana* и т. д.). Но часто переработка компиляторов может быть обнаружена только путем сложного разбора логического, лингвистического и исторического характера. Приведем для образца самые простые виды интерполяций.

Fr. 12. 3. D. 7. 1. Ulpianus libro XVII ad Sabinum. De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo meus ususfructus est, stipuletur aliquid ex re mea vel per traditionem accipiat: an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usumfructum (*Fr. 12. 3. D. 7. 1.* Ульпиан в XVII книге [комментария] к Сабину . Помпоний сомневается в отношении того, что, если беглый раб, относительно которого у меня есть право usufructa, совершит стипуляцию в моих интересах или получит что — либо путем традиции, удерживаю ли я через это право usufructa, как если бы пользовался [им]?)?

Fragmenta Vaticana § 89 . De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo ususfructus meus est, stipuletur aliquid vel mancipio accipiat, an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usumfructum (*Fragmenta Vaticana § 89 .* «В отношении того сомневается Помпоний, что если беглый раб, в отношении которого у меня есть право usufructa, совершит стипуляцию или получит путем манципации что — либо, то удержу ли я через это право usufructa, как если бы пользовался [им]?»).

Самое существенное изменение здесь заключается в том, что стоявшее в подлиннике у Ульпиана слово «*mancipio*» заменено в юстиниановских «Digesta» выражением «*per traditionem*» : ко времени Юстиниана формальная сделка передачи права собственности (*mancipium, mancipatio*) уже отпала, вследствие чего компиляторы заменили ее бесформальной *traditio*.

Fr. 49. 1. D. 24. 3. Paulus l. VII responsorum. Fundus aestimatus in dotem datus a creditore

antecedente ex causa pignoris ablatu est.

Fragmenta Vaticana § 94 : Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatu est (Fr. 49. 1. D. 24. 3: Павел в VII книге ответов [на запросы]. «Оцененное поместье, данное в приданое, принято лицом, ранее ставшим кредитором в качестве ручного залога». Fragmenta Vaticana § 94. «Оцененное поместье, данное в приданое, принято лицом, ранее ставшим кредитором в качестве фидуциарного залога»).

Здесь по той же причине слово «fiducia» заменено словом «pignus».

Разоблачение интерполяций и восстановление подлинного текста классических юристов имеет огромное значение для истории развития римского права; но как действующее право Юстиниана должно считаться не то, что юрист действительно говорил, а то, что ему вложено в уста юстиниановскими компиляторами (Наличность интерполяций были подмечена уже так называемой гуманистической школой XVI столетия (в особенности ее виднейшим представителем Куяцием), но систематическое изучение их развилось лишь в конце XIX столетия. Особенное значение в этой области имели труды О. Граденвитца, Ф. Айзеле, О. Ленея и др.).

Выше было указано (§ 34), что период абсолютной монархии был в значительной степени периодом «ориентализации» римского права, причем эта ориентализация была далеко не всегда улучшением. Во многом практика римского права отступила от тех начал, которые были с таким мастерством разработаны классической юриспруденцией. Повинуясь тем же восточным, эллинистическим влияниям, подчиняясь, быть может, уже прочно установившейся практике, компиляторы, конечно, в своих интерполяциях не могли не отдать дани этим влияниям. Но при всем том уже то обстоятельство, что в основу Юстиниановского Свода были положены сочинения классических юристов, обозначало для того времени бесспорное восстановление римского права, возвращение к его лучшим началам. Благодаря «Дигестам», классическая литература была сохранена от полной гибели, а ее результаты от безвозвратного искажения.

3) «Codex» есть собрание императорских конституций; он состоит из 12 книг, причем каждая книга, как и в других частях Свода, делится на титулы с особым заглавием. Книга 1 содержит конституции, касающиеся церковного права, источников права и officia («обязанности») различных императорских чиновников; книги 2–8 — гражданское право, книга 9 — уголовное право; книги 10–12 — положение о государственном управлении. Внутри титула расположены отдельные конституции в хронологическом порядке. Каждая конституция имеет в начале inscriptio — то есть указание имени издавшего ее императора и имени того, к кому она была адресована, а в конце subscriptio — то есть обозначение даты, когда она была издана, причем эта дата обозначается именами бывших в то время консулов. В современных изданиях конституции внутри каждого титула пронумерованы, а более длинные разделены на параграфы. Таким образом, цитируется Кодекс, например, так: с. (constitutio) или l. (lex) l. Cod. 6. 55.

Imp. (imperatores) Severus et Antoninus AA (augusti) Crispinae (имя лица, к которому была адресована конституция). Si fratri tuo legitima heres esse potes, centum dierum praefinitione non excluderis ad acquirendam hereditatem («Если можешь быть законной наследницей своему брату, предписанием в отношении 100 дней [для принятия наследства] от принятия наследства не устранишься»). PP (proposuerunt) III non. (nonis) Nov. (Novembr.) Antonino A. II et Geta II coss. (consulibus — то есть дано в III ноны ноября в тот год, когда консулами были сам император Антонин во 2-й раз и Гета также во 2-й раз — 205 г.).

4. Наконец, четвертую часть юстиниановского законодательства составляют Новеллы. Как было указано выше, официального собрания новелл, изданных Юстинианом после «Codex repetitae praelectionis», мы не имеем, но до нас дошли некоторые частные сборники их. Древнейший сборник этого рода принадлежит константинопольскому профессору Юлиану, составлен он был около 556 г. и содержит в себе 122 новеллы Юстиниана; сборник этот обычно называется Epitome Juliani. Кроме него, уже глоссаторам было известно другое собрание из 134 новелл, изданных между 535–556 гг., собрание, которому дано было имя «Authenticum». Наконец, еще позже стало известно третье собрание, содержащее 168 новелл на греческом языке. В современных изданиях новеллы пронумерованы; каждая из них состоит из введения (praefatio), текста и заключения (epilogus); текст разделяется на главы (caput). Способ цитирования: Nov. 118, cap. 4.

Таков общий состав юстиниановского «Corpus Juris Civilis». Целиком — в одной рукописи он до нас не дошел, но мы имеем рукописи отдельных частей его.

«Institutiones» дошли до нас во множестве рукописей, не восходящих, впрочем, далее IX века. Наиболее ценной является рукопись Туринская: в ней, кроме текста юстиниановских «Институций», мы находим глоссы, то есть толкования к тексту, из которых некоторые восходят ко времени самого Юстиниана.

Для «Дигест» мы имеем прекрасную рукопись VI или начала VII века. До 1406 г. она находилась в г. Пизе, а в этом году была отнята Флоренцией, где и хранится до сих пор, почему называется «Florentina». Когда в XI столетии возобновилось изучение римского права и возник большой спрос на списки «Дигест», появилось большое количество рукописей, многие из которых

дошли и до нас; все эти позднейшие списки носят название «lectio Vulgata». Источником своим они имеют Флорентину, но есть следы пользования рядом с Флорентиной и какой — то другой рукописью, нам неизвестной. В это время, однако, «Дигесты» циркулируют не как нечто единое и цельное, а в виде трех разорванных частей: *Digestum vetus* от начала до титула «*Solutio matrimonio*» (D. 24.3), *Infortiatum* — от tit. 24.3 до 38 книги включительно и *Digestum novum* от 39 книги до конца. Чем вызвано такое странное разделение, неизвестно. По рассказу Одофреда, юриста XII века, оно произошло оттого, что когда Ирнерий начал в Болонье преподавать римское право на основании «*Corpus Juris Civilis*», он сначала имел в руках только *Digestum vetus* и лишь позже получил остальные части «Дигест».

Рукописи Кодекса очень рано стали подвергаться различным сокращениям: выпускались греческие конституции, вычеркивались и многие латинские. Тогда же были вовсе заброшены три последние книги, и под именем Кодекса разумелись только первые девять книг. Когда же эти три последние книги стали снова циркулировать, то еще долго носили особое заглавие *Tres libri* («трикнижие»). Рукописей кодекса мы тоже имеем довольно много, так что из сопоставления их можем устранить все сокращения и выпуски и установить более или менее подлинный текст. Лучшими из рукописей признаются Веронская VIII столетия, Парижская и Дармштадтская.

Тотчас же после изобретения книгопечатания рукописи отдельных частей «*Corpus*» заменяются печатными изданиями, причем первые из них являются простой перепечаткой циркулировавших рукописей, так что древнейшие печатные издания состоят из 5 томов: I том содержит *Digestum vetus*, II—*Infortiatum*, III — *Digestum novum*, IV — девять первых книг Кодекса, V — три последние книги Кодекса, Новеллы и «*Institutiones*». Эти печатные издания воспроизводят текст с глоссами, то есть с толкованиями средневековых ученых, которые писались на полях вокруг текста. В 1525 г. появляется первое издание одного текста без глосс, а затем Григорий Халоандер представлял издание отдельных частей Свода, с одной стороны разделив их одну от другой, а с другой стороны — соединив вместе разорванные части каждой из них: в 1529 г. он издал «*Digesta*» и «*Institutiones*», в 1530 г. «*Codex*», в 1531 г. — Новеллы. В 1583 г. появляется полное издание Дионисия Готофреда, где в первый раз печатно всем частям вместе дается общее заглавие — «*Corpus Juris Civilis*». Целый ряд последующих романистов работает над критикой и очисткой текста от всяких происшедших от долговременных переписок искажений. Лучшим из современных изданий «*Corpus*» является издание Моммзена, которому предшествовала кропотливая и в высшей степени тщательная работа маститого ученого; в этом издании «*Институции*» и Кодекс пересмотрены П. Крюгером, «Дигесты» самим Моммзеном, Новеллы — Шоллем и Кроллем.

Глава V **Римское право в новом мире**

§ 40. Римское право в Византии и на Востоке

В кодификации Юстиниана римское право получило свое заключение; работа античного мира была закончена и сведена в компактную форму. «Теперь Римская империя могла погибнуть: римское право было приведено в такое состояние, что могло пережить создавшее его государство».

И оно действительно пережило и явилось одним из существеннейших элементов в дальнейшем праворазвитии человечества. Создание античного мира, оно вошло в жизнь новых народов, стало жить с ними, и в этом смысле можно говорить о второй истории римского права. Но эта вторая история была неодинакова на Востоке и на Западе (Европы). После Юстиниана жизнь римского права как бы разделяется на две ветви — восточную и западную. Восточная византийская ветвь, непосредственно примыкая к прежнему источнику праворазвития, на первых порах обнаруживает значительное оживление, но затем это оживление постепенно замирает, пока наконец эта ветвь не засыхает окончательно. Совершенно иначе складывается судьба западной ветви: на первых порах она кажется заглохнувшей и обреченной на гибель, но проходит некоторое время, она оживает, развивается снова и покрывает своими ростками весь западный мир. Проследим историю обеих ветвей обстоятельнее и прежде всего обратимся к ветви восточной.

Первое время после издания Юстиниановского Свода мы наблюдаем значительное оживление в области правоведения. Этому способствовало, во — первых, возбуждение, вызванное самими кодификационными работами, а во — вторых, реформирование юридического обучения, произведенное Юстинианом.

Как уже упоминалось выше, юридическое обучение в период абсолютной монархии продолжало существовать, концентрируясь в различных юридических академиях, из которых наибольшей известностью и покровительством со стороны государства пользовались академии Константинопольская и Беритская. Преподавание обыкновенно распределялось на четыре года, в течение которых ученики знакомились с юриспруденцией путем чтения и толкования избранных

литературных произведений классических юристов, начиная с «Институций» Гая и кончая «Responso» Папиниана и Павла. Юстиниан еще более придал официальный характер школам Константинопольской и Беритской: каждая из них имеет теперь по четыре профессора, получающих определенное жалование от государства. Вместе с тем, Юстиниан произвел реформу и в плане юридического обучения, приспособив этот план к составу нового Свода. Учебный курс удлинён теперь до пяти лет: в течение первого года ученики читают под руководством профессора «Институции» Юстиниана и первую часть «Дигест» (книги I–IV, так называемые *trōta*); в течение второго, третьего и четвертого года другие части «Дигест»; наконец пятый год проходит в самостоятельном чтении учениками Кодекса (Указанная реформа выражена Юстинианом в инструкции профессорам 16 дек. 533 г. — *const. «Omne»* (помещена перед «*Digesta*»)).

В связи с новым законодательством и реформированным преподаванием оживляется и юридическая литература, хотя научной работе были поставлены границы. Издав свой Свод и опасаясь возобновления старых литературных контrovers, Юстиниан предписал впредь толковать Свод только из него самого, не прибегая к первоисточникам — к сочинениям классических юристов. Вследствие этого юридическая литература этого времени занимается главным образом изложением и толкованием отдельных частей «*Corpus*». Наиболее известными произведениями этого рода являются: из толкований на «Институции» — греческий парафраз Теофила (того, который был одним из авторов «Институций»); из толкований на «*Digesta*», так называемых *indices*, самый полный принадлежит Стефану; из толкований Кодекса — комментарий Фалалея. Но это оживление литературы не было прочным: уже при ближайших преемниках Юстиниана она увядает.

Развитие церковных учреждений и церковной юрисдикции вызывает потребность в сборниках, в которых находились бы церковные правила (каноны) и наиболее нужные извлечения из светского права (*νομοι* — законы). Так возникают церковно — правовые сборники, так называемые *номоканы*.

Юстиниановский Свод продолжал быть основой византийского права, но постепенное изменение условий государственной жизни по истечении нескольких столетий не могло не вызывать у правительства сознания необходимости его приспособления. Первою попыткой такого приспособления является Эклога (*Εχλογη τῶν νόμων*), изданная при императоре Льве Исаврийском в 740 году и составленная из всех частей Юстиниановского Свода в извлечениях, а также из вновь изданных уставов — Устава о землевладении (*νόμος γερωρχος*), Устава воинского (*νόμος στρατιωτικός*) и Устава торгового (*νόμος Ρωδιων*).

Но более полная переработка юстиниановской кодификации была произведена в конце IX и начале X века. Между 870–м и 879 г. императором Василием Македонянином был издан так называемый Прохирон (*οὐ πρόχειρος νομος*), сокращенное руководство для судей, наподобие Эклоги. Но в то же время им была начата и более обширная переработка при преемнике Василия — Льве Мудром (886–911). Этот наиболее полный памятник византийского законодательства называется *Базиликами* (*τα βασιλικά*); все части Юстиниановского Свода переработаны и слиты в один кодекс, состоящий из 60 книг уже на греческом языке.

Как при Юстиниане, так и теперь законодательные работы Василия Македонянина и Льва Мудрого вызвали снова некоторое оживление юридической литературы. В течение X и XI веков юриспруденция работает в двух направлениях. Во — первых, юристы толкуют и комментируют *Базилики*; такие толкования называются *Схологиями*, причем различаются толкования на основании юристов доюстиниановской эпохи, которые теперь являются уже юристами «древними» (толкования эти называются *παράγραφαί τῶν παλαιῶν*), и толкования на основании юристов современных (так называемые *νεαί παράγραφαί*). Во — вторых, юристы пишут разнообразные сокращенные изложения и руководства — *ἐπιτομαί*, *εκλογαί*, *συνοψεις*, *πρόχειρα* и т. д. (одно даже в стихах, составленное неким Пселлом для императора Михаила Дуки в 1072 г.).

Но затем начинается новое увядание, и уже окончательное. Самым поздним памятником византийского права является так называемое *Шестикнижие Арменопула*, частная переработка права в 6 книгах, составленная в 1345 г. фессалоникийским судьей Константином Арменопулом. Заслуживает упоминания эта компиляция только потому, что она является и до сих пор действующим правом в нашей Бессарабии.

Подвергаясь всем этим переработкам, римское право на византийской почве все более и более утрачивало те черты, которые делали его правом универсальным. Византия все более и более превращалась в государство со специфическими особенностями своего строя; общественные отношения утратили присущую цветущей поре Рима свободу индивидуальной самостоятельности. Вместе со всем этим и римское право в этой ветви должно было претерпевать процесс, обратный тому, который оно совершило раньше, развиваясь от национального *jus civile* к общенародному *jus gentium*. Из права мирового оно делается правом одного и притом очень специфического государства, превращается снова в некое *jus civile* и вместе с тем утрачивает свою пригодность быть цементом, связующим международный оборот. Понятно, что византийское право могло оказать только слабое влияние за пределами своей страны (известное влияние, в частности, оно оказало на

наше древнерусское право) и что эта ветвь была обречена на засыхание.

Римское право в западной Европе

§ 41. Эпоха до глоссаторов

После падения Западной Римской империи в 476 году на территории Италии образовалось королевство герулов, но в 493 году их вытеснили остготы, пришедшие по приглашению восточного императора под предводительством Теодориха. На первых порах германцы как бы чувствуют некоторую зависимость от византийского императора, и Теодорих считается его наместником. После смерти Теодориха возникли споры о престолонаследии, и в 555 году Италия снова подчиняется Юстиниану, причем и для нее вводится в действие «Corpus Juris Civilis». В 565 году умер Юстиниан, а уже в 568 году вторгаются лангобарды и занимают Италию, отрывая ее окончательно от Византии. В остальных частях бывшей Западной Римской империи образуются государства бургундов, вестготов, франков, вандалов и т. д.

Для римского права наступает темная эпоха. Долгое время казалось, что с водворением германцев римское право совершенно исчезло, что вместе с тем прекратилось и всякое его изучение. Когда затем в конце XI века возобновилось изучение его в Болонье, то это представлялось полным воскресением римского права из мертвых.

Ближайшее исследование этого вопроса из XIX века привело к иным выводам. Огромное значение в этом отношении имело капитальное исследование Ф. Савиньи «Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter» (1-те Aufl. 1815-го и следующих годов, 2-те Aufl. 1835–1851 г.). Результаты Савиньи вызвали всеобщее внимание, и целый ряд дальнейших работ пролил более яркий свет на эту дотоле темную эпоху.

Водворение германских завоевателей не прекратило действия римского права по отношению к покоренному населению — прежним поданным римского государства и их потомкам: они продолжали жить по своему праву, как германские покорители по своему. Как мы видели выше, некоторые из германских королей издали даже официальные сборники римского права — *edictum Theodorici*, «*Breviarium Alaricianum*» и *lex romana Burgundiorum*. Вследствие этого для римского населения оставались в силе источники римского права — в одних местах доюстиниановские, в других — юстиниановский «*Corpus Juris Civilis*». В частности, в Испании и Франции силу закона имел «*Breviarium Alaricianum*». В Испании, однако, в VII столетии он был заменен новым вестготским кодексом, который объединял римское и готское право; во Франции же он оставался в действии еще долгое время, особенно в южной, которая даже называлась поэтому «страной писанного права» (*paus de droit écrit*) — в противоположность северной, где получили преобладание франкские обычаи и которая называлась «страной обычного права» (*paus de droit coutumier*). Что касается Италии, то в ней, как сказано, был введен Юстинианом «*Corpus Juris Civilis*», который остался источником права для римлян и после того, как Италия снова отпала от Византии; но, по — видимому, «*Digesta*» оказывались уже не под силу новым судьям и на практике почти не употреблялись.

Большое значение в деле сохранения римского права имело также то обстоятельство, что церковь ко всем своим отношениям, то есть к спорам между церковными учреждениями (монастырями и т. д.) и отдельными ее служителями (*clerici*) применяла римское право — *ecclesia vivit lege romana* («церковь живет по римскому закону»). Вследствие этого, естественно, сфера действия римского права значительно расширилась.

Применение римского права к римскому населению и германского к германскому должно было приводить к значительным затруднениям тогда, когда в одном и том же правоотношении оказывались участвующими лицами и те и другие. Во избежание этого часто уже при заключении сделки стороны сами определяли, по какому праву она должна обсуждаться. Затруднения эти усиливались еще тем, что у самих германцев не существовало единого, общего права, что каждое германское племя (лангобарды, франки и т. д.) имело свои собственные обычаи, не совпадавшие с обычаями других. Даже более того: внутри каждого племени в разных группах населения и в разных местах образовывались свои специальные и местные обычаи. Если ко всему этому прибавить присущую обычному праву вообще известную неопределенность и шаткость, то станет очевидно, насколько затруднительным должен был быть при таких условиях гражданский оборот.

Первое время все указанные затруднения, быть может, еще не давали себя особенно чувствовать. Экономическая жизнь покоренного населения вследствие войн и опустошений, сопровождавших передвижение народов, была, конечно, подорвана. С другой стороны, германцы, осев на новых местах, еще продолжали вести жизнь, в экономическом отношении несложную. Для оживленного гражданского оборота данных еще не было.

Мало — помалу, однако, мир начинает оправляться от пережитых потрясений. Оживает торговля, расцветают торговые центры — города, возникают в разных местах ярмарки. Снова на почве этой международной торговли сталкиваются люди разных национальностей, завязываются сложные деловые отношения. Вместе с тем снова, как некогда в Риме, вырастает потребность в

таким правом, которое могло бы регулировать эти торговые отношения вне всяких местных и национальных особенностей, в праве настолько развитом, чтобы в нем могли найти себе удовлетворение нужды развивающегося и усложняющегося гражданского оборота. Германские разрозненные обычаи, создавшиеся к тому же еще на почве неразвитого, натурального хозяйства, этим запросам удовлетворить не могли; но могло удовлетворить им в полной мере римское право. И действительно, в течение IX, X, XI веков спрос на римское право заметно усиливается; об этом свидетельствуют и различные рассказы современников, и дошедшие до нас документы — деловые сделки и судебные протоколы. Все отмеченные выше затруднения, возникавшие на почве чрезвычайного смещения *nationes* («народностей»), все более и более приводят к тому, что сфера применения римского права растет. Вместе с тем растет и потребность в более точном знании его источников: если вначале оборот мог довольствоваться юстиниановскими «Институциями» или компиляцией Алариха, то теперь более сложные отношения начинают требовать обращения к основной части Юстиниановского Свода — к дотоле забытым «Дигестам».

Если, таким образом, действие римского права не прекращалось, то, очевидно, не могло прекратиться и изучение его, хотя бы самое элементарное.

Вообще, представление о полной гибели культуры в эту эпоху было бы ошибочным; не замерли вполне наука и искусство, — уже церковь была заинтересована в их сохранении. Под ее покровом создаются общеобразовательные школы *artium liberalium* («свободных искусств»), делившиеся на два курса — *trivium* и *quadrivium*; в первый входило преподавание грамматики, диалектики и риторики, во второй — арифметики, геометрии, астрономии и музыки. При преподавании риторики вводили обыкновенно некоторый юридический элемент — так называемый *genus iudiciale*, то есть судебное красноречие, для которого неизбежно было знакомство хотя бы с самыми общими началами права. И действительно, от этого периода на всем его протяжении до нас дошли многочисленные свидетельства того, что известное знакомство с «*leges romanae*» являлось обычным составным элементом общего образования.

Но, кроме элементарного изучения римского права в школах *artium liberalium*, несомненно, существовало и специальное, более обстоятельное изучение его, поскольку это было необходимо для профессии нотариусов, для отправления судебных функций и т. д. То там, то здесь появлялся какой — нибудь знаток права, какой — нибудь «*juris lectione peritus*» («сведущий в обучении праву»), к которому и стекались для обучения лица, чувствовавшие в том потребность — совершенно так же, как это было в свое время в старом Риме.

В некоторых местах таким путем возникли и специальные юридические школы: ученики продолжали дело своего учителя. Юрист XIII века Одофред рассказывает, что знаменитой школе в Болонье предшествовали другие школы. Вы должны знать, говорит он, обращаясь к своим слушателям, что прежде всего преподавание было в Риме, но потом, вследствие войн, оно там расстроилось и было перенесено в Равенну, откуда уже перешло в Болонью. Если сообщение Одофреда о римской школе не пополняется другими данными, то о школе в Равенне, как крупном центре юридического преподавания в конце этой эпохи, свидетельствуют и другие памятники. Так, например, кардинал Петр Дамиани в одном из своих сочинений, относящемся ко второй половине XI века, говорит о многих «*sapientes civitatis Ravennae*» («ученых города Равенны»); очевидно, что для появления этих многих *sapientes* необходимо было довольно продолжительное существование школы.

Но школа в Равенне не была единственной; к этой же эпохе относится школа в Орлеане, пользовавшаяся уже довольно рано большой известностью, а также школа в Павии, юристы которой посвящали себя разработке лангобардского права. Вероятны школы и в других местах, в особенности на юге Франции, в Провансе. Параллельно росту практического спроса на римское право в X и XI веках растут и юридические школы.

Вместе с тем начинает оживляться и юридическая литература. Элементарная литературная работа над источниками римского права, можно сказать, не прекращалась от самого Юстиниана. Эта элементарная работа проявляется в толкованиях, глоссах, к тексту законодательного памятника, которые приписываются или между строк (*glossa interlinearis*), или на полях (*glossa marginalis*) рукописи. Весьма возможно, что эти глоссы находятся в связи с преподаванием права. Особенно интересна с точки зрения исторической преемственности так называемая Туринская глосса к юстиниановским «Институциям»: старейшая часть находящихся там глосс относится еще ко времени Юстиниана, но затем в X, XI и XII веках к этой части по крайней мере четырнадцать различными почерками прибавлены новейшие толкования. Это показывает, что «Институции» Юстиниана вместе со старыми глоссами были в течение всего периода постоянным учебником права. Но, кроме «Институций», глоссировались Кодекс и Новеллы, а также «*Breviarium*» и сборники лангобардского права.

В X и XI столетиях появляются уже и некоторые самостоятельные юридические произведения. Таковы: анонимные «*Quaestiones ac monita*» («Исследования и предупреждения») — произведение, трактующее о ряде вопросов лангобардского и римского права; «*Compendium juris*» («Сокращенное

изложение права»), состоящее из вопросов и ответов на разные юридические темы; «*Epitome exactis regibus*» («Выдержки [из ответов] спрошенных царей») — сборник объяснений различных юридических терминов, и т. д.

Наибольший интерес, однако, представляют два следующие произведения: а) «*Exceptiones legum romanarum*» («Выдержки из римских законов») некоего Петра — *Petri exceptionis*, произведение XI в., представляющее самостоятельное систематическое изложение римского права, хотя уже несколько модифицированного. Оно предназначается в предисловии для Одиллона, судьи в Валансе (в южной Франции), и состоит из четырех книг (лица, контракты, деликты и иски); источником для автора является уже весь «*Corpus*» Юстиниана, в том числе и «*Digesta*». б) В XVI в. ученый Иоганн Аппель нашел в Кенигсберге старую рукопись — «червями источенную и пылью весьма обсыпанную» («*tineis corrosam et pulveribus bene obsitam*», — сообщает он в предисловии); рукопись эта оказалась старинным учебником римского права, которому было присвоено название «*Brachylogus juris civilis*» («Сокращенное изложение гражданского права»). Ближайшее исследование этого произведения показало, что оно написано в конце XI или начале XII в., по — видимому, в Орлеане, и вне всякого влияния Болонской школы. Написан этот учебник на основании юстиниановского законодательства и «*Breviarium*», и настолько ясно, что он долго был в ходу и после того, как влияние Болонской школы стало повсеместным.

Все эти данные неопровержимо свидетельствуют о непрерывном росте как применения римского права, так и его преподавания и изучения. Но юриспруденция этого доболонского периода находилась в исключительных условиях.

Окружающая ее жизнь представляла необычайное смешение *nationes* и правовых систем; вследствие этого для юристов все правовые системы (римская, лангобардская и т. д.) являлись одинаково действующими, и грань между ними от постоянного трения в жизни стиралась. Юристы привыкли одну систему восполнять другою, причем наибольшее значение в смысле такого восполнения принадлежало римскому праву, как наиболее разработанному: в юриспруденции Павийской школы рано образовалось убеждение, что для пополнения лангобардского права следует обращаться к римскому, что римское право есть общее право, *lex generalis omnium* («закон, общий для всех»). С другой стороны, романисты Равенны принимали во внимание право лангобардское. В тех же случаях, когда правовые системы сталкивались между собой и противоречили друг другу, юриспруденция считала себя вправе выбирать между ними по соображениям справедливости, *aequitas*, вследствие чего эта *aequitas* возводилась ими в верховный критерий всякого права. Отсюда и дальнейшее воззрение, что и внутри каждой отдельной правовой системы всякая норма подлежит оценке с точки зрения той же *aequitas*, что норма несправедливая при применении может быть отвергнута и заменена правилом, диктуемым справедливостью, «*Sin vero aequitas juri scripto contraria videatur, secundum ipsam judicandum est*» («однако, если же справедливость представляется противоречащей писанному праву, должно судить, сообразываясь с ней») — провозглашает упомянутый выше «*Brachylogus*»; то же правило мы находим и в *Exceptiones Petri*. Понятие *aequitas* при этом отождествляется с понятием *jus naturale* («естественное право»), и таким образом юриспруденция этого времени по своему общему и основному направлению является предшественницей естественно — правовой школы позднейшей эпохи.

§ 42. Болонский университет и глоссаторы

В конце XI века в Болонье возникает университет, который приобретает скоро всемирную известность и делается центром возрождающейся юриспруденции. Первые зачатки этой школы, однако, и донныне не вполне выяснены.

Не подлежит сомнению, что в Болонье уже ранее XI века существовала довольно цветущая школа *artium liberalium*; весьма вероятно, сверх того, что при общем подъеме юриспруденции в XI веке и в Болонье встречались отдельные юристы, отдельные *legum doctores* («доктора права»), получившие образование в школах Равенны или Павии и преподававшие право в своем родном городе. Упомянутый выше Одофред рассказывает, действительно, о некоем Реро, который был будто бы таким преподавателем права. Рассказ Одофреда подтверждается некоторыми другими данными: так, в одном судебном протоколе, относящемся к 1076 году, Реро упоминается в качестве лица, участвовавшего в разборе дела, из чего можно заключить, что Реро в это время пользовался известностью ученого и уважаемого юриста.

Но истинное возникновение Болонской школы связывается с именем Ирнерия. Ирнерий был уроженцем Болоньи; упоминается он в первый раз в судебном протоколе 1113 года в качестве судьи, а в 1118 году император Генрих V взял его с собою в Рим для того, чтобы он убедил народ в недействительности выбора папы Геласия II. Из этого видно, что к этому времени Ирнерий пользуется уже огромной известностью и авторитетом далеко за пределами своего города. Время его смерти неизвестно.

По сообщению того же Одофреда, Ирнерий был первоначально преподавателем риторики и

диалектики в школе *artium liberalium*, но затем специализировался в области правоведения: причиной такого перехода к юриспруденции послужило будто бы перенесение рукописей «*Corpus Juris Civilis*» из Равенны. Но это последнее сообщение не заслуживает доверия: как мы видели выше, «*Corpus*» был уже широко распространен во всех юридических школах и до Ирнерия. Возможно, что самое преподавание риторики и диалектики заставило его углубиться в чтение источников римского права, в особенности «Дигест»; возможно, что Ирнерий взялся за преподавание права по инициативе Матильды, маркграфини Тосканской, которая желала создать конкурента Равеннской школе (Фиттинг). Во всяком случае, в конце XI столетия (по преданию, в 1088 году) Ирнерий начал свое преподавание и этим положил начало знаменитому Болонскому университету и новому направлению в юриспруденции.

Скоро возле Ирнерия образовался круг его учеников, которые продолжали дело преподавания после его смерти; ближайшими учениками его были *quattuor doctores* («четыре доктора»): *Bulgaris, Martinus, Jacobus* и *Hugo*. Слава Болонской школы росла; в нее стали стекаться большие массы слушателей из разных земель; ей стали оказывать покровительство императоры Священной Римской империи. В 1158 году Болонской школе Фридрихом I была дана привилегия, в силу которой обучающиеся в ней иностранцы объявляются подсудными профессорам, вместо общих судов. Вместе с тем постепенно школа приобретает корпоративный характер учреждения, университета.

Прежде всего в корпорацию складывается приезжее студенчество. Естественно, что студенты, приезжая в чужую страну, ищут ближе сплотиться со своими земляками; так возникают союзы «*nationes*», землячества, называемые по имени той страны, откуда они происходят — *Gallia, Portugalia, Provincia* (французский Прованс), *Alamania, Ungaria, Polonia, Boemia* и т. д. Каждое землячество имеет своих выборных представителей (*consiliarius, syndicus*). Но есть много общих интересов для всех *nationes*; вследствие этого все землячества образуют в совокупности единую общую корпорацию во главе с выборным из среды студенчества ректором (*rector*). Эта — то корпорация всех *nationes* и есть *universitas*.

С другой стороны, мало — помалу превращается в корпорацию и преподавательский персонал — профессора. Для вступления в нее и для получения права преподавания необходима *promotio* — получение звания доктора (*doctor*), для чего необходимо выдерживание особого экзамена и публичного диспута (*conventus*), который обыкновенно происходил в соборе.

Но отношения между студентами и профессорами на почве преподавания были совершенно частные: профессор читал, по общему правилу, у себя на дому тем слушателям, которые того желали; за слушание студенты должны были вносить профессору плату, им установленную. Плата эта не всегда вносилась аккуратно; по крайней мере, тот же Одофред жаловался: «*Scholares non sunt boni pagatores, quia volunt scire, sed nolunt solvere... Scire volunt omnes, mercedem solvere nemo*» («студенты нечестны, так как хотят знать, но не хотят платить... Знать хотят все, платить плату — никто»).

Разумеется, город был в высокой степени заинтересован в процветании школы: проживание множества студентов, по большей части состоятельных, давало горожанам немалый доход. Вследствие этого городское управление всячески заботится о том, чтобы обставить это проживание наилучшим образом: так, например, квартиры оценивались особой комиссией таксаторов, в которую входили в равном числе выборные от города и от студенчества. Тем не менее, иногда возникали между городом и студенчеством недоразумения и столкновения, переходившие временами в вооруженные смуты. Иногда в конце таких смут часть студенчества с частью профессоров переходила в другой город, и таким образом создавался новый университет (например, Падуанский, основанный выходцами из Болоньи в 1222 году).

Чем же объясняется такой быстрый расцвет Болонской школы и в чем состоит ее значение в истории юриспруденции?

Выше было указано, что и до нее римское право занимало уже видное место в жизни и юриспруденции; но юриспруденция доболонского периода пользовалась им лишь в качестве материала при разрешении спорных вопросов жизни — наряду с другим материалом в виде права лангобардского и т. д. Конечным критерием при оценке этих материалов являлась *aequitas*. Вследствие этого юристы доболонской эпохи привыкли относиться к положениям римского права с известной свободой, считая самих себя призванными творить новое право на основе *aequitas*. Вместе с тем и всякий судья, воспитанный в этом духе, склонен был при решении спорных дел давать простор своему рассмотрению, осуществляя то, что ему казалось *in concreto* справедливым.

На этой почве развивалось, конечно, известное правовое творчество, но в то же время и известная субъективность при решении судебных дел, которая легко могла перейти в судебский произвол. С другой стороны, это искание справедливости юристами доболонской эпохи, вследствие неполного знакомства их с творениями классических юристов, приводило их часто к решениям недостаточно продуманным, скороспелым. При более обстоятельном изучении римского права, особенно «Дигест», можно было прийти к выводам лучшим, именно с точки зрения *aequitas*.

В этом именно направлении и поворотил юриспруденцию Ирнерий. Первым лозунгом его и всей

Болонской школы был призыв обратиться к более тщательному изучению источников, причем особенное внимание было обращено на центральную часть Юстиниана — «Дигесты». И действительно, Болонская школа изучила «Corpus» в совершенстве: ее трудами были установлены места параллельные и противоречивые и т. д.

С этим связана была и другая основная тенденция школы: в противоположность прежней свободе обращения с позитивным правом и свободе судейского усмотрения, Болонская школа требовала, чтобы судья, отказавшись от своих субъективных представлений о справедливости, держался положительных норм закона, то есть «Corpus Juris Civilis». Уже Ирнерий провозгласил, что в случае конфликта между *jus* и *aequitas* разрешение его принадлежит теперь только законодательной власти. Тем не менее, вопрос этот был спорным еще ближайшими учениками Ирнерия: между тем как Булгар был последовательным продолжателем идей Ирнерия, Мартин сохранял еще воззрения доболонцев; оба лагеря вели между собой ожесточенную борьбу, причем болгаристы упрекали мартинистов в том, что та *aequitas*, которую последние пытаются ставить выше закона, есть «*ficta aequitas*» («фиктивная справедливость»), и награждали ее насмешливыми эпитетами «*aequitas Martiniana*», «*aequitas bursalis*» («школярская справедливость») и т. д. В конце концов идеи Ирнерия и болгаристов одержали верх и стали общим тоном всей Болонской школы.

Вот это — то поставление во главу угла всей юриспруденции позитивного римского права, в особенности «Дигест», и углубление юридической мысли путем тщательнейшего изучения источников и дало господство Болонской школе. Скоро должно было обнаружиться, что решения римских юристов, истолкованные болонцами, лучше удовлетворяют потребностям развивающегося торгового оборота, чем свободные, «из себя» взятые решения юристов других школ. Мало — помалу создавалось убеждение, что истинное и полное знание можно получить только в Болонье; покровительство императоров подкрепляло это убеждение, — и прилив слушателей увеличивался.

Скоро по образцу Болоньи стали создаваться другие университеты в Италии (Падуя, Пиза, Перуджа и т. д.), Франции (Париж, Монпелье) и других странах; равным образом старые юридические школы (например, Орлеан) стали усваивать себе методы болонцев. Новое направление стало во всей юриспруденции Европы общим.

Юридическая деятельность Болонской школы выражается прежде всего в преподавании своим многочисленным и разноплеменным слушателям. Преподавание это состояло в чтении и комментировании источников. Комментирование выливается в толкования, которые диктуются профессорами слушателям и записываются последними. Толкования эти называются глоссами, вследствие чего и самая школа называется школой глоссаторов. Как мы знаем уже, метод глоссирования отнюдь не является изобретением Болонской школы; он исторически тянется еще от эпохи классических юристов и широко применялся юриспруденцией доболонской, в особенности в школах Равенны и Павии. Значение Болонской школы заключается не в методе глоссирования, а в том материале, который глоссировался («Corpus» Юстиниана, в особенности «*Digesta*», которые до Болоньи были слабо изучаемы) и в том глубоком знании, которое при этом обнаруживалось.

Кроме глосс, но также в связи с преподаванием, глоссаторы пишут так называемые *summae*, то есть общие предварительные обозрения какой — либо части «Corpus» в виде введения к имеющему последовать чтению и комментированию, а также собранию разных юридических правил, так называемых *brocarda*. Но систематические изложения всего гражданского права школе глоссаторов были чужды.

Кроме упомянутых выше четырех ближайших учеников Ирнерия, виднейшими представителями глоссаторской школы являются: ученики Булгара Рогерий, Альберик и Иоанн Бассиан; затем, Плацентин, вынужденный вследствие ссоры со своим коллегой, Henricus de Vaila, бежать из Болоньи и основавший школу в Монпелье; Пиллий; Вакарий, насаждавший римское право в Англии, и упоминавшийся ранее неоднократно Одофред. Наивысшего пункта в своем развитии школа глоссаторов достигает при Аццоне Ацо (умер около 1230 г.): его глоссы и *summae* пользовались наибольшим авторитетом, его преподавание привлекало в Болонью огромное количество слушателей: рассказывают, что иногда у него собиралось до 10 тысяч, вследствие чего он должен был читать свои лекции на площади.

Но после Ацо школа начинает клониться к упадку; работа собирания и усвоения юстиниановского памятника была сделана; новые глоссаторы уже мало что могли прибавить к работам своих предшественников, и один из последних видных представителей школы, Аккурзий, завершает эту работу изданием избранных глосс всей школы под именем «*Glossa Ordinaria*» (около 1250 г.). Произведение это получило большое значение в теории и практике: в судах оно применялось впоследствии почти как закон.

§ 43. Комментаторы

Во второй половине XIII столетия в юриспруденции замечается некоторый поворот, и на смену

глоссаторам приходят так называемые комментаторы или постглоссаторы (postglossatores). Родоначальниками этого направления являются француз Jacobus de Ravanis (умер в 1296 г.) и испанец Раймунд Лулл или Луллий (1234–1315). Характерной чертой обоих, чертой, наложившей известный отпечаток и на все новое направление, было то, что оба были прежде всего философами и богословами и лишь на втором плане юристами. О первом — J. de Ravanis — мы знаем, что он был бенедиктинским монахом и аббатом, считался за «*magnus philosophus*» («великий философ») и что он «*erat magister in theologia antequam inciperet leges*» («был магистром теологии, прежде чем занялся правом»). Второй — Раймунд Лулл — является очень известным представителем средневековой философии. Жизнь его была тревожна и богата внутренним содержанием. В молодости блестящий придворный при Арагонском дворе, он затем под влиянием религиозного видения бросает светскую жизнь и посвящает себя философии и богословию. Основной мыслью Луллия в этой области была «мысль об особом методе или искусстве, посредством которого можно с разумной необходимостью вывести из общих понятий всякие истины и прежде всего — истины христианского вероучения». Не довольствуясь работой в области мысли, Луллий несколько раз отправлялся на проповедь слова Божия среди мусульман Северной Африки, подвергался здесь всевозможным гонениям и наконец, во время одного из таких миссионерских путешествий, был в Тунисе побит камнями. В юриспруденции он также пытался применить указанный метод или «искусство» (его сочинения часто и озаглавлены: «*Ars de jure*» («Искусство права»), «*Ars juris particularis*» («Искусство партикулярного права»), «*Ars utriusque juris sive ars brevis de inventione mediorum juris civilis*» («Искусство права для каждого, или краткое наставление в отыскании сердцевины гражданского права») и т. д.); и здесь его основной идеей была мысль о возможности выведения из общих принципов права его частных положений — «*ut ex principiis universalibus juris particularia artificialiter inveniri possint*» («чтобы из универсальных принципов частные вопросы права искусно могли быть выведены»).

Оба эти философа перенесли в юриспруденцию современный им философский метод, то есть схоластический, которым и характеризуется по преимуществу эпоха постглоссаторов. Схоластические приемы их были причиной того, что долгое время эта эпоха казалась эпохой упадка по сравнению с эпохой глоссаторов, и лишь в последнее время устанавливается более правильное представление о ней.

Работая над источниками римского права, постглоссаторы оперируют уже не столько над самими источниками, сколько над толкованиями глоссаторов; они «*glossarum glossas scribunt*» («пишут глоссы к глоссам»), комментируют глоссы, вследствие чего их и называют комментаторами. Они действительно менее знают подлинный текст «*Corpus*», чем глоссаторы, но выше было отмечено, что ко времени возникновения этого направления, без изменения приемов исследования, едва ли можно было извлечь из текста Юстиниановского Свода более того, что было извлечено глоссаторами.

Но, комментируя глоссы, они стараются при этом внести в разбираемые ими юридические явления известный логический порядок, стараются свести юридические нормы к известным общим понятиям, из которых затем логически, дедуктивно, могли бы быть выведены понятия частные. Отсюда их — часто утомительные и бесплодные — *divisiones* и *subdivisiones*, *distinctiones* и *subdistinctiones*, *ampliationes* и *limitationes* (специальные обозначения логических приемов схоластики) — приемы, с которыми у нас соединяется представление о схоластике, о пустом формализме. Но в то время за этими схоластическими приемами скрывалась глубокая и очень ценная сторона. Подобно тому как в области средневековой философии схоластика обозначала пробуждение самостоятельного мышления, желание охватить мыслью все бесконечное разнообразие мировых явлений, познать их в виде единого логического целого, так и в области юриспруденции схоластический метод был первым опытом философского понимания права. Пытаясь представить всю совокупность правовых норм также в виде единого логического целого, дедуктивно выводимого из универсальных принципов, комментаторы этим самым в значительной степени положили основание нашей нынешней юриспруденции как науки. И в этом заключается большой шаг вперед, сделанный комментаторами по сравнению с их предшественниками.

С этим было связано еще одно явление в истории юридической мысли, отличающее комментаторов от глоссаторов. Сведение юридических норм к известным общим принципам сопровождалось у юристов этой эпохи представлением об универсальном, абсолютном значении этих общих принципов, и, таким образом, в их учениях возрождалась вера в отошедшее при глоссаторах на второй план естественное право, *jus naturale*. Идея естественного права как некоторого вечного, разумом из природы вещей выводимого права, лежала в основе всех их учений.

При таком представлении всякая норма положительного права имела для себя оправдание лишь постольку, поскольку она являлась логическим выводом из «*rationes necessariae*» («необходимых предпосылок») права естественного. Этим провозглашалось главенство естественного права над правом положительным, и вместе с тем снова, как у юристов доболонской эпохи, получало себе признание право юриспруденции при столкновении норм позитивного права с нормами права естественного отдавать предпочтение последним. Одно из общих правил

юридического «искусства», выставленных Луллием, требует, чтобы «*jus positivum ad jus naturale reducat et cum ipso concordet*» («право позитивное сводилось к праву естественному и с ним содружествовало»). Один из виднейших представителей школы комментаторов, Baldus, заявлял, что *jus naturale* сильнее власти государя — «*potius est jus naturale quam principatus*».

Руководясь идеей *jus naturale*, комментаторы незаметно приспособляли римское право к потребностям и условиям современной им жизни и в этом отношении оказывали огромную практическую услугу своему времени. Нужно добавить, что они в гораздо большей степени, чем глоссаторы, участвовали в практической жизни как консультанты, и очень часто их диалектика имела своей целью сделать из положений римского права тот вывод, которого требовала новая жизнь. В их трудах римское право подвергается новой переработке применительно к условиям жизни новых народов: общемировое право древности превращается в *lex generalis* («общий закон») нового мира и все более и более проникает в жизнь.

С установлением нового метода Болонья теряет свое прежнее первенствующее положение, хотя главным очагом школы комментаторов все еще остается Италия. Виднейшими из комментаторов являются Бартол [ус] (Бартоло де Саксоферрато) и Бальд [ус] (Дельи Убальди Бальдо). Бартол родился в 1314 г. в Саксоферрато, штудировал юриспруденцию в Перудже и Болонье, с 1339 г. был профессором в Пизе, а потом в Перудже, где приобрел как преподаватель мировую известность; умер в 1357 г. После его смерти его комментарии пользовались в судах чрезвычайным авторитетом; в Испании и Португалии они были переведены и даже считались для судов обязательными. — Бальд родился в 1327 г. в Перудже и был учеником Бартола; говорят, что уже 15-летним юношей он ставил своего учителя своими возражениями нередко в тупик. Потом он был профессором в разных университетах Италии (Болонье, Флоренции, Падуе, Перудже), занимал различные судебные должности и умер в 1400 г. Вместе с Бартолом Бальд считается авторитетнейшим представителем комментаторства.

После них схоластическое направление заметно изживает само себя: светлые стороны его делаются слабее, темные — сильнее. Из времени упадка заслуживает упоминания Ясон Майн [ус] (Дель Майно Джасоне) (1435–1519), бывший профессором в Павии, Падуе и Пизе: в своих сочинениях он соединил почти всю литературу комментаторов и в этом отношении до некоторой степени является Аккурзием постглоссаторов.

§ 44. Дальнейшее изучение римского права

К началу XVI столетия схоластические приемы комментаторов окончательно утрачивают общественные симпатии. Огромная задача, рисовавшаяся основателю этого направления, Раймунду Луллию, — привести положительное право в согласие с правом естественным — теоретически расплылась в бесконечных диалектических тонкостях, лишенных живого духа, а практически выродилась в неприкрытый судейский субъективизм. Комментаторская юриспруденция начинает вызывать всеобщее неудовольствие. Юристов осыпают насмешливыми прозвищами — *juris periti* вместо *juris periti* («подлый правовед» вместо «искусный правовед» игра латинскими словами *perditus* — *peritus*), «*Juristen böse Christen*» («юристы — плохие христиане» нем.) и т. д. По свидетельству французского юриста XVI века Ф. Хотмана (*Franciscus Hotomanus*) в его любопытном сочинении «*Antitribonian*» (Против Трибониана), господство комментаторов привело правосудие к такому состоянию, что общество возненавидело юристов, как крючкотворов, софистов и обманщиков («*sophistes, chicaneurs, abuseurs et imposteurs de justice*»). Снова, как некогда пред началом Болонской школы, чувствовалась необходимость, с одной стороны, оградить правосудие от непомерного судейского субъективизма, прикрывающегося громкими фразами о *jus naturale* и *aequitas*, а с другой стороны, выработать новые приемы, новый метод изучения права.

Кризис разрешился водворением гуманистического направления. Как в свое время схоластическая школа в юриспруденции, так и теперь гуманизм явился лишь отражением общих веяний времени. То было время общего возрождения интереса к классической литературе и классическому искусству; памятники античной старины оживали после долгого сна и приковывали внимание нового мира. Естественно, если и в юриспруденции зародилось стремление оторваться от всяческих глосс и толкований, вернуться к самим источникам непосредственно и изучить их в связи с той живой действительностью, которая их создала, сопоставить их с античной литературой, с историей, с искусством.

Зарождение гуманизма обнаружилось одновременно в разных местах; первыми проповедниками его были француз Гийом Буде (1467–1540), итальянец Альциат (Андрео Альчато) (1492–1550) и немец Цазий (Ульрих Цази) (1461–1535). Они подошли к «*Corpus*» Юстиниана как раз с тех сторон, которые были абсолютно чужды глоссаторам и комментаторам — со стороны филологической и исторической. Они впервые обратили внимание на очистку текста памятников от многочисленных средневековых искажений; они первые начали давать кое — какие сообщения об истории римского права; Zasius первый выдвинул известный исторический фрагмент Помпония de

origines juris (о начале права), на который ни глоссаторы, ни комментаторы внимания не обращали.

Однако наиболее талантливыми представителями гуманизма в юриспруденции были Куяций и Донелл — оба французы по происхождению. Cujacius (Jacques Cujas, 1522–1590) в особенности известен своими филологическими и историческими толкованиями; в них он часто предугадывает многое, что было установлено только впоследствии — в XIX веке: так, например, ему уже известны были многие интерполяции в «Digesta». Donellus (Doneau, 1527–1591; после Варфоломеевской ночи, как гугенот, вынужден был бежать из Парижа в Германию, где и преподавал в Гейдельберге и Альтдорфе), быть может, несколько уступает Куяцию как филологу и историку, но зато превосходит его как систематик.

Глоссаторский и комментаторский методы преподавания, состоящие в чтении и комментировании «Corpus», стал также к нашему времени вызывать нарекания: он нерационален с точки зрения педагогической и требует массу времени и сил для ознакомления со всем юридическим материалом. Ввиду этого некоторые из гуманистов пытаются найти новый метод. Впервые Дуарен (1509–1559), а затем и Донелл стали заменять комментирование фрагмента за фрагментом систематическим изложением права по определенному плану; основное сочинение Донелла «Commentarii juris civilis» («Комментарии гражданского права») представляет опыт такого систематического построения, причем общий план Донелла довольно близок к плану юстиниановских «Институций». Мало — помалу новый способ преподавания, получивший название французского (mos gallicus), стал вытеснять в университетском преподавании старый «итальянский» метод (mos italicus).

Во всех указанных отношениях гуманизм оказал юриспруденции несомненную и крупную услугу; он дал юриспруденции почувствовать, что для надлежащего выполнения лежащих на ней задач она нуждается в обработке юридического материала с разных точек зрения; он дал почувствовать, что право есть живой организм, тесно связанный с жизнью той исторической среды, которой он создан. В этом смысле гуманизм является первым проблеском идей, всесторонне развернутых впоследствии исторической школой XIX века.

Но, с другой стороны, филологическая и историческая разработка источников римского права не могла удовлетворить всем запросам, которые предъявлялись к юриспруденции жизнью. Одновременно с теоретической разработкой римского права совершался процесс его усвоения, его рецепции практикой. Римское право все более и более делалось действующим правом и в качестве такового неизбежно должно было несколько модифицироваться, приспособляясь к новым условиям. Практика жизни поэтому требовала не столько «чистого» римского права, каким оно было в классической древности и к которому звали гуманисты, а права приспособленного, пригодного обслуживать современный гражданский оборот.

Ввиду этого господство гуманистической школы не было продолжительным — к началу XVII века она уже отходит на второй план. Ее идеи и приемы живут еще в так называемой голландской «элегантной» школе, которая тянется в Голландии через всё XVII и XVIII столетие (Й. Вутий, Бинкершук, Г. Ноодт и др.); но главное течение юриспруденции пошло уже по другим руслам.

Непосредственные запросы практики, применяющей римское право, создали большое чисто практическое течение в юриспруденции, особенно сильное в Германии, где римское право было реципировано непосредственно. Юристы этого направления ставят перед собою задачу уяснить и изложить то римское право, которое действует и которое должно применяться в судах; какими —нибудь более широкими вопросами они не интересуются. Излагая это практическое римское право, они в то же время продолжают работу его приспособления, создавая так называемый *usus modernus Pandectarum* («новое использование пандектного права»). Наиболее видными из представителей этого направления являются: в XVI — м веке — Йоахим Минсингер и Андреас Гайль, в XVII — м — Бенедикт Карпцов и Самуэль Штрик, в XVIII — м — Юстус Бёмер, Августин фон Лейзер и др.

Но одну чисто практической стороной юриспруденция удовлетвориться не могла. Вдумчивое отношение к вопросам права должно было неизбежно приводить к общим вопросам о конечных критериях, о конечном источнике всякого права, а эти вопросы снова оживили старую идею естественного права. Возникает то направление, которое в истории социальной мысли по преимуществу называется естественно — правовым. Идея *jus naturale* получает теперь, в XVII и XVIII веках, новое углубленное обоснование и широкое содержание: философия права ставится в связь с философией общей; право выводится из природы человека или из природы общества, и мыслители пытаются определить разумные свойства этой природы, а вместе и разумные, абсолютные начала права. Эти абсолютные требования разума под именем *jus naturale* представляются к действительности взамен тех позитивных, исторически сложившихся норм, которые в ней царят.

Вдохновителем этого нового направления является известный голландский мыслитель Гуго Гроций (1583–1645); но затем оно дало целый ряд блестящих имен; таковы: Гоббс и Локк в Англии, Томазий, Пуффендорф, Лейбниц в Германии, Руссо во Франции.

Естественно — правовое настроение XVII и XVIII веков характеризуется своею невиданною дотоле интенсивностью. Это были последние века «старого режима», когда бесправие народа,

сословные неравенства и устарелые учреждения давали себя особенно сильно чувствовать. Чем сильнее ощущалась вся неразумность и несправедливость позитивного права, тем настойчивее этому последнему противопоставлялось естественное право, как право самого разума; тем более росла вера, что стоит только предоставить человеческому разуму свободу, и он устроит человеческие отношения наилучшим образом. Великая Французская революция явилась беспримерным в истории человечества опытом такого перестроения всех общественных отношений сразу по началам разума, как они рисовались в доктрине естественного права.

В области гражданского права естественно — правовая школа ознаменовала себя не изучением деталей того или другого позитивного права, в том числе и римского, а внесением критического духа проверки основных и общих принципов всей системы граждански — правовых отношений. Перед лицом естественно — правовой доктрины начала частной собственности, наследования и т. д. утратили незыблемость самодовлеющих институтов; для своего бытия они должны получить еще оправдание в таких или иных соображениях разума. И именно в такой постановке вопросов заключается большая методологическая заслуга школы.

Крушение Великой Французской революции явилось в то же время крушением и самой идеи естественного права. Исход революции показал, что позитивное, историческое право не так легко сходит со сцены и что, с другой стороны, недостаточно декретировать абсолютные начала права разума, чтобы они уже водворились на земле. Самая вера в эти абсолютные начала оказалась подорванной, — и на фоне общего разочарования появилась так называемая историческая школа.

Знаменосцем ее явился Фридрих фон Савиньи (род. в 1779 г.; с 1818—го по 1842 г. был профессором в Берлине; затем, с 1842 г. по 1848—й — прусским министром; умер в 1861 г.). По поводу возбужденного в 1814 г. Тибо вопроса о необходимости общего для всей Германии гражданского кодекса Савиньи опубликовал в том же 1814 г. свою брошюру «Über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» («О призвании нашего времени в законодательстве и юридической науке» нем.), где он формулировал свои общие воззрения на развитие права. Право не есть продукт такого или иного произвольного творчества, хотя бы и одушевленного «абсолютными началами разума»; оно есть продукт народного духа, раскрывающегося в истории народа в связи с его культурой, религией и т. д. Право поэтому глубоко национально, и, чтобы постигнуть его, необходимо изучать его исторически.

Брошюра Савиньи не изобилует обстоятельными аргументами, но идеи, высказанные в ней, настолько носились в воздухе эпохи, что были тотчас же восприняты, стали общим мнением юриспруденции. Вся она скоро оказалась охваченной историческим направлением, идея же естественного права казалась похороненной навсегда.

В области римского права историческая школа снова стала призывать «назад, к источникам!» — и именно к изучению истории римского права. Под влиянием этого призыва целый ряд молодых работников направился в эту область, и, благодаря их трудам, была создана впервые научно построенная история этого права, разработка которой продолжается и до сего дня.

В этой разработке истории права заключается крупнейшая и незабываемая заслуга исторической школы. Но общефилософские предпосылки Савиньи к концу столетия оказались в высокой степени поколебленными.

Прежде всего, не выдержала критики идея Савиньи о развитии права, как органическом и безболезненном процессе самораскрытия народного духа. Процесс правового развития народа сплошь и рядом является процессом борьбы между различными социальными группами, из которых состоит всякий народ. И Иеринг, вначале верный ученик исторической школы, автор сочинения «Дух римского права» («Geist des römischen Recht»), формулировал эту мысль в своей брошюре «Борьба за право» («Kampf ums Rechts»).

А если развитие права дается борьбой интересов и идей, то естественно возникает вопрос о том, во имя чего бороться и где верховный критерий для оценки борющихся интересов, где конечный критерий всякого права. Таким образом, старый вопрос возвращается снова, и в конце XIX века в юриспруденции опять заговорили о возрождении естественного права.

§ 45. Рецепция римского права

Возрождение изучения римского права не было продуктом какой — либо прихоти ученых докторов; потребность в нем вызывалась самой жизнью. Мы видели уже, какие причины не только не дали римскому праву исчезнуть, но, напротив, способствовали его все большему и большему распространению даже в относительно глухую эпоху раннего средневековья. Чем далее развивалась жизнь новых народов, тем сильнее должны были действовать эти причины и тем шире должно было раскидываться влияние римского права.

В политической и социальной жизни Западной Европы совершались глубокие изменения. Старый феодальный порядок разрушался, и государства стремились к созданию сильной центральной власти в лице королей. Римское право Юстиниановского Свода было построено как раз

на принципе абсолютной власти монарха и в этом отношении шло навстречу этому стремлению. Воспитанные на римском праве юристы, так называемые легисты, были деятельными помощниками королей в их борьбе с феодалами; опираясь на римское право, они оспаривали право последних на юрисдикцию и упорно проводили мысль, что единственным источником правосудия может быть только король. Этим они способствовали объединению суда в государстве.

Экономическая жизнь развивалась; торговый оборот, как внутренний, так и международный, усиливался; города расцветали во всей Европе, не оставалась нетронутой и деревня. Местное, национальное право покоилось на недостаточно ясных обычаях и было до крайности раздроблено: не только каждая местность, но и каждая социальная группа жила по своему особому праву — *Lehnrecht*, *Hofrecht*, *Landrecht*, *Stadtrecht*, *Zunftrecht*, *Bauernrecht* («кленное право, вотчинное право, земское право, муниципальное право, цеховое право, крестьянское право» нем.) и т. д. Имущественные права, сложившиеся на почве феодального строя, были обременены разнообразными ограничениями, да и вся человеческая личность была связана различными видами зависимости — феодальной, общинной, родовой, семейной.

Все это создавало чрезвычайные затруднения для экономического прогресса: если Европа должна была двигаться вперед, она должна была радикально перестроить себя. И во всех указанных отношениях римское право шло навстречу прогрессивным течениям того времени. Взамен неясных и спорных обычаев оно несло вполне определенное, писанное право — *lex scripta*. Взамен раздробленных до крайности правовых систем оно предлагало право, единое для всех мест и сословных групп. Оно несло формы, способные регулировать самые сложные отношения торгового оборота; оно проповедовало освобождение личности и свободу собственности, развязывало личную энергию, необходимую для более интенсивной экономической деятельности.

Неудивительно поэтому, что главными деятелями в деле привития римского права были те социальные элементы, которые были живее заинтересованы в указанном политическом и экономическом прогрессе: королевская власть, интеллигенция, но прежде всего — торговое сословие и города. Упорнее всего держалось за свои обычаи и противилось римскому праву крестьянство: во время крестьянского восстания 1525 года в Германии крестьяне требовали решительного устранения всех «докторов права».

Но экономическое развитие шло вперед; римское право, распространяемое учеными юристами — глоссаторами и комментаторами — с кафедр, проникало в жизнь, и это восприятие римского права Западной Европой носит название рецепции римского права.

Однако эта рецепция осуществилась в разных частях Европы не в одинаковой степени и не одинаковыми путями.

О непрерывном росте влияния римского права в странах романских (Италия, Испания, Южная Франция) было уже указано выше. В частности, в Италии уже в XI веке школой лангобардского права в Павии было провозглашено, что римское право есть *lex generalis omnium* и что оно во всех случаях может являться источником для восполнения местного права. Точно так же в Испании, даже после отмены «*Breviarium Alaricianum*», римское право не потеряло своего восполняющего значения: его положения проводились здесь на том основании, что *aequitas* есть общий субсидиарный источник права, а положения римского права вытекают, по мнению испанских юристов, из самой *aequitas*. Этим объясняется отмеченное выше огромное практическое значение комментариев Бартола в испанских судах.

Еще большее значение имело римское право во Франции: южная часть ее — *pays de droit écrit* — была всецело подчинена ему. Наглядным памятником живого действия римского права является недавно открытая оригинальная компиляция римских источников на провансальском языке, относящаяся к половине XII века — так наз. *lo codi*; это есть практическое руководство для провансальских судей, составленное уже под влиянием глоссаторских учений, но в то же время трактующее вопросы права с известной свободой и самостоятельностью. Под влиянием глоссаторов действовавшее здесь дотоле «*Breviarium Alaricianum*» мало — помалу в судебной практике заменяется «*Corpus Juris Civilis*» Юстиниана. Однако и северная Франция — *pays de droit coutumier* — далеко не осталась в стороне от римского влияния. Уже очень рано там возникло преподавание римского права, причем центром его был университет в Орлеане: здесь, по всем соображениям, был составлен и упомянутый выше «*Brachylogus*» в конце XI или начале XII века. Впоследствии к Орлеанскому университету присоединился Парижский. Римское право оказывает воздействие на местные обычаи: это воздействие сказывается, например, даже на известном старом сборнике обычного права «*Coutume de Beauvaisis*», составленном Бомануаром во второй половине XIII века. Чем далее, тем это влияние делается сильнее. Образованные юристы группируются около королевской власти, проникают в администрацию и суды и разными путями проводят в жизнь усвоенные ими учения римского права; положения последнего проникают в судебные решения и в ордонансы королей. Мало — помалу резкая разница между Францией южной и северной стирается, национальное право и римское перерабатываются в одну правовую систему, которая и находит себе затем выражение в Кодексе Наполеона 1804 года.

Не чуждо было влияние римского права и Англии. В XII столетии здесь возникло преподавание римского права, поставленное глоссатором Вакарием (Vacarius). В XIII веке быстро растущее влияние римского права вызвало сильную оппозицию, в особенности со стороны местной знати; тем не менее, преподавание его не прекращалось. Римское право и здесь «оказало мощное влияние на развитие юридических доктрин в критическую эпоху XII и XIII веков, когда закладывалось основание общего права (common law)» (Виноградов П. Г. Римское право в средневековой Европе. с. 61). Учения римского права отразились на известных юридических трактатах Гленвилля (ок. 1190 г.) и Брактона («De legibus et consuetudinibus Angliae» («О законах и обычаях Англии»), ок. 1256 г.), имевших большое значение в судах. Но феодальный строй в Англии был сильнее, чем в других странах; он сходил со сцены медленнее, и это накладывало свой отпечаток на всю историю страны. Вследствие этого влияние римского права в дальнейшем развитии английского права далеко не было так значительно, как на континенте.

Совершенно особый характер приобрела рецепция римского права в Германии.

Помимо общих причин, вызывавших распространение римского права везде, в Германии рецепции его способствовало еще и то обстоятельство, что так называемая Священная Римская империя считалась продолжением прежней Римской империи, а императоры первой непосредственными преемниками императоров последней. Вследствие этого Юстиниановский Свод склонны были считать как бы отечественным кодексом, а с другой стороны, законы императоров Священной Римской империи прибавляли к юстиниановскому кодексу, как его непосредственное продолжение. Фикция эта значительно облегчала дорогу римскому праву в Германии; если везде королевская власть в своей борьбе с феодализмом старалась опереться на римское право и легистов, то германские императоры оказывали ему особое покровительство: выше было упомянуто о привилегиях, данных Фридрихом I Болонскому университету. В значительной степени в этом тяготении к римскому праву играла роль и идея единого общеимперского права, идея национального объединения Германии, осуществившаяся лишь в XIX столетии.

Германские императоры в высокой степени содействовали распространению юридического преподавания; покровительство Болонье сменилось впоследствии учреждением собственных университетов. Так, начиная с XIV столетия, возникает целый ряд немецких университетов — в Праге (1348), Вене (1368), Гейдельберге (1386), Кельне (1388), Эрфурте (1392), Вюрцбурге (1402), Лейпциге (1409) и т. д. И в Германии образованные юристы занимают все более и более влиятельные места в администрации и судах. В частности, в судах мало — помалу они вытесняют неученых народных судей — шеффенов. Первоначально юристы фигурируют в судах шеффенов лишь в качестве секретарей и протоколистов, которые, однако, мало — помалу начинают не только записывать состоявшиеся решения шеффенов, но и подготавливать их, причем, разумеется, при подготовке решения они широко пользуются своими знаниями римского права. Но затем ученые юристы проникают в суды уже в качестве судей, вытесняя шеффенов.

Большое значение в этом направлении имело учреждение в 1495 году общеимперского суда — Reichskammergericht. При самом его учреждении было установлено, что из общего числа его членов (16) половина должна состоять из ученых юристов, а впоследствии было предписано, чтобы и другая половина избиралась также из лиц, знакомых с римским правом. При решении дел общеимперский суд должен был судить прежде всего «nach des Reichs gemeinen Rechten» («на основании общего права Империи» нем.), то есть на основании римского права, и лишь во второй линии он должен был принимать во внимание «доброе» немецкое право («redliche, ehrbare und leidliche Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten» («честные, почтенные и хорошие правила, установления и обычаи» нем.), на которые сошлется стороны («die für siebracht werden»). Таким образом, действие римского права было санкционировано прямым законом.

Вслед за Reichskammergericht подобным же образом реформируются другие суды, и для римского права была открыта широкая дорога.

Влияние ученой, университетской юриспруденции на практику поддерживается и институтом Aktenversendung: в сомнительных случаях суды пересылали спорное дело со всеми актами тому или другому юридическому факультету, который и постановлял свое заключение.

В результате всех этих причин к концу XVI—XVII в. римское право было реципировано в Германии прямо и непосредственно. «Corpus Juris Civilis» Юстиниана стал законом, на который ссылались стороны, которым мотивировали свои решения суды. Римское право было реципировано при этом не в виде тех или иных отдельных его положений, которые были усвоены путем практики, а все целиком — in complexu. Правда, оно реципировано в принципе in subsidium («в помощь») — лишь на случай недостатка соответствующей нормы германского права («Landsrecht bricht Reichsrecht»), но практически римское право играет роль более чем субсидарную: римское право должен знать суд; кто ссылается на римское право, тот «habet fundatam intentionem» («имеет обоснованную претензию»), местное же право (Landrecht) должно быть суду еще доказано, что по отношению к обычному праву представляет часто значительные затруднения.

Но реципировано было римское право в таком виде, в каком оно преподавалось с кафедры

глоссаторами и комментаторами. Вследствие этого все то, что было выброшено ими, не имеет значения и для судов — «quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia» («что не признаёт глосса, не признаёт и суд»); в частности, нельзя ссылаться на греческие тексты — «graeca non leguntur» .

Уже в учениях глоссаторов и комментаторов римское право подверглось значительным изменениям; будучи рецепировано и став непосредственным законом, оно продолжало модифицироваться далее. Воскреснув для жизни среди новых народов, оно приспособляется в практике судов к этой новой жизни. Так мало — помалу создается обновленное римское право — то, которое носит название *usus modernus Pandectarum* или «современное римское право» («*heutiges römisches Recht*»).

Это право и действовало в Германии вплоть до самого последнего времени, хотя, начиная с XIII века, территория его формального действия постепенно стала сокращаться. Мало — помалу в наиболее крупных государствах Германии возникло стремление к кодифицированию гражданского права в целях переработки римского и национального права в нечто единое. Так, в 1756 г. издается в Баварии «*Codex Maximilianeus Bavaricus*» («Баварский кодекс Максимилиана»), в 1794 г. в Пруссии — Прусское Земское Уложение (*Preussisches Landsrecht*), в 1811 г. в Австрии — Общее Гражданское Уложение , в 1863 г. — Саксонское Уложение . Все эти национальные кодексы устранили на территории данных государств формальное применение римского права, но оно оставалось в силе в остальных княжествах. После объединения Германии в 1871 г. стала настойчиво проводиться мысль о необходимости единого гражданского права для всей империи. С целью выработки такого общеимперского гражданского кодекса в 1874 г. была назначена комиссия, которая в 1888 г. представила проект уложения. Этот (первый) проект подвергся весьма оживленному обсуждению в литературе и разных обществах, причем его упрекали главным образом в том, что он излишне романистичен («*der kleine Windscheid*» («маленький Виндшейд»), то есть переложение учебника римского права, составленного Виндшейдом). Ввиду этого проект был пересмотрен и в 1896 г. был принят законодательными палатами, а с 1 января 1900 г. вступил в действие.

Только с этого момента римское право утратило свое формальное действие окончательно. Но все самое ценное из него, все то, что составляло его подлинное универсальное ядро, продолжает по существу жить и теперь в новых кодексах Западной Европы, комбинируясь с началами нового права.

Часть II История гражданского права

Глава VI. История гражданского общества

§ 46. Понятие гражданского общества и субъекта права

Право, как совокупность известных общеобязательных норм (право в объективном смысле), имеет своей общей задачей регулирование отношений между людьми. Одни из этих отношений оно регулирует принудительным образом, так что отдельные частные лица своей волей, своими частными соглашениями их изменить не могут: все определения в этой области исходят из одного — единственного центра, от одной — единственной воли — воли государства. Так именно обстоит дело в сфере государственного права, уголовного права и т. д. — словом, в сфере публичного права . И в этом смысле публичное право может быть характеризовано, как система юридической централизации : все оно проникнуто духом субординации, принципом власти и подчинения.

В других областях отношений государство применяет иной прием: оно не регулирует их от себя и принудительно, а предоставляет их регулирование частной воле и частным соглашениям; само же занимает позицию власти, только охраняющей то, что будет установлено частными лицами. Если оно и устанавливает известные нормы, то по общему правилу лишь на случай, если частные лица почему — нибудь своих определений не дадут. Вследствие этого нормы права в этих областях имеют характер не принудительный (*jus cogens*), а лишь восполняющий, диспозитивный (*jus dispositivum*), и могут быть частной волей отстранены (*actis privatorum mutari possunt*). Другими словами, здесь государство не ставит себя мысленно в положение единственного центра определений, а, напротив, предполагает наличие множества маленьких автономных центров, которые регулируют свои отношения сами. Мы имеем, таким образом, здесь прием юридической децентрализации , сферу не субординации, а координации, сферу частной инициативы и частного самоопределения. Это и есть область частного или гражданского права — *jus privatum* . Именно эту мысль, по существу, имели в виду и римские юристы, когда говорили «*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*» («публичное право есть то, что относится к положению римского государства, частное — то, что относится к интересам частных лиц» *Ulpianus* в fr. 2 D. 1. 1).

Как система юридической централизации, так и система децентрализации, как публичное

право, так и частное, восполняя друг друга, одинаково необходимы для здорового социального тела. Частное право может быть в истории шире или уже, но едва ли когда оно может исчезнуть вовсе. Во всяком случае, в прошлом человечества оно явилось могучим фактором прогресса.

«Не всегда существовало частное право и частная собственность в нынешнем смысле. В начальных стадиях развития царит наивный коммунизм, который рассматривает национальное имущество, как общее достояние всех полноправных членов союза (воинов), и распределяет его между ними публично — правовыми способами. В старые времена живет только народ, масса. Публичное право — всё. Лишь мало — помалу появляется гражданское право и с ним частная собственность, чтобы обеспечить индивиду сферу его исключительного господства. И появление гражданского права обозначает выступление индивида, выделение индивидуальной жизни из жизни стада. Рядом с народом появляется теперь вторая великая держава истории — приходящая к сознанию самой себя личность. Она берет в свои руки инициативу народного развития; она похищает огонь у богов, чтобы ярким факелом освещать путь всей нации».

Главной сферой гражданского права является область имущественных отношений между отдельными лицами ; но по всей справедливости сюда же относится и область отношений семейственных ; основа этих отношений, брак, покоится на частной воле отдельных лиц.

Гражданское право, как сказано, по самой своей идее предполагает наличие множества отдельных автономных центров . К ним, этим центрам, стягиваются отдельные имущественные объекты, вещи, образуя вокруг каждого из них особую экономическую сферу, его имущество, его хозяйство. Между этими центрами завязываются разнообразные хозяйственные нити; от этих центров исходят разнообразные толчки, перебрасывающие имущественные объекты из одной сферы в другую. Если общество в целом может быть сраниваемо с организмом, то эти центры являются живыми клеточками социального организма.

Вот эти — то центры хозяйственной жизни, клеточки гражданского организма, и называются субъектами гражданского права , а вся совокупность их внутри данного государства составляет то, что мы называем гражданским обществом .

Конечную целью всех правовых учреждений является, разумеется, сам человек, как личность, как индивид. Наилучшее обеспечение индивидуальных существований было целью, вызвавшей сплочение людей в союзы и государства, создание разнообразных правовых институтов; и поэтому еще римские юристы говорили, что «*omne jus hominum causa constitutum est*» («всякое право установлено ради людей»). Естественно, что главную массу указанных граждански — правовых центров, субъектов прав, составляют люди, лица в обыкновенном, физическом смысле, или так наказываемые лица физические .

Было бы, однако, ошибочно думать, что гражданское общество всегда и необходимо совпадает с обществом в обычном смысле, в смысле совокупности всех индивидов, входящих в состав данного государства. С одной стороны, бывают общества, в которых не все люди признаются граждански — правовыми субъектами, и в таком случае гражданское общество будет уже обществом в обычном смысле. Так будет, например, там, где признается рабство.

С другой стороны, часто те же самые человеческие интересы требуют, чтобы в качестве самостоятельного центра хозяйственной жизни было признано не то или другое отдельное физическое лицо, то есть человек, а, например, известная совокупность их (род, цех, корпорация) или независимое от них учреждение (больница, приют). В таком случае гражданское общество расширяется: в его составе появляются субъекты — нелюди или, как их обыкновенно называют, — лица юридические . Сообразно с этим, история гражданского общества имеет перед собой двоякую задачу: с одной стороны, проследить эволюцию в юридическом положении лиц — людей, а с другой стороны, объяснить возникновение и историческое развитие как самой идеи, так и отдельных форм лиц юридических.

Способность быть субъектом гражданского права, способность иметь права, называется правоспособностью ; способность активно, своей волей участвовать в гражданской жизни (заключать сделки и т. д.) называется дееспособностью . Хотя полнота качества субъекта предполагает наличие и той и другой, — однако, для самого понятия субъекта существенна только правоспособность. Можно быть субъектом прав, но быть лишенным возможности самостоятельно своими правами распоряжаться; такой возможности не имеют, например, малолетние, безумные и т. п., которые от этого не перестают быть центрами известной имущественной сферы, то есть субъектами; недостающая им дееспособность восполняется их опекунами.

Способность быть субъектом гражданского права римские юристы обозначали словом *caput* ; наличие такой способности выражалась термином *caput habere* , ее отсутствие — термином *caput non habere* или *nullum caput habere* (например, § 4 In. 1. 16); правоспособный субъект называется *persona* . В применении к людям от тройкого состояния человека — *status libertatis*, *status civitatis* и *status familie* . «*Tria sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*» («есть три [статуса], которыми мы обладаем: свобода, гражданство, семейное положение» Paulus fr. D. 4. 5).

I. Лица физические

§ 47. Status libertatis

На всем протяжении истории верховным, основным условием гражданской правоспособности в римском праве было обладание свободой. Раб, *servus*, есть не субъект прав, а объект их, не *persona*, а вещь, *res*. С течением времени фактическое положение рабов могло изменяться, могло делаться лучше или хуже, но этот юридический принцип оставался неизменным. Реальная жизнь, как увидим далее, привела к тому, что римское право во многих случаях отступило от логических последствий этого принципа, но все эти отступления до конца сохранили характер исключений, не бывших в состоянии поколебать основное начало «*servi res sunt*» («рабы суть вещи»).

Первым источником рабства в истории народов являются война и плен, но к рабству захват на войне приводит лишь уже на некоторой сравнительно более высокой ступени хозяйственного развития. На первых порах победители не чувствовали потребности сохранять пленных для себя, для своего хозяйства: в примитивном экономическом быту не было даже возможности утилизировать рабочую силу рабов. Пленных, поэтому, или просто убивали, или, если сохраняли, то лишь с целью получить выкуп. Только гораздо позже, обыкновенно лишь с переходом к оседлости и земледелию, пленников начинают сохранять (*servi*), и тогда появляется институт рабства, который затем до того въедается в социальную жизнь, что долгие столетия кажется установлением самой природы, чем — то естественным и неизбежным.

В Риме рабство является институтом исконным: оно существует уже на самых первых порах его истории; это и понятно, так как уже в древнейшие времена мы находим римский народ народом земледельческим. Но в эти древнейшие времена институт рабства фактически далеко не был тем, чем он стал впоследствии — в эпоху богатства и крупных хозяйств. Количество рабов было невелико; рабами были пленники из соседних, и в большинстве случаев родственных римлянам племен. Господин видел своего раба раньше в рядах неприятельского войска, как равного себе противника, и овладел им, быть может, после геройской защиты. У господина не могло еще стереться воспоминание о личном, человеческом достоинстве теперешнего раба, не могло еще развиться воззрение, что рабы суть особая, низшая порода человеческих существ. Все, о чем говорило древнему римлянину рабство, — это лишь о переменчивости судьбы: если он сегодня победитель и хозяин раба, то завтра брат этого раба (если не он сам) может оказаться его хозяином.

С другой стороны, самые условия жизни не отделяли господ и рабов резкой демаркационной линией. В малом земледельческом хозяйстве рядом с рабом и наравне с ним тянули рабочую лямку сам хозяин и его домочадцы; так же жили и так же питались, как он. Раб естественно становился членом *familia* и перед лицом патриархального владыки мало чем отличался от прочих лиц, ее составляющих (жены, детей). Конечно, раб есть вещь и подлежит бесконтрольной власти своего господина; конечно, господин может в любой момент лишиться даже его жизни, — но такое же право принадлежит юридически домовладыке и по отношению к свободным членам семьи, а, с другой стороны, самая фактическая обстановка жизни приводит к тому, что правило «*servi res sunt*» не проявляет своих резких последствий.

С течением времени все это резко меняется. Римское общество дифференцируется; бедные не имеют рабов, а у богатых, в крупных хозяйствах, рабы собираются массами; господин и раб не только юридически, но фактически отделяются непроходимую пропастью. Общее количество рабов разрастается до размеров ужасающих, и их личностью совершенно перестают дорожить. Нормальным способом приобретения рабов делается покупка, а понятно, что раб купленный и фактически скорее будет рассматриваться как вещь, как собственность купившего. Главный контингент рабов составляется из людей, вывезенных из далеких стран (Азии, Африки, отдаленных частей Европы), людей нередко другой расы, другого культурного уровня, другого внешнего обличия. Все это вместе способствует сильному понижению взгляда на рабов; на них начинают смотреть как на нечто низшее, и сопоставление их с животными (*quadrupedes*) делается не только юридической формулой, но и настоящей реальной действительностью.

Но даже в самую мрачную пору истории рабства (конец республики) римское право оказалось не в состоянии последовательно и всесторонне провести принцип «*servi res sunt*». С одной стороны, человеческая личность раба все же давала о себе знать и вынуждала для себя некоторое признание, а с другой стороны, последовательное проведение принципа, что раб есть только вещь, с развитием хозяйственных отношений оказывалось не в интересах самих господ. Отсюда целый ряд отступлений, постоянная двойственность в римских нормах о рабстве.

Эта двойственность с течением времени растет и делается особенно заметной в период империи. Количество рабов к тому времени значительно сокращается, вследствие чего самая экономическая ценность их повышается. С другой стороны, под влиянием стоической философии, а потом христианской религии, проясняется этическое сознание. Императоры издают ряд законов в

защиту рабов от жестокостей господ, а классические юристы проводят мысль, что рабство есть только установление положительного права, но что оно противоречит требованиям *jus naturale*. Так, например, Ульпиан говорит: «*Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt*» («что касается гражданского права, то в нем рабы не являются субъектами прав; однако не так по естественному праву, ведь что касается естественного права, то здесь все люди равны» fr. 32. D. 50. 18). Или Трифонин: «*Libertas naturali jure continetur et dominatio ex jure gentium introducta est*» («свобода исходит из естественного права, а господство из права народов введено» fr. 64 D. 12. 6). Все это вместе создает в области права тенденцию во всех тех случаях, где можно, толковать все в пользу свободы — так называемый *favor libertatis*: «*quotiens dubia interpretatio est, secundum libertatem respondendum erit*» («предпочтение свободы: когда наличие свободы у лица неясно, следует высказаться в пользу его свободного состояния» Pomponius — fr. 20. D. 50. 17).

Внутренняя противоречивость римских норм о рабстве сказывается как в личной, так и в имущественной стороне юридического положения рабов.

1. Личное положение рабов. В принципе раб есть не субъект, а объект, — не *persona*, а *res*. Рабы *nullum caput habent* (§ 4 In. 1.16); они, по выражению *Paraphrasis* Теофила, «безличны» — *ἀπρόσωποι*. Право господина на раба является обыкновенным правом собственности — *dominium* или *proprietas*. При этом качество раба, как вещи, не есть лишь результат того, что некто имеет на него право; оно есть как бы его естественное, прирожденное свойство. Раб остается, поэтому, рабом даже тогда, когда он почему — либо в данный момент не имеет господина, — например, господин бросает раба, отказывается от него (*servus derelictus*). Раб будет в таком случае *servus nullius* («ничейный раб») и, как всякая бесхозная вещь, будет подлежать свободной *occupatio* всех желающих. Ясно, что раб, в принципе, есть подлинный объект, а не субъект — даже не «пассивный субъект послушания». Тем не менее, римские юристы говорят нередко и о *persona servi*: так, например, Гай начинает свое изложение о рабах фразой «*Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*» («что касается права лиц, то здесь главнейшее разделение всех людей — на свободных и рабов» Gai. 1. 9). Признавая право господина на раба обыкновенной собственностью, они в то же время иногда называют это право *potestas* (термин *potestas* включает в себе признание некоего личного элемента отношений раба с господином, например, Gai. 1. 52), в каком-то выражении заключается уже признание некоторого личного элемента в отношениях между господином и рабом.

Практическое признание человеческой личности раба сказывалось в следующих положениях.

Уже, вероятно, издревле установилось правило, что, хотя раб есть вещь, наравне с *cetera animalia* (другие одушевленные предметы [то есть животные]), но место погребения раба есть *locus religiosus* («священное место») в такой же мере, как и могила свободного человека (fr. 2 pr. D. 11. 7).

Признаются далее и кровные родственные связи рабов — *cognationes serviles*: в близких степенях родства они представляют препятствие к браку (§ 10 In. 1. 10). В классическом праве вырабатывается даже запрещение при передаче рабов в другие руки разделять друг от друга близких родственников — жену от мужа, детей от родителей (fr. 35 D. 21. 1).

В древности право господина над личностью раба не было юридически ничем ограничено: господин мог наказывать раба, как хотел, — мог даже убить его (*jus vitae ac necis* — «право жизни и смерти»). В императорское время, однако, появляется ряд ограничений в этом отношении: запрещается, по словам Гая (Gai. 1. 52), «*supra modum et sine causa servos suos saevire*» («сверх меры без причины проявлять жестокость к рабам»). В частности, *lex Petronia* (вероятно, 19 г. по Р.Х.) воспретил отдавать рабов *ad bestias deruginandas* (то есть в гладиаторские трупы — fr. 11 D. 48. 8); эдикт императора Клавдия объявил, что старый и больной раб, брошенный господином на произвол судьбы, делается свободным (с. 1. 3. Cod. 7. 6). Решительнее были две конституции императора Антонина Пия: одна из них подвергала господина за незаконное (*sine causa*) убийство своего раба такому же уголовному наказанию, как и за убийство чужого; а другая предписывала властям в тех случаях, когда жестокое обращение заставило раба искать убежища в храме или у статуи императора, расследовать дело и принудить господина продать раба в другие руки (Gai. 1. 53). Насколько все эти предписания практически достигали своей цели — это другой вопрос, но юридически власть господина над личностью раба уже не безгранична.

2. Имущественное положение рабов. Раб, как вещь, не может иметь какого — либо своего имущества, не может иметь каких — либо своих прав. Из того же принципа логически вытекало бы, что воля и действия раба не могут иметь никакого значения в юридической жизни. Однако последовательное проведение этого принципа было бы сплошь и рядом не в интересах самих господ. Раба можно эксплуатировать в качестве делового агента, но для осуществления этого необходимо признание, по крайней мере в известных пределах, юридической силы за действиями рабов. И право, действительно, невзирая на логическое противоречие, дает такое признание.

Уже издревле рабу приписывается способность приобретать — конечно, в пользу своего господина. Он *ipso jure* приобретает своему господину не только все то, что он добывает своим

личным трудом, но и то, что он получает при посредстве юридических сделок (покупки, дарения и т. д.). За ним признается таким образом способность совершать юридические акты, то есть юридическая дееспособность. Он рассматривается при этом, как некоторый приобретательный орган господина, как *instrumentum vocale* («говорящий инструмент»), и вследствие этого необходимую для сделок правоспособность заимствует от господина — *ex persona domini*; по выражению Теофила, рабы «из личности своих господ получают свою юридическую характеристику» («ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται»). Раб может, таким образом, заключать все те сделки, к которым способен его господин; этот последний на основании этих сделок может предъявлять все иски совершенно так же, как если бы он действовал сам.

Хотя все приобретения раба принадлежат господину, однако обязательства рабов на господина не падают: он за них не отвечает, ибо признание такой ответственности противоречило бы интересам господ. «*Melior condicio nostra per servum fieri potest, deterior non potest*» («через раба наше положение может стать лучше, но не хуже» fr. 153. D. 50. 17). Тем не менее, и в этом отношении исторически возник ряд исключений.

Уже в старом гражданском праве существовало правило, что, если раб причинит своим деянием кому — либо вред (украдет, уничтожит чужую вещь и т. д.), то господин обязан или возместить этот вред (*noxiam sarcire*), или же выдать виновного раба потерпевшему — *noxae dedere*. При этом такая ответственность переходит вместе с рабом от господина к господину — например, в случае продажи раба: *noxae caput sequitur*. В этом случае, однако, раб не отличается еще от животного, так как подобное же правило применяется и к случаям вреда, причиненного этими последними (*actio de rauregie* — иск против владельца домашнего животного (до Юстиниана — только четвероногого) причинившего вред другому лицу, иск направлен на возмещение ущерба и является *noxальным*, то есть предполагает вместо выплаты денежного штрафа возможность выдачи потерпевшему непосредственного виновника по желанию собственника животного). Впоследствии юристы стали конструировать здесь уже не только ответственность господина, но и обязательство самого раба, и соответственно этому в случае последующего освобождения его от рабства стали давать против него самого гражданский иск об убытках, если они ранее возмещены не были.

Что же касается обязательства из договоров, заключенных рабом, то по старому гражданскому праву они никого не обязывают: ни господин за раба не отвечает, ни против раба нельзя предъявлять исков — *cum servo nulla actio est* («с рабом нет иска» fr. 107. D. 50. 17). С течением времени, однако, и здесь стали усматривать некоторое обязательство раба, хотя обязательство не исковое, а лишь так называемое *obligatio naturalis* (натуральное обязательство): иск против раба предъявлять нельзя — даже в том случае, если он станет впоследствии свободным, но если он добровольно уплатит, то потребовать обратно, как уплаченное не должно, без основания, он не может (fr. 14. D. 44. 7).

Безответственность господина за обязательства, заключенные рабом, выгодная для господина вообще, могла в известных случаях оказаться для него же невыгодной. Развитие экономической жизни и усложнение приемов промышленной и торговой деятельности открывало для господ новые способы выгодной эксплуатации рабов, но эти способы могли вести к цели лишь под условием признания известной ответственности господина за юридические действия рабов. Это признание и дает преторский эдикт, допуская в известных случаях иски против господ. Все эти иски носят общее название *actiones adjecticiae qualitatis* на том основании, что здесь к указанной выше натуральной обязанности самого раба (*obligatio naturalis*) прибавляется — *adjectitur* — исковая ответственность его господина. Случаи эти таковы:

1) Очень рано в Риме распространился обычай предоставлять рабу известную хозяйственную самостоятельность, с тем, конечно, чтобы он мог лучше развить свою хозяйственную деятельность для пользы того же господина: раба садили на землю, давали ему необходимый инвентарь и предоставляли ему хозяйничать самостоятельно, лишь с обязательством платить господину известный оброк; раб — мастерской снабжался необходимыми инструментами и отпускался в отхожий промысел; раб, имевший способности к торговле, отпускался для мелочного торгова и т. д. Выделенное для самостоятельного хозяйствования рабу (или подвластному сыну) имущество называлось *peculium* (уменьшительное от *pecus*). Юридически оно оставалось полной собственностью господина, который в любой момент мог взять его обратно. Для более успешной деятельности такой оброчный раб должен был нередко вступать в договоры и обязательства с посторонними лицами, но эти посторонние лица, конечно, только тогда станут заключать сделки с рабом, если будут уверены, что их права по этим договорам чем — нибудь гарантированы. Если желательно было подобное расширение хозяйственной деятельности рабов, то необходимо было создать и такие гарантии. Ввиду этого претор начинает давать в таких случаях иск непосредственно против господина, возлагая на него ответственность, по крайней мере, в размерах *pecулия* — так называемый *actio de peculio*. По поводу *peculium* могли существовать деловые отношения между рабом и самим господином. Если *pecулий* был торговым имуществом (*merx pecуliaris*), то господин со своими требованиями к рабу ставился на одну доску с посторонними кредиторами и в случае несостоятельности раба должен был удовлетворить всех пропорционально. На случай

неправильностей в расчетах против господина дается *actio tributoria* .

2) и 3) Но и не выделяя пекулия, господин мог назначить раба управляющим своего торгового предприятия, или филиального отделения, или командиром торгового корабля. По тем же самым соображениям и здесь нужна была ответственность господина по сделкам рабов, заключенных в пределах предоставленного им дела. Эта ответственность осуществляется двумя исками: в первом случае посредством *actio institoria* (*institor* — приказчик), во втором — посредством *actio exercitoria* (*exercitor* — хозяин торгового корабля; раб, как командир корабля, называется *magister navis*). В обоих случаях ответственность господина полная: она не ограничивается ни размером порученного рабу торгового дела, ни стоимостью корабля.

4) Господин отвечает полностью (*in solidum*) и в том случае, если раб заключит сделку на основании предварительного сношения господина с контрагентом, на основании *jussus domini* (например, господин, уезжая, просил своего знакомого давать рабу деньги взаймы, если они ему понадобятся); иск здесь называется *actio quod jussu*.

5) Наконец, господин отвечал по сделке раба и тогда, если вследствие этой сделки какая — нибудь вещь или сумма перешла в имущество господина (*in rem domini versum est*: например, раб занял у кого — либо 100, из них 60 истратил, а 40 были отобраны господином). Претор дает против него *actio de in rem verso* , однако, лишь на ту ценность, которая ему досталась (в нашем примере только на 40).

Таково было общее (личное и имущественное) юридическое положение рабов. Рабы государственные (*servi publici*) находились в несколько лучшем положении: они могли даже распоряжаться своим имуществом (пекулием) в размере половины по завещанию (*Ulpiani regulae*. 20. 16).

Но и рабы частных лиц нередко на почве пекулия приобретали большую фактическую самостоятельность. Лучшие из господ предоставляли своим рабам значительную хозяйственную свободу: так, например, Плиний рассказывает, что его рабы «*dividunt, donant, reliquunt dumtaxat intra domum*» (делят [имущество], дарят, оставляют по наследству, хотя бы и внутри [господского] дома»), что он позволяет им даже совершать завещания и соблюдает их, как законные (Plin. Epist. VIII. 16). Способный раб мог составить себе в виде пекулия значительное состояние; сплошь и рядом рабы имели даже своих рабов — так называемых *servi vicarii* . Приобретая состояние, рабы нередко выкупали себя у господ. Хотя юридически вся эта самостоятельность раба в любой момент могла быть разрушена господином, который мог отобрать *rescilium*, — но фактически, по — видимому, такие явления были не часты и считались предосудительными. В императорское время даже устанавливается в этом отношении некоторый контроль властей. Так, например, если раб дал кому — нибудь известную сумму с тем, чтобы этот человек выкупил его и отпустил на волю, то в случае неисполнения раб может обратиться к *praefectus urbi* с жалобой, и *praefectus*, разобрав дело *extra ordinem*, принуждал выполнить обязательство. Таким образом, не имея права предъявлять иск в обыкновенном гражданском порядке (*actio*), рабы имеют возможность теперь обращаться к властям с жалобой *extra ordinem*, и на этой почве над описанным слоем юридических норм о рабах возникает некоторый особый слой *jus extraordinarium*, в некоторых отношениях модифицирующий общую картину юридического положения рабов.

Если мы перейдем теперь к способам установления рабства , то древнейшим источником его, как было уже указано, являлся плен : все попавшие в руки римлян враги делались рабами, причем в историческое время частным лицам они доставались вследствие распродажи или раздачи государством. Другим таким же древним источником является рождение от рабыни : всякое дитя рабыни делалось рабом, — безразлично, был ли отцом его раб или человек свободный. Когда в императорское время установилась упомянутая выше тенденция — *favor libertatis*, образовалось правило, что дитя рабыни должно считаться свободным, если его мать хоть один момент за все время беременности была свободной. Рабы приобретались, далее, путем покупки у иностранных торговцев . Сверх того, при известных условиях свободный человек мог превратиться в раба . Преторским эдиктом было установлено, что тот, кто сознательно, с корыстной целью (*pretii participandi gratia* — «ради получения доли покупной цены») даст продать себя, как раба, делается действительно рабом. Согласно эдикту императора Клавдия, свободная женщина, вступившая в связь с рабом и не прекратившая ее, несмотря на требование господина, делается также рабыней. Наконец, в наказание за известные преступления преступник превращается в государственного раба (*servus roepae*). Последние два случая, впрочем, были Юстинианом отменены.

Прекращение рабства . Нормальным способом прекращения рабства является *manumissio* , отпущение на волю господином. Весьма вероятно, что в глубокой древности и этого способа не существовало: в Греции, например, господин, желавший предоставить рабу более свободное положение, мог достигнуть этого только путем передачи его какому — нибудь храму. По всей видимости, и в древнейшем Риме *manumissio* ставила отпущенного на волю раба только под защиту *fides*, то есть в положение юридически бесправного клиента (см. § 2). В историческое время, однако, дело меняется. Отпущение на волю дает уже рабу свободу юридическую, охраняемую не только

нормами религии и *fides*, а нормами *ius civilis*. Такое отпущение возможно в тройной форме, причем все они предполагают известное участие органов публичной власти.

Древнейшей формой, вероятно, является освобождение в завещании — *manumissio testamento*. Древнейшее же завещание совершалось в народном собрании (*testamentum calatis comitiis*): частная воля завещателя санкционировалась всем народом, частное распоряжение делалось *jussus populi*. В ряду других распоряжений завещателя могло находиться и отпущение раба на волю — «*servus meus Stichus liber esto*» («да будет свободен мой раб Стих»). Освобождение наступает с момента вступления завещания в действие (то есть после смерти господина) и наступает тогда *ipso jure*. Завещатель, однако, может освободить и не прямо, а лишь возложив на наследника обязательство отпустить такого — то раба на волю: тогда необходим еще акт освобождения со стороны наследника. Раб может быть отпущен в завещании и под условием (например, если уплатит такую — то сумму наследнику); до исполнения условия он не делается еще свободным, но находится в среднем положении и называется *statuliber*.

Вторая форма — *manumissio vindicta* — носит на себе следы искусственного образования: раб освобождается здесь посредством мнимого процесса о свободе. Господин с рабом и еще третьим, нарочно для этой цели приглашенным человеком, который называется *assertor in libertatem*, являются к магистрату (консулу, претору), и здесь *assertor*, разыгрывая роль истца, накладывает на раба *vindicta* и говорит: «*hunc hominem ex jure Quiritium liberum esse aio*» («я утверждаю, что этот человек свободен по праву квиритов»). На это заявление господин или молчит (как думают некоторые, например Келлер, Жирар), или же отвечает изъявлением своей воли об освобождении (как думают Карлова, Зомм). Тогда магистрат объявляет раба свободным. Процедура эта с течением времени была упрощена: сначала объявляющим освобождение (*assertor*) стал являться один из сопровождающих претора ликторов, а потом и сама *vindicatio in libertatem* отпала: сделалось достаточным простое объявление об освобождении перед властями с занесением в протокол.

Третьей формой является *manumissio censu* — освобождение посредством занесения цензором раба в списки граждан на основании заявления господина. Но этот способ был возможен лишь в период составления списков, а с исчезновением ценза и он, естественно, исчез.

Во второй половине республики рядом с этими формальными способами появились и способы неформальные: отпущение посредством объявления перед свидетелями — *manumissio inter amicos* и посредством отпускного письма — *manumissio per epistolam*. Отпущенный таким образом раб не делался *jure civili* свободным, но претор охранял его свободу мерами своей власти; для него создавалось, таким образом, особое состояние преторской свободы, обозначавшееся выражением *in libertate morari* («удерживать в свободе»). В таком положении находились и рабы, отпущенные на волю не квиритским, а преторским или бонитарным собственником.

В императорское время *lex Junia Norbana* (вероятно, 19 г. по Р.Х.) превратила это преторское «*in libertate morari*» в *latinitas*: отпущенные в указанных формах становились теперь в положение *latini*, почему и называются *latini Juniani*. Юстиниан придал и этим формам полную силу, то есть способность делать вольноотпущенных римскими гражданами, но под условием, чтобы устное объявление или отпускное письмо были совершены при участии пяти свидетелей (с. un. С. 7. 6).

Наконец, со времен Константина присоединяется еще одна форма — *manumissio in ecclesia*, объявление в церкви.

Древнейшее римское право не знало никаких ограничений для освобождения рабов на волю. Напротив, в самом начале империи обнаруживается тенденция в интересах государственного блага поставить освобождение рабов под известный контроль с тем, чтобы гарантировать государство от появления большой массы вольноотпущенников, среди которых встречалось немало сомнительных элементов. Выражением этой тенденции являются два закона, оба эпохи Августа.

Первым из них является *lex Aelia Sentia*, закон 4 г. по Р.Х., который постановил следующее: а) господин, не достигший 20 лет, может освобождать своих рабов лишь при наличии уважительных оснований, доказанных перед особой комиссией *de causis liberalibus* («о причинах освобождения»); б) такое же разрешение комиссии требуется для освобождения рабов, не достигших 30 лет; в) невозможно отпущение на волю *in fraudem creditorum*, то есть во вред кредиторам в предвидении несостоятельности; г) рабы, подвергнувшиеся наказанию за более тяжкие преступления (клейменные), в случае своего последующего освобождения не делаются гражданами, а попадают в положение *peregrini dediticii* и высылаются из Рима.

Другой закон — *lex Fufia Caninia* — касался только отпущенных в завещаниях и ограничивал общее число рабов, могущих быть отпущенными сразу, известным процентом: господин, имеющий до 3 рабов, может отпустить не более 2, имеющий до 10 — не более половины, до 30 — не более 1/3, до 100 — не более 1/4, до 500 — не более 1/5, но во всяком случае — не более 100.

Юстиниан *lex Fufia Caninia* отменил вовсе, а *lex Aelia Sentia* в значительной части; сохранилась только необходимость разрешения для господ, не достигших 20 лет, и запрещение отпускать *in fraudem creditorum*.

Освобожденные по воле господина было единственным способом выхода из рабства в

республиканское время. В период империи законодательство устанавливает уже и некоторые случаи, когда раб освобождается непосредственно в силу закона. Таковы: а) освобождение *ex edicto Claudiano* — если господин бросит больного раба на произвол судьбы, б) освобождение в награду за открытие убийцы господина, в) по закону Юстиниана — освобождение вследствие достижения епископского сана, г) освобождение вследствие 20-летней давности добросовестного проживания в качестве свободного.

Освобожденные по воле господина — вольноотпущенники (*libertini*), — хотя и делаются *cives Romani*, но все же не уравниваются с *ingenui*, свободнорожденными: в области публичного права они испытывают некоторые ограничения (например, не могут быть магистратами), а в области частного права над ними висит тень прежней власти господина в виде патроната. Отпущивший раба господин, *patronus*, является как бы отцом юридической личности вольноотпущенника, почему и патронат во многих отношениях аналогичен связи между отцом и сыном. В частности: а) *libertinus* должен оказывать патрону уважение — *reverentiam et obsequium*, не может без разрешения магистрата звать патрона в суд (*in jus vocare*), предъявлять против него бесчестящие иски (*actiones famosae* — бесчестящие иски, последствием проигрыша дела по такому иску ответчиком для него является помимо прочего и *infamia* — умаление гражданской чести, ограничивающее его гражданскую правоспособность потеря права быть свидетелем и т. д., такие иски как правило имели место в отношении дел, предполагавших наличие особо доверительных отношений между истцом и ответчиком). В случаях особой неблагодарности он даже может быть возвращен в рабское состояние (*revocatio in servitutem propter ingratitudinem*); б) *libertinus* обязан помогать патрону материально в нужде, давать ему содержание, *alimenta*; в) патрон имеет известное наследственное право после своего вольноотпущенника; г) *libertinus* должен оказывать патрону житейские (*operae officiales*) и ремесленные (*operae fabriles*) услуги.

В некоторых случаях вольноотпущенник, в силу особого акта императорской власти, может получить права *ingenuitas* (равные прирожденному гражданину) — именно путем непосредственного пожалования этих прав, причем *eo ipso* прекращается и патронат, — или путем возведения во всадническое сословие, причем патронат сохраняется.

§ 48. Status civitatis

Как уже упоминалось раньше, основным принципом древнего римского, как и всякого вообще древнего, права было правило, что только римский гражданин, только *civis Romanus* может быть поэтому членом гражданского общества и субъектом прав. Всякий негражданин, всякий иностранец, принципиально рассматривался как *hostis*, как враг, стоящий вне правового общения, могущий быть захваченным в плен и, таким образом, быть превращенным в раба. Известную защиту он мог приобрести себе только обходным путем в виде клиента. Это исключение иностранцев от правового общения касалось не только прав политических, но и прав гражданских: правовой защитой пользовался человек только потому, что он гражданин. Вот почему *status civitatis* являлось в глазах римских юристов непременным условием гражданской правоспособности.

Из этого правила относительно иностранцев в древнем Риме было только одно исключение — в пользу *latini*, то есть жителей латинских общин, входивших вместе с римлянами в состав латинского союза (так называемых *latini prisca* или *veteres*). Все *latini* имели, без различия гражданства, полное *jus commercii*, то есть полную имущественную правоспособность наравне с римскими гражданами, а *jus connubii* лишь тогда, когда оно было тем или другим из них специально предоставлено.

После союзнической войны (90 и 89 г. до Р.Х.), когда почти вся Италия получила права римского гражданства, *latinitas* как историческое явление исчезла, но она удерживается как известная юридическая категория, как известная совокупность прав, и в таком виде применяется вплоть до закона Каракаллы в двух направлениях: а) *jus Latii* даруется особыми специальными актами тем или другим отдельным внеиталийским общинам, а иногда даже целым провинциям (так называемым *latini coloniarum*); б) в силу указанного выше закона — *lex Junia Norbana* — в положение латинян ставятся некоторые виды вольноотпущенников, которые и называются поэтому *latini Juniani*. Юридическая правоспособность этих последних, однако, ограничена в одном существенном отношении: на случай их смерти они не могли ни распоряжаться своим имуществом по завещанию, ни передавать его своим детям в наследство по закону; их наследство *jure peculii* («по праву пекулия») переходило к прежнему господину (*Gai. In. III. 56*).

Закон Каракаллы, превратив всех жителей Римской империи в *cives*, этим самым уничтожил *latini coloniarum*, но не уничтожил *latini Juniani*, которые продолжали существовать вплоть до Юстиниана.

Все другие чужестранцы, кроме латинян, назывались в республиканском Риме, как было уже указано ранее, *peregrini*. Развитие мирных сношений между римлянами и иностранцами заставило римлян отступить от старого воззрения, что чужестранец — *hostis*. Это было сделано сначала по отношению к гражданам тех государств, с которыми Рим вступал в договор — так

называемым *civitates foederatae*. Этими договорами устанавливалась взаимная охрана граждан договорившихся государств (*recuperatio*, откуда название *recuperatores* — см. в § 25). Позже, однако, такая охрана была распространена и на *peregrini dediticii*, а вместе с тем архаический принцип беззащитности чужестранцев потерял свое значение.

Правовая охрана peregrinov была, однако, не одинаковой с *cives*: собственно римское право — *jus civile* — и его специфически — национальные институты были для них недоступны. Они охранялись в особом порядке, из которого выросло мало — помалу *jus gentium*. Но важно было уже то, что peregrini теперь не бесправны. *Lex Julia* 90 г. и *lex Plautia Papiria* 89 г. уничтожили peregrinov в Италии, а закон Каракаллы 212 г. везде в империи. Но в то же время *peregrinitas* так же, как и *latinitas*, получает в период империи значение юридической категории и применяется в двух случаях: а) за известные преступления *cives* низводятся в положение *peregrini*, и б) по *lex Aelia Sentia* в такое же положение попадают при отпущении на волю клейменные в наказание рабы (*Gai.* 1. 13).

Закон Каракаллы даровал *civitas* только подданным Римской империи. Вследствие этого все не подданные (варвары — германцы, славяне и т. д.) и в праве Юстиниана считаются за *peregrini*. Но римское право к тому времени, как известно, само настолько пропиталось принципами *juris gentium*, что в области гражданского права существенных различий между подданным и неподданным нет. И с этой точки зрения старое учение о *status civitatis*, как необходимом условии гражданской правоспособности, почти утратило свой практический смысл.

§ 49. Status familiae

Основой всего древнеримского строя была, как уже известно, семья — *familia*; она являлась базисом государственной и общественной жизни. Вне принадлежности к той или другой семье, а через нее к тому или другому роду (*gens*), нельзя было в древнейшее время быть и гражданином — *civis*. С этой точки зрения, *familia* так же, как и *civitas* и *libertas*, составляет естественное предположение гражданской правоспособности: все три *status* выходят в конце концов из одного и того же источника.

Древнейшая римская семья есть семья строго патриархальная. Она представляет замкнутый для внешнего мира круг, абсолютным владыкой и единственным представителем которого перед внешним миром является *paterfamilias*.

По отношению ко всему, что входит в состав *familia*, *paterfamilias* есть господин — *herus*; власть его абсолютна и юридически совершенно одинакова: и лица, и вещи находятся перед ним в одинаковом положении. Эта абсолютная власть носила в древнейшее время название *manus*. С течением времени юридическое положение различных элементов семьи дифференцировалось, и тогда власть *paterfamilias* над каждым из этих элементов приобрела свое особое обозначение, но первоначальное единство власти сказывается еще в некоторых выражениях, сохранившихся и в позднейшее время. Старое общее название *manus* стало специальным названием власти мужа над женой; власть *paterfamilias* над детьми обозначается термином уже *patria potestas*, но освобождение из этой власти обозначается термином *emancipatio*, в корне которого стоит еще старое *manus* (*e* — *man* — *cipatio*). Власть господина над рабами характеризуется как *dominica potestas*, но прежнее название звучит еще в выражении *manu* — *missio*. Наконец, термины *res mancipi* и *res mancipi*, *mancipatio* свидетельствуют о том, что и власть над вещами (собственность, *dominium*) в древнейшее время также обозначалась общим словом *manus*.

Вовне личность *paterfamilias* совершенно закрывает собою всех свободных членов семьи (жену, детей); все они охвачены одной общей оболочкой, внутри которой доступа внешнему миру нет. Мало — помалу, однако, и в этом отношении совершается эволюция: жена и дети постепенно получают признание своих особых прав, старая патриархальная оболочка разрыхляется, и семья все более и более превращается из некоторого юридического единства в союз самостоятельных субъектов; но эта эволюция совершается в Риме медленно, на протяжении всей его истории, и даже в конце развития римская семья более, чем у многих других народов, сохранила патриархальный оттенок.

Ввиду такого строения семьи, смотря по положению в ней, все лица с точки зрения гражданской правоспособности распадаются на две категории: *personae sui juris* («лица своего права») и *personae alieni juris* («лица чужого права»).

К первым относятся только *paterfamilias*, то есть лица семейно — самостоятельные. Нет необходимости, чтобы *paterfamilias* был действительно отцом, имел семью и детей; нужно только, чтобы лицо не было подчинено чьей бы то ни было власти в семейном порядке. Только лица семейно — самостоятельные суть субъекты права для себя и за свой счет — *personae sui juris*; только они могут иметь свое имущество и приобретать права для себя.

Все остальные лица, то есть дети (*fili* и *filiae familiae*) и дальнейшее потомство, а также в древности жена, которая (при браке *cum manu* брак с властью мужа) считалась *filiae loco* (на положении дочери), суть *personae alieni juris*. Они все — таки *personae*, а не «απρόσωποι», как рабы; но они *personae alieni juris*, то есть субъекты не для себя и не за свой счет, а за счет своего

домовладыки. Отсюда вытекают следующие общие положения: с одной стороны, они способны ко всякого рода приобретениям, как гражданским, так и натуральным (*juris gentium*) — и притом *ex sua persona* («сами по себе»), а не *ex persona domini* («от имени господина»), как рабы; но, с другой стороны, все, что они приобретают, делается *eo ipso* собственностью их *paterfamilias*. Если даже *paterfamilias* что — либо оставляет им в их исключительное пользование, это будет *resulium*, которое юридически, как и *resulium* рабов, будет считаться собственностью домовладыки.

В дальнейшем положение *personae alieni juris* аналогично положению рабов. Обязательства их по сделкам так же точно, как и обязательства рабов, первоначально вовсе ничтожные, с течением времени стали рассматриваться, как *obligationes naturales*. Домовладыка же за них принципиально не отвечает. Исключение составляют и здесь только: а) случаи причинения подвластным вреда, где имеет место *noxae datio* (домовладыка обязан или возместить вред, или выдать виновного для отработки его) и б) случаи *actiones adjecticiae qualitatis*, которые все в равной мере применимы и к подвластным.

В более позднем праве, однако, положение свободных подвластных начинает уже значительно отличаться от положения рабов. В частности, за ними постепенно признается способность приобретать известные виды имущества для себя, не только фактически, но и юридически. Вследствие этого, оставаясь в принципе *personae alieni juris*, они в то же время для известных отношений уже приобретают характер *personae sui juris*. Но об этом подробнее ниже.

Характер семьи определял собою и характер древнеримского родства. Единство семьи создавалось не единством кровной связи, а единством власти. Все то, что вступало под эту власть, делалось членом семьи и родственником; все, что выходило из — под этой власти, становилось юридически чужим. Если, например, усыновленные чужие делались своими (*sui*), то собственный сын домовладыки, эманципированный им, или дочь, вышедшая замуж в другую семью, порывали все юридические связи со своей прежней семьей и утрачивали все права по ней — например, права наследования.

Такое родство юридическое, родство по власти, носит техническое название *agnatio* и противопоставляется родству естественному, родству по крови, которое называется *cognatio*. Уже приведенные примеры показывают, насколько первое может не совпадать со вторым.

После смерти *paterfamilias* его *familia* разделяется на несколько новых *familiae*: все лица, бывшие непосредственно подчиненными его власти, делаются теперь сами *paterfamilias* и *personae sui juris*. Но юридическая связь между ними не порывается: бывшая над ними общая связь продолжает объединять их; они остаются по отношению друг к другу агнатами. Агнатическая связь будет продолжаться и далее — после их смерти — между их потомками — до тех пор, пока вообще будет сохраняться память об общем происхождении.

Родство имеет вообще большое значение в области гражданского права; на нем покоится, в частности, все наследование. Древнеримское гражданское право признавало в этом отношении только родство агнатическое; когнаты (кровные родственники), напротив, совершенно игнорировались. Только преторский эдикт придал некоторое юридическое значение и родству по крови. В императорское время, когда патриархальный строй семьи все более и более расшатывается, *cognatio* постепенно выдвигается вперед, пока наконец Юстиниан своими новеллами не уничтожил вовсе значение агнатического родства, перестроив всю систему наследования на основе родства кровного, когнатического.

§ 50. *Capitis deminutio*

Юридическое положение человека, как субъекта права и члена гражданского общества, вследствие известных обстоятельств может быть или вовсе уничтожено, или же в такой или иной степени ослаблено, умалено. Такое умаление гражданской правоспособности на языке римских классических юристов называется *capitis deminutio*.

Так как полнота гражданской правоспособности обуславливается тройким состоянием лица — *status libertatis*, *status civitatis* и *status familiae*, то сообразно с этим и умаление *caput* может заключаться или в потере *status libertatis* (но вместе с ним неизбежно теряется и *status civitatis*, и *status familiae*), или в потере *status civitatis* (причем одновременно теряется и *status familiae*), или, наконец, в потере только *status familiae*. Ввиду этого классические юристы различают и три степени *capitis deminutio* — *maxima*, *media*, *minima* (fr. II D. 4. 5).

Не подлежит, однако, сомнению, что такой вид теории *capitis deminutio* приобрела лишь в учениях классических юристов; в более раннее время существование *capitis deminutio* было, вероятно, несколько иное, хотя эволюция этого института во многих отношениях очень спорна.

Как было указано, в древнейшее время единственными в истинном смысле субъектами прав были только свободные граждане, и притом семейно самостоятельные; *libertas*, *civitas* и *familia* составляли три стороны, друг от друга неотделимые. Утрата этой триады была возможна только в случаях гражданской смерти лица. Такая гражданская смерть наступала в случае пленения римского

гражданина врагом, в случае продажи его *trans Tiberim* (за Тибр, то есть за границу, то есть также в руки врагов), или в случае *aquae et ignis interdictio*, то есть отлучения от правового общения, связанного с изгнанием. Во всех случаях человек утрачивал сразу все три статуса, и с юридической точки зрения умирал.

С течением времени появились случаи, когда юридическая личность человека не вовсе уничтожалась, а лишь подвергалась известному умалению, деградации. Так, когда чужестранцы как таковые перестали считаться за *hostes*, утрата права римского гражданства — вследствие добровольного переселения или же вследствие изгнания — не влечет более за собой полной юридической смерти лица: утрачивая свою прежнюю гражданскую правоспособность, такое лицо сохраняет правоспособность *ex jure gentium* (по праву народов), как peregrin. Далее, в случае продажи отцом своего сына кому — либо в кабалу, *in mancipium*, в пределах римской территории, проданный делался в древности, по — видимому, рабом (слово *mancipium* и позже употребляется для обозначения рабов), но с течением времени его положение улучшается: он уже не раб, а *liber in mancipio* (свободный в кабале), его правоспособность может возродиться (с истечением срока кабалы, с отработкой долга); но он находится *servorum loco* («на положении рабов», Gai. 1. 138) и служит, подобно подвластным, орудием приобретения для его господина. Сохраняя свою *libertas* и *civitas*, подобный манципированный переходит под власть другого домовладыки, лишь подвергаясь некоторой деградации в своем *status familiae*.

Случаи подобного рода, постепенно умножаясь, заставили римскую юриспруденцию различать разные степени юридической деградации и привели в конце концов к формулированию изложенной выше теории *capitis deminutio* с ее тремя видами — *maxima*, *media* и *minima*. Но исторический корень этого института (гражданская смерть) проглядывает еще даже в учениях классических юристов: так, например, по заявлению Гая (Gai. 3. 153), *civili ratione capitis deminutio morti coaequatur* («по представлениям гражданского права умаление правоспособности равняется смерти»), причем из этого тезиса тут же делается и определенный практический вывод (разрушение *societas* — договор товарищества).

Рассмотрим случаи *capitis deminutio* и ее последствия несколько ближе.

1. Что касается, прежде всего, *capitis deminutio maxima*, то она наступает всякий раз, когда человек лишается своей свободы. Важнейшие случаи этого рода следующие: а) Римлянин попадает в плен к врагу. По исконному римскому воззрению, гражданин, сделавшийся где — либо рабом, переставал существовать в качестве субъекта и утрачивал все права; но правило это имело корректив в виде так называемого *jus postliminii*. Если пленнику удавалось каким — нибудь образом вернуться в пределы (*limina*) своего отечества, его личность опять оживала — так, как если бы он вовсе не был в плену; «*qui ab hostibus capti, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt*» («захваченные врагами в плен в случае возвращения получают назад все прежние права», Gai. 1. 129), «*quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse*» («так как возвращение делает того, кто был взят в плен, постоянным жителем государства», § 5 Inst. 1. 12). Если же он не возвращался и умирал в плену, то, по строгому смыслу права, после него не могло быть наследования — ни по закону, ни по завещанию (наследование после раба невозможно); однако это положение было изменено неизвестным нам ближе законом Корнелия, который установил так называемую *fictione legis Corneliae*. В силу этой фикции предполагалось, что плененный умер свободным в самый момент своего пленения («*quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*» — «представляется, будто он умер тогда, когда был взят в плен»), вследствие чего, если он оставил тогда завещание, оно сохранялось в силе, если нет — призывались наследники по закону (Pauli Sent. 3. 4. 8). б) В ряде случаев возможна была продажа гражданина в рабство *trans Tiberim*, то есть чужестранцам, причем для проданного таким образом *jus postliminii* не применялось: так, магистрат продавал в рабство того, кто уклонялся от ценза (*incensus*), кредитор продавал после *manus injectio* своего несостоятельного должника, обокраденный — вора, захваченного на месте преступления; наконец, домовладыка мог продать своего подвластного также *trans Tiberim* в полное рабство. Но все эти случаи уже в период республики отпали; в позднейшее время их место заняли другие, когда в силу тех или других причин гражданин делался рабом внутри государства: кто — либо дал продать себя, как раба, *pretii participandi gratia*; женщина вступила в связь с рабом (*edictum Claudianum*); *servi rognae* и т. д. (см. § 47).

Общим юридическим результатом *capitis deminutio maxima* является полная потеря прав, как личных (*patria potestas* и т. д.), так и имущественных. Что касается, в частности, последних, то имущество *capite minutus* переходит или к государству (например, в случае продажи *incensus* уклонившийся от ценза (переписи) с целью избежать призыва на военную службу, что каралось продажей в рабство за границу), или к известным частным лицам — к кредитору, продающему должника, к хозяину раба, с которым женщина вступила в связь, и т. д. Но долги лица, подвергшегося *capitis deminutio*, принципиально погашались за исчезновением их субъекта — лица обязанного. Так как, однако, это было несправедливо по отношению к его кредиторам, то претор стал давать последним *actio utilis* (иск по аналогии) против тех, к кому имущество переходит, и, если они не

пожелают уплатить долги, вводил кредиторов во владение имуществом *capite minutus* и предоставлял им продать его для своего удовлетворения (fr. 2. D. 4. 5).

2. *Capitis deminutio media* наступает тогда, когда лицо, сохраняя свободу, утрачивает права римского гражданства; это бывает, главным образом, в случае *aquae et ignis interdictio*, а в императорское время в случае ссылки — *deportatio* (§ 2 In. 1. 16). В силу правила «*civilis ratio civilia quodam jura corrumpere potest, naturalia vero non potest*» («правило гражданского права может разрушить гражданские же права, но не естественные», Gai. 1. 158) лицо, подвергшееся *capitis deminutio media*, теряет свои гражданские права, но сохраняет отношения *juris gentium*: так, например, теряется *agnatio*, но сохраняется *cognatio*. Имущество также или теряется (при удалении в изгнание: «*amissis bonis et civitate relicta nudus exulat*» («потеряв имущество и оставив государство, становится изгнанником», fr. 7. 3. F. 4. 5), или конфискуется (при *deportatio*). Долги и здесь *jure civili* («по гражданскому праву») погашаются, но интересы кредиторов охраняются так же, как и в случаях *capitis deminutio maxima* (fr. 2 pr. D. 4. 5).

3. Наконец, *capitis deminutio minima* происходит тогда, когда меняется семейное положение лица, а это возможно в следующих видах: а) *persona sui juris* превращается в *persona alieni juris*: лицо семейно самостоятельное усыновляется кем — либо (*arrogatio*); женщина, не подчиненная ничьей власти, выходит замуж (*conventio in manum*); б) *persona alieni juris* переходит из — под власти одного *paterfamilias* под власть другого: сын отдается кому — нибудь в усыновление (*adoptio*) и т. д.; в) наконец, сюда же относятся классическими юристами и тот случай, когда *persona alieni juris* посредством искусственного акта *mancipatio* делается *persona sui juris* — например, сын освобождается своим отцом из — под его власти (*emancipatio*). По существу, в этом последнем случае происходит не умаление *status*, а напротив — его усиление: сын делается полноправным субъектом; если же классические юристы и в этом случае усматривали *capitis deminutio*, то лишь по традиции — потому, что для достижения такого результата сын должен был подвергнуться троекратной (для формы) продаже *in mancipium*, то есть хоть на мгновение должен был стать *in servilem condicionem* («в положение раба», Gai. 1. 162). То же соображение имеет значение и для случая б. Результатом *capitis deminutio minima* является полный разрыв прежних семейных (агнатических) связей со всеми вытекающими из них правами (наследования и т. д.). Если лицо, доньше семейно самостоятельное, превратилось в *persona alieni juris*, то все его имущество переходит к его новому домовладыке, но долги и здесь *jure civili* погашаются; претор, однако, дает кредиторам *restitutio in integrum*, то есть предоставляет им иски против самого *capite minutus* с фикцией «*ac si capite deminutus non esset*» (как если не был подвергнут *capitis deminutio*); вследствие этих исков новый домовладыка должен будет либо уплатить, либо выдать имущество *capite minutus* для удовлетворения (Gai. 3. 84, fr. 2. 1. D. 4. 5).

Помимо трех основных *status*, полнота гражданской правоспособности предполагает еще состояние гражданской чести — *status inlaesae dignitatis* (fr. 5. 1. D. 50. 13). Лица, в силу тех или других причин опороченные, подвергаются гражданскому бесчестью (*existimatio minuitur*) и ограничиваются в некоторых правах. В истории римского права гражданское бесчестье встречается в нескольких видах.

Древнейший вид — *intestabilitas*. Законы XII таблиц постановляли: «*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*»: кто будет свидетелем (или *libripens*’ом) при заключении сделки и потом откажет в своем свидетельстве (в случае спора), да будет *improbus intestabilisque*. Последнее обозначало, что такой человек впредь не только не может быть свидетелем у других, но и сам не может никого приглашать к себе в свидетели. А так как почти все сделки древнего права совершаются при участии свидетелей, то указанное ограничение по существу создавало полную юридическую недееспособность. С постепенным исчезновением старых формальных сделок этот вид гражданского бесчестия утратил свое значение.

Римские магистраты в пределах своей компетенции также при разных обстоятельствах обращали внимание на гражданскую беспорочность лица, не допуская к тем или другим функциям людей с сомнительной в том или ином отношении репутацией. Так создан институт *ignominia* или *infamia*. Цензоры, контролеры нравов по преимуществу (*regimen morum*), по своему усмотрению могли то или другое лицо вычеркнуть из списка сенаторов, из всаднических центурий и т. д. Консулы, руководя выборами в магистраты, могли отказать лицу, по их мнению, себя опорочившему, в выставлении его кандидатуры. Преторы также могли не допускать к выступлению перед ними на суде.

В то время как контроль цензоров и консулов с падением республики исчез, преторская *infamia* сделалась прочным институтом гражданского права. Она наступает в одних случаях непосредственно в силу тех или других обстоятельств (бесславное удаление в отставку из легионов, заключение двойного обручения и т. д. — так наз. *infamia immediata*), а в других случаях является результатом обвинения лица в известных процессах (в *judicia publica*, по *actio furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, *doli*, *pro socio*, *tutela*, *mandati*, *depositi* (о искам в отношении кражи, грабежа, нанесения личной обиды, злоумышленного обмана при сделках, нарушения договоров товарищества, поручения,

хранения, недобросовестного поведения в качестве опекуна); все эти иски называются поэтому исками инфамирующими — *actiones famosae*, а самая *infamia* здесь есть так называемая *infamia mediata*). Лицо, подвергнувшееся *infamia*, лишается права быть избранным в общественные должности (например, в декурионы), быть опекуном, выступать на суде в качестве представителя за других (*procurator*) и т. д.

Наконец, вне пределов *infamia*, регулируемой преторским эдиктом, некоторые профессии (ремесло актера, проститутки и некоторые другие) накладывали на лиц, к ним принадлежавших, также пятно известного общественного презрения — так называемого *turpitudō*, что также отзывалось на их юридическом положении (см., например, § 81).

§ 51. Status controversia

То или другое состояния лица, *status*, может стать предметом спора. Поскольку этот спор имеет значение для публичных прав, он будет разрешаться соответствующей властью в порядке административного производства: если, например, кто — либо пожелает выставить свою кандидатуру в магистраты и будет сделано заявление о том, что кандидат — *libertinus*, то разобраться в этом — дело магистрата, руководящего выборами. Поскольку же спор о *status* имеет значение для тех или других гражданских правоотношений, он подлежит компетенции гражданских судов.

1. Спор о свободе, *status libertatis*, может возникнуть двояким образом:

а) Кто — либо заявляет претензию, что человек, который живет в настоящий момент как свободный, в действительности есть его раб. Тогда процесс осуществлялся в древнейшее время в форме *vindicatio in servitutem*: истец, накладывая на предполагаемого раба *vindicta* перед магистратом, произносит формулу обыкновенной *vindicatio* — «*hunc ego hominem ex Quirium meum esse aio*». Если виндицируемый желает оспаривать, то он должен заручиться каким — либо заступником, который называется *assertor in libertatem* и который займет затем роль ответчика, заявив *contravindicatio*: «*aio hunc hominem liberum esse*». Сам же виновник спора стороной в процессе явиться не может, подобно тому, как не может быть ею должник, подвергающийся *manus injectio*.

б) Второй случай — обратный: лицо, являющееся чьим — либо рабом, узнаёт, что оно в действительности свободно; здесь также должен выступить *assertor*, который начнет против господина иск в форме *vindicatio in libertatem*: наложив *vindicta*, заявив «*aio hunc hominem liberum esse*». Дальнейший процесс в обоих случаях будет идти в форме *legis actio per sacramentum*, причем ввиду особой важности предмета спора и необходимости лучших гарантий для лиц, свобода которых оспаривается, для этих исков были установлены некоторые особые положения.

Прежде всего, споры эти подлежат компетенции особой постоянной коллегии — *decemviri stlitibus iudicandis*; кроме того, сумма *sacramentum* во всех случаях — низшая, 50 ассов (Gai. 4. 14); на время процесса человек, составляющий предмет спора, должен рассматриваться как свободный («*vindicias dato secundum libertatem*»); наконец, в отличие от обыкновенных исков, процесс о свободе может быть возобновляем несколько раз («*quotienscumque vellet quis*» — «сколько раз кто ни захочет»). — С переходом к формулярному процессу словесная *vindicatio in servitutem* или *in libertatem* была заменена производством *per formulam*, хотя строение этой формулы неясно. Но необходимость *assertora* продолжает сохраняться не только в формулярном процессе, но и позже — в эпоху производства экстраординарного; только Юстиниан отменил этот остаток глубокой старины (с. un. 7. 17).

2. Спор о *status civitatis*, как самостоятельный спор, подлежал решению магистратов в порядке административной *causae cognitio* («выяснение дела»); в гражданском же суде он мог возникнуть лишь *incidenter* («по ходу дела»), при решении вопроса о бытии или небытии того или другого гражданского отношения.

3. Спор о *status familiae* в подлинном смысле мыслим лишь в том случае, когда кто — либо претендует на качество *paterfamilias*, между тем как другое лицо заявляет о своей *patria potestas* на него.

Споры этого рода, разумеется, были редки, но в древнейшее время, вероятно, и здесь необходим был *assertor*. В тех же случаях, когда два лица претендуют на *patria potestas* по отношению к одному и тому же человеку, мы будем иметь не спор о *status*, а спор о праве *patria potestas*. Такой спор в древности также шел в форме *vindicatio* (*fili*). Преторский эдикт, однако, установил средство более удобное — *interdictum de liberis exhibendis* и *interdictum de liberis ducendis* (tit. D. 43. 30).

II. ЛИЦА ЮРИДИЧЕСКИЕ

§ 52. Возникновение и развитие юридических лиц

Создание идеи юридического лица, как самостоятельного субъекта гражданского права, самостоятельного центра хозяйственной жизни, составляет одну из крупнейших заслуг римского права; только через него эта юридическая форма вошла в оборот нового европейского права. Но в самом Риме эта форма союзной организации вырабатывалась медленно и на всем протяжении римской истории.

Несомненно, уже древнеримскому, как и всякому древнему быту вообще, свойственны известные союзные образования, имеющие внешнее сходство с юридическими лицами — общее имущество, внутреннюю организацию и т. д.; но эти внешние признаки отнюдь не свидетельствуют о том, что эти союзные образования рассматриваются уже под углом зрения гражданских юридических лиц. Идея юридического лица вообще для примитивного юридического мышления недоступна.

Старое римское *jus Quiritium* предполагало в качестве субъектов, носителей квиритских прав только отдельных лиц, отдельных *quirites*. Все отношения, не приуроченные к отдельным лицам, регулировались иными нормами и охранялись иными средствами, чем те, которые применялись между одиночными *cives*.

Так, прежде всего, огромное значение в хозяйственной жизни уже в старом Риме имело имущество государственное: мы знаем, например, какую большую роль играли государственные земли — *ager publicus*. Но все эти государственные земли, государственные рабы (*servi publici*) и т. д., словом, все эти *res publicae* (здесь: государственные имущества), еще по воззрениям классических юристов, суть *res extra commercium*, то есть находятся вне обычных гражданских отношений. Они суть вещи *populi Romani* («римского народа»), но не в том смысле, чтобы *populus Romanus* представлялся их обыкновенным собственником, как наша казна; отношение *populus* к ним не есть обычное *dominium ex jure Quiritium*; это отношение особого рода: *res publicae* принадлежат всем вообще, но никому в частности. Нет субъективных прав на них, а есть только объективное управление ими в интересах народа. Это управление находится в руках представителей власти — сначала царя, затем республиканских магистратов (консулов, цензоров, квесторов и т. д.), — и совершается оно не по началам квиритского права, а по началам права публичного. Вследствие этого, если задачи управления приводят к сдаче тех или других вещей в пользование частным лицам (например, к отдаче участков из *ager publicus* в аренду за известный оброк — *vectigal*), то сделки магистрата с этими последними в принципе отнюдь не являются договорами обычного гражданского права и потому свободны от форм, необходимых для этих договоров. Так же точно, если по поводу этих договоров (*leges contractus*, *leges locationis* и т. д.) впоследствии возникают какие — нибудь недоразумения и споры между магистратом и контрагентом, то все эти споры подлежат не обычному гражданскому суду (*legis actio*), а административному разбирательству магистрата. Не идея регулирования и охраны чьих — либо субъективных прав, а идея управления имуществом, никому в частности не принадлежащим, определяет собою всю данную обширную область отношений. И государственная казна — *aerarium* — является на этой стадии не субъектом прав, не юридическим лицом, а только складочным местом для государственных ценностей.

В аналогичном положении находятся имущества рода (*gens*) и древних государственных подразделений — курий, триб и т. д. Земли рода, поскольку они не состоят в частном обладании отдельных домовладык, находятся в общем пользовании *gentiles* (членов рода), регулируемом родовым управлением. Имущество курий и триб есть лишь специальное имущество государства в описанном выше смысле.

Изъятые из обычного квиритского оборота и вещи, предназначенные для служения религиозным потребностям — *res sacrae* (храмы, жертвенные сосуды и т. д.), *res religiosae* (места погребения) и *res sanctae* (вещи, поставленные под особую защиту богов — городские стены и т. п.). Они также *res commercium*, ибо они — *res divini juris* («вещи божественного права»). На них также не может быть чьих — либо субъективных прав; их неприкосновенность охраняется в публичном порядке магистратами и в сакральном порядке приставленными к ним коллегиями жрецов. Но эти коллегии жрецов отнюдь не являются субъектом прав на сакральное имущество: они только органы наблюдения и управления.

Уже в самое древнее время мы встречаем в Риме разнообразные частные корпорации. Таковы — союзы с религиозными целями (*sodalitates*, *collegia sodalicia*) и союзы профессиональные различных ремесленников (*pistorum* (хлебопеков), *fabrorum* (мастеров по дереву и металлу) и т. д.). О таких частных корпорациях упоминается уже в законах XII таблиц: по свидетельству Гая, они предоставляли членам *collegia sodalicia* (*sodales*) создавать для себя правила и уставы, лишь бы эти уставы не противоречили закону. В период республики таких частных корпораций развивается множество: появляются корпорации *apparitorum* (низших служителей при магистратах), корпорации взаимопомощи (похоронные — *collegia funeraticia*) и т. д. Все эти корпорации имеют, конечно, известную организацию и известное общее имущество — общую кассу (*arca communis*), но это имущество юридически рассматривается или как имущество всех отдельных членов (по правилам товарищества, *societas*) в известных долях, или как имущество одного из них — того, кто является казначеем. На вне корпорация, как единство, как особое юридическое лицо, не выступает: третьи

лица имеют дело только с отдельными членами.

Таким образом, те потребности, которые в развитом праве удовлетворяются при помощи фигуры юридических лиц, в древнейшее время, в неразвитом гражданском обороте, удовлетворяются иными средствами. Но мало — помалу эти средства оказываются недостаточными: с развитием экономической жизни чувствуется необходимость создать во всех описанных случаях некоторый единый экономический центр, обособленный от тех или других отдельных физических лиц и наделенный способностью к самостоятельной юридической деятельности.

Влияние этой необходимости сказывается уже в период республики на положении имуществ государственных . *Populus Romanus*, правда, еще смутно начинает рассматриваться уже не как неопределенная совокупность всех, а как известное единство; магистрат действует от имени этого единства — народа, как его орган, его представитель: все сделки, заключенные им с частными лицами, управомочивают и обязывают не его лично, а весь народ как таковой. По мере того, как римскому государству приходилось фактически все чаще и чаще спускаться в сферу обычного имущественного оборота, становиться в договорах и спорах на одну доску с *privatae personae* («частными лицами»), его положение все более и более должно было уравниваться с положением этих последних. Публично — правовой характер отношений государства к частным лицам постепенно сглаживался, как в сделках, так и в процессе. Подобно правам частных лиц, начинает зарождаться представление о субъективных правах народа, как единства, на принадлежащее ему имущество. Конечно, все это еще только в зародыше, и отношения государства к частным лицам даже в конце республики проникнуты еще особым характером, — но известное движение в сторону представления о казне, как об особом юридическом лице, все же заметно.

Аналогичное движение наблюдается и в жизни частных корпораций . Имущество корпорации рассматривается принципиально как общее имущество всех членов по началам товарищества; но уже для того, чтобы придать корпорации устойчивость, допускается установление в уставе принципа нераздельности этого общего имущества: отдельные члены не могут потребовать выдела своей части, уход одних членов и вступление других на общем имуществе не отзывается. Благодаря этому практически создается известная обособленность имущества от его юридических субъектов, фиксирование его вокруг известного, еще не выраженного центра.

Все эти смутные поиски фигуры юридического лица нашли себе, наконец, и первое разрешение. Во второй половине республики, как известно, в составе римского государства оказалось немало новых единиц, за которыми было признано право на внутреннее самоуправление. Это — городские общины, муниципии, которые ранее составляли самостоятельные государства (*civitates liberae*), но которые были затем наделены правами гражданства и инкорпорированы. При этой инкорпорации вместе с самоуправлением за ними была признана и хозяйственная самостоятельность. Часто это были цветущие торговые города, обладавшие своим большим имуществом и своим сложным хозяйством (например, греческие колонии Южной Италии — Тарент и т. д.) Быть может, кое — где (например, в греческом праве) эти города уже рассматривались в имущественном обороте как особые юридические лица.

Во всяком случае, инкорпорация с предоставлением хозяйственной самостоятельности поставила перед римским правом вопрос о том, как организовать участие этих общин в гражданском обороте, какому суду их подчинить и т. д. Вопрос этот был решен в смысле подчинения их обыкновенному гражданскому праву и обыкновенному гражданскому суду: претор в своем эдикте признал за муниципиями право искать и отвечать на суде через своих представителей — муниципальных магистратов или особых *actores*, назначаемых *ad hoc* декретом муниципального сената. Этим была признана в принципе гражданская и процессуальная правоспособность муниципий, как особых субъектов прав, как некоторого самостоятельного юридического единства, способного наравне с *singulae* или *privatae personae* обладать правами и защищать их в обычных формах суда. Решительный шаг был сделан, юридическое лицо было создано, хотя оно далеко еще не обладает на первых порах всеми атрибутами этого последнего.

В сношениях с частными лицами — при заключении сделок и т. д. — муниципии действуют также через своих представителей — магистратов, или *actores*, но значение действий этих представителей для общины долго остается еще невыясненным. Долго еще сказывается старое воззрение, что обязательство представителя (например, совершенный им в интересах общины заем) создает для контрагента только личный иск против него, а не против общины. До самого конца римское право остается на той точке зрения, что за деликты своих представителей община не отвечает: «*quid enim municipes dolo facere possunt?*» («ведь что могут совершить муниципии со злым умыслом?») — восклицал Ульпиан (fr. 15. 1. D. 4. 3). Еще среди классических юристов дебатировался вопрос, могут ли муниципии быть субъектом владения — *possessio* (fr. 1. 22 и fr. 2. D. 41. 2). Несмотря на принципиальное уравнение муниципий с *privatae personae*, юридические отношения их в значительной степени модифицируются некоторыми публично — правовыми элементами. Но во всяком случае муниципия, как юридическое лицо, уже не возбуждает сомнений: «*civitates enim privatorum loco habentur*» («ведь общины находятся в положении частных лиц»), говорит Гай (fr. 16. D.

50. 16).

Выработанный в применении к муниципиям принцип юридического лица переносится затем на различные частные корпорации, *collegia* : последние начинают наделяться гражданской правоспособностью «по образцу муниципий» — «*ad exemplum rei publicae*» (fr. 1. 1. D. 3. 4). Первым шагом и здесь было признание в преторском эдикте за ними права искать и отвечать на суде через своих представителей. За этим первым шагом последовали дальнейшие, хотя правоспособность корпораций в некоторых отдельных отношениях все же осталась более узкой, чем правоспособность муниципий. Так, например, в то время, как муниципии уже издавна могли получать по завещательным отказам (легатам), коллегиям это право было даровано лишь сенатским постановлением времени императора Марка Аврелия (fr. 20. D. 34. 5), в то время как муниципии уже в классическом праве могли быть назначаемы наследниками, коллегии даже в юстиниановском праве нуждаются для получения этого права в специальной привилегии (с. 8. С. 6. 24: «*collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse*» — «коллегия, не получив специальной привилегии, не может принимать наследство»). Но все это были лишь отдельные ограничения; в принципе же корпорация трактуется, как особое юридическое лицо, могущее иметь права и вступать в юридические отношения. В противоположность прежнему воззрению, классические юристы определенно проводят мысль о полной обособленности *corpus* или *universitas* от отдельных лиц, его составляющих: «*In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint*» (в отношении декурионов или других совокупных объединений не касается, остались ли все, или остается часть, или весь состав сменился [то есть остается объединение тем же самым]), fr. 7. 2. D. 3. 4); «*Siquid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*» («если что причитается корпорации, отдельным [ее членам] это не причитается, и что должна корпорация, не должны ее отдельные члены», fr. 7. 1. D. 3. 4); раб, принадлежащий корпорации, есть не «*servus plurium, set corporis*» (fr. 16. D. 50. 16).

Но в то время, как в римском праве вырабатывалось признание юридической личности корпораций, римское государство встретило с трудным вопросом о свободе союзов. Вся первая половина республики не знала никаких ограничений в этом отношении: граждане могли образовывать союзы, *collegia*, совершенно свободно, не испрашивая никаких разрешений правительства, и мы знаем, как широко пользовались римляне этой свободой: к концу республики мы встречаем такие коллегии в чрезвычайном количестве. Но в I столетии до Р.Х. мы видим уже целый ряд мер, направленных против коллегий: на почве общего политического и социального кризиса, общей деморализации, коллегии профессиональные и религиозные (*sodalitates*) начинают делаться удобными очагами для политической демагогии, а иногда (как об этом свидетельствует, например, *senatusconsultum de Bacchanalibus* — сенатское постановление о вакханалиях, запрещавшее под страхом смерти эти празднования, посвященные богу Вакху и сопровождавшиеся разнузданным весельем) и местом, где под покровом религиозного культа совершаются темные, с точки зрения нравственности, дела.

Ввиду всего этого *senatusconsultum* 64 г. предписало распустить все коллегии, которые по расследовании со стороны магистратов будут найдены вредными для общественного порядка («*quae adversus rem publicam videbantur esse*»). Однако эта мера вызвала энергичную оппозицию, и в 58 г. по предложению трибуна Клодия был принят закон, которым распущенные коллегии были восстановлены. Успех этой оппозиции, тем не менее, был только временным: в 56 г. сенат снова постановил распустить коллегии, превратившиеся в политические клубы (по — видимому, главным образом, — *sodalitates*). Еще энергичнее поступил Цезарь, уничтоживший все коллегии, кроме некоторых самых старых — «*praeter antiquitus constituta*».

Но этими роспусками не разрешался вопрос об условиях возникновения новых коллегий, потребность в которых несомненно существовала. Ввиду этого императором Августом был издан закон — *lex Julia de collegiis*, которым в качестве нормального порядка образования союзов устанавливалось испрашивание разрешения у сената. Коллегии, получившие такое разрешение («*quibus ex senatusconsulto coire licet*» — «которым дозволено сойтись решением сената»), называются *collegia licita*; вместе с тем, эти коллегии *eo ipso* приобретают и права юридического лица. «*Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*» (тем же, кому дозволено иметь объединение под названием коллегии, товарищества или каким — либо другим такого рода, свойственно по образцу общины (*rei publicae*) иметь общие имущества, общую казну и представителя (*actor*) или синдика, через которого так же, как в общине, то, что должно делаться и совершаться сообща, делается и совершается», fr. 1. 1. D. 3. 4).

Таким образом, в конце республики — в начале империи в качестве юридических лиц были признаны муниципии и частные корпорации. Что же касается государства — казны, то процесс его превращения в юридическое лицо осложнился и затруднился тем обстоятельством, что с установлением империи рядом с *aerarium* появился *fiscus* (личная казна императора), который, как

известно, мало — помалу поглотил все источники государственных доходов, отодвинув *aerarium* на степень простой городской кассы Рима.

На первых порах фиск рассматривается, как личное имущество принцепса, и вследствие этого подчиняется в принципе нормам обычного гражданского права. Правда, на императоре лежит публично — правовая обязанность употреблять фискальное имущество на государственные нужды, но эта обязанность не отзывается на гражданском положении принцепса: юридически он собственник и кредитор в такой же мере, как и все прочие *personae privatae*. Благодаря этому удовлетворялась указанная выше потребность в едином центре государственных средств и в сближении их в обороте с имуществами частных лиц. Правда, на месте измельчавшегося единства *patrimonium Romanum* теперь в качестве такого центра оказывается физическая личность принцепса, но ближайшая задача практической жизни и этим до известной степени разрешалась. По мере того, как все источники государственных доходов концентрируются в фиске, указанное воззрение распространяется на всю область имущественных отношений государства.

Несмотря, однако, на такое принципиальное признание принцепса граждански — правовым субъектом фискального имущества, все же в целом ряде случаев особая, государственная природа этого последнего сказывается в различных отступлениях для него от норм обычного гражданского оборота. Так возникает мало — помалу довольно обширная система фискальных привилегий — *privilegia fisci* : имущества фиска не подлежат давности; требования фиска имеют право на предпочтительное перед другими кредиторами удовлетворение; фиску по его требованиям принадлежит законное закладное право на все имущество должника и т. д. Многие из этих привилегий, впрочем, переносятся и на частные имущественные отношения императора и императрицы.

В более позднее время как будто мелькает иногда мысль о том, что фискальное имущество есть имущество государства как такового (указ императора Пертинакса: эти имущества не суть «*idia tou βασιλευοντος ἄλλα κοινὰ καὶ δημόσια τῆς Ρωμαίων ἀρχῆς* — Herodian., 2, 4, 7 — не суть «частные имущества властителя, но общие и народные римского государства»); но усиление монархической власти и влияние восточных деспотий заглушило эту мысль, вследствие чего в римском праве мы не находим ясно выраженной теории о государстве, как особом юридическом лице. Практически государство — казна живет как юридическое лицо, но в теории его особность исчезает в личности императора.

Если юридическая личность корпораций развивалась в Риме медленно и с трудом, то еще медленнее и труднее вырабатывалась мысль о самостоятельной юридической правоспособности другого вида юридических лиц — учреждений .

Не только римское право республики, но и право классических юристов учреждений в таком смысле не знает. Правда, императоры сравнительно рано развивают благотворительную деятельность, жертвуя известные капиталы на содержание сирот и т. д. (так называемые алиментарные учреждения императоров); но эти капиталы не образуют самостоятельного центра: они или рассматриваются как часть фиска, или же передаются уже существующим юридическим лицам — муниципиям с возложением на них обязанности употреблять доходы на указанные цели. Лишь с распространением христианства и признанием его государственной религией создана была почва для возникновения самостоятельных учреждений. Прежде всего были наделены гражданской правоспособностью церковные учреждения — *ecclesiae* : отдельные церкви имеют право приобретать имущества и получать по завещаниям, быть кредиторами, выступать стороной на суде и т. д.; так же, как и фиск, они наделяются, сверх того, разнообразными привилегиями. От церквей затем правоспособность переносится и на разные частные благотворительные учреждения — госпитали, приюты и т. д., так как все они находятся под ближайшим наблюдением церковных властей (епископов). Все эти благотворительные учреждения обозначаются выражениями *res causae, res corpora, venerabiles domus* («благочестивые, почтенные образования») и т. д.; все они являются самостоятельными юридическими субъектами, но теории их римское право уже не оставило.

Если, как мы видели, юридические лица в римском праве не достигли своего полного развития, тем не менее не только идея юридического лица была римским правом создана, но и дано ее основное практическое выражение : были выработаны понятие правоспособности, независимой от лица физического, приемы искусственной дееспособности и даже основные типы юридических лиц (корпорации и учреждения). Новому миру был передан очень тонкий юридический способ, при помощи которого самые разнообразные социальные образования могли быть введены в нормальную жизнь гражданского общества, — и новый мир широко воспользовался им.

Глава VII История вещных прав

§ 53. Понятие и виды вещных прав

Одну из основных задач гражданского права составляет распределение имущественных благ, то есть прежде всего вещей, находящихся в обладании данного общества, между отдельными его членами. Средством такого распределения является предоставление этим последним субъективных вещных прав.

Соответственно этой функции, всякое вещное право представляет некоторую непосредственную юридическую связь лица с вещью — *jus in rem*: вещь принадлежит данному лицу, и все другие члены данного общества обязаны признавать эту связь принадлежности и не нарушать ее своими действиями. Вследствие этого всякое вещное право имеет характер абсолютного права в том смысле, что оно адресовано ко всем и будет в случае нарушения защищаться против всех. В чьи бы руки моя вещь ни попала, я могу ее потребовать к себе на том только основании, что эта вещь — моя, что она предоставлена мне правопорядком.

Противоположность вещному праву, как праву абсолютному, представляет обязательственное право, как право относительное. Обязательственное требование адресуется только к одному лицу — должнику, и потому является не *jus in rem*, а *jus in personam* — «право в отношении лица»; только это лицо может нарушить право кредитора (не заплатив долга и т. д.) и потому только против этого определенного лица может понадобиться защита (*actio in personam* — «личный иск»).

Различие между вещным и обязательственным правом ярче всего выступает в тех случаях, когда предметом обязательства является также какая-нибудь определенная вещь: например, я продал вам такую — то лошадь. Договор продажи сам по себе еще не дает покупщику вещного права собственности, а лишь создает в его лице обязательственное право требовать от продавца передачи вещи. Если, несмотря на это, продавец продает ту же вещь другому лицу и передаст ее ему, то первый покупатель будет иметь право требовать от продавца возмещения своих убытков от неисполнения договора; на самую же вещь он никаких прав не имеет, ибо вещного права, непосредственной юридической связи с нею, простой обязательственный договор не устанавливает: он связывает лицо с лицом, но не лицо с вещью. Для установления этой последней — вещно — правовой — связи необходим особый акт передачи (*traditio*).

Вещное право предоставляет лицу юридическое господство над вещью; но самое господство это может быть различной степени и различного содержания, вследствие чего и вещные права не одинаковы.

а) Основное вещное право есть право собственности: оно предоставляет собственнику в принципе полную власть над вещью. Собственник имеет право владеть вещью, пользоваться ею, как ему угодно (*jus utendi et abutendi* — «право употребления и злоупотребления»), и распоряжаться ею (*jus disponendi* — право продавать, закладывая и т. д.). Но собственность есть полная, абсолютная власть только в принципе: государство может наложить на собственника известные ограничения, и действительно всегда, в любой исторический момент, те или другие ограничения в большей или меньшей степени имеются (ограничения в интересах соседей и в интересах общего блага); вследствие этого собственность фактически никогда абсолютно полной не бывает. Может даже случиться, что в силу тех или других распоряжений в руках данного собственника не будет ни права владения, ни права пользования, ни права распоряжения; собственность в таком случае превращается в *nuda proprietas* (например, мне принадлежит майоратное (майоратное имение представляет собой земельную собственность, которая в силу феодального «права майората» должна перейти старшему родственнику — мужчине и не подлежит переходу за пределы владеющей им семьи) имение, которым распоряжаться собственник вообще не может; но, сверх того, предыдущим майоратным собственником оно завещано в пожизненное владение своей вдове: пока она жива, я никакой выгоды от своего огромного имения не имею). Тем не менее, она не есть нуль: с отпадением ограничений (смерть вдовы, отмена ограничений законом) собственность сама собою восстанавливается. Это присущее праву собственности стремление восстановиться во всей своей полноте, выпрямиться во весь свой рост, называется принципом эластичности права собственности.

б) Но, кроме права собственности, возможны вещные права ограниченного содержания или вещные права на чужую вещь — *jura in re aliena*. Вещь принадлежит на праве собственности одному, но другое лицо имеет на нее такое же непосредственное, следовательно, вещное, право, лишь ограниченное по своему содержанию. Эти *jura in re aliena*, в свою очередь, распадутся на две группы:

1) Первую группу составляют вещные права пользования чужой вещью. Сюда относятся, главным образом, так называемые сервитуты. Одни из них предоставляют пользование чужой вещью известному определенному лицу; таково, например, право пожизненного пользования (*usufructus*): пока это определенное лицо существует, оно может пользоваться вещью, и соответственное право собственника на это время замирает. Сервитуты этого рода, как связанные с определенным лицом, называются сервитутами личными — *servitutes personarum* (вещь служит [servit] лицу [personae]). Другие сервитуты предоставляют право пользования не данному (именем) определенному лицу, а всякому, кто окажется в положении собственника какой-либо другой вещи:

например, я предоставляю право проезда через мое имение к железной дороге, к реке и т. д. всякому собственнику другого, соседнего имения, которое в таком проезде нуждается. Экономически в случаях этого рода одно имение служит хозяйственным нуждам другого, почему первое называется *praedium serviens* (служащее), второе — *praedium dominans* (господствующее), а самые сервитуты называются сервитутами предиальными или вещными — *servitutes praediorum*. Юридически же субъектом права проезда будет каждый данный собственник господствующего имения (*praedium dominans*): переход этого имения из рук в руки (путем наследования, продажи и т. д.) *eo ipso* приведет к перемене и лица, на пользование управомоченного. Сервитуты предиальные, в свою очередь, разделяются на сервитуты городские и сельские — *servitutes praediorum urbanorum* и *servitutes praediorum rusticorum*. Основанием для такого деления является хозяйственное назначение *praedium dominans*: если оно предназначено для сельскохозяйственной культуры, то сервитут, установленный в целях этой культуры, будет сервитут сельский; если же *praedium dominans* представляет участок для жилья, строения, то сервитут будет сервитутом городским.

Но всякий сервитут — личный и предиальный — есть вещное право на чужую вещь, ибо всякий сервитут создает, хотя и ограниченное, но непосредственное господство над вещью. В чьи бы руки служащая вещь ни перешла, она все время будет подлежать этому господству, причем это господство не зависит от воли каждого собственника ее. Этим сервитут отличается от различных обязательственных отношений, предоставляющих также нередко право пользования чужой вещью. Так, например, если я сдам вам мое имение в аренду, вы получите право пользоваться им, но это ваше право есть только личное право по отношению ко мне; если затем я это имение продам другому лицу, это лицо может не согласиться на вашу аренду и выселить вас; вы будете иметь только право требовать от меня ваших убытков. Иное дело, если ваше пользование покоится на сервитуте: пожизненного владельца, например, продажа имения, совершенная собственником, нисколько не затрагивает; его право будет обладать полною силой и против всякого нового собственника.

2) Вторую группу *jura in re aliena* составляют вещные права на распоряжение чужой вещью. Таково закладное или залоговое право. Сущность его состоит в том, что кредитор, которому вещь заложена, имеет право при неуплате долга продать эту вещь для своего удовлетворения, то есть распорядиться ею. Закладное право есть также вещное право на чужую вещь: вещь остается в собственности должника, ее заложившего; но кредитор имеет право вытребовать ее от всякого, в чьих руках она окажется, для того, чтобы ее затем продать: позднейший переход вещи путем продажи и т. д. прав кредитора нисколько не затрагивает — его право идет за вещью.

Таковы основные типы вещно — правовых отношений. Но все эти типы не были даны человечеству готовыми: они также выработывались в истории путем медленного и часто трудного процесса. И здесь римское право шло впереди и расчищало путь.

Как и во всех других областях, так и в области вещного права римская история представляет комбинацию двух пластов: глубоко внизу залегает пласт институтов старого гражданского права; мало — помалу над ним образуется слой институтов преторского права. Но образование этого последнего слоя не уничтожает вовсе первого; долгое время мы наблюдаем совместное существование обеих пород, переплетающихся друг с другом иногда самым причудливым образом. И лишь позднейшее право (классическое и послеклассическое) производит необходимую работу объединения и упрощения.

I. Институты гражданского права

§ 54. Право собственности. Развитие понятия *dominium ex jure quiritium*

Институт частной собственности, обозначавшийся впоследствии термином *dominium* или *proprietas*, существует со всеми своими основными чертами уже в старом гражданском праве, и римские юристы рассматривают его, как институт исконный. Между тем в древнейшей истории мы встречаем некоторые разрозненные явления (деление вещей на *res mancipi* и *res mancipi*, воспоминание о различии *familia* и *rescilia* и т. д.), которые — особенно в связи с данными истории других народов — заставляют думать, что и в Риме частная собственность установилась не сразу, что ее установлению предшествовал долгий период подготовки и выработки этого понятия. Но, разумеется, относительно этого доисторического периода римской собственности мы можем делать только более или менее вероятные предположения.

Чувство частной, индивидуальной принадлежности вещей (зародыш позднейшего права собственности) появляется впервые, без сомнения, по отношению к вещам движимым; как мы уже видели (§ 5), недвижимая (земля) первоначально находится в таком или ином коллективном обладании. Убитая тем или другим лицом дичь, выловленная рыба, созданное трудом оружие естественно рассматривается как вещь, принадлежащая тому, кто ее добыл или создал. Сознание «эта вещь моя» возникает здесь просто и психологически неизбежно. Также естественно, что человек

будет защищать свою вещь от покушений со стороны других и будет стараться вернуть ее собственной силой, если ею кто — либо уже завладел. Однако, это чувство принадлежности движимых вещей, как показывает опыт истории, долгое время еще не имеет юридического характера права собственности в таком виде, как она известна праву более развитому. Если моею вещью владеет другое лицо и если я требую мою вещь от него, то в старом (например, древнегерманском) праве это мое требование юридически опирается не на то, что это вещь моя, а на то, что она была у меня украдена, отнята и т. д. и что владелец или сам виновник этого преступления, или косвенно (тем, что владеет похищенной у меня вещью) является его участником. Не столько право истца на вещь, сколько деликт ответчика служит основанием иска .

По — видимому, так же было и в древнейшем римском праве: право на движимые вещи защищалось при помощи деликтных исков (главным образом, *actio furti*); присущий праву собственности, как таковому, иск — *rei vindicatio* — к движимым вещам или вовсе не применялся (как думают одни — например, Жирар) или же, если применялся, то не был иском о собственности, а также имел деликтный характер (как думают другие — например, Майр). Право на движимые вещи на этой стадии еще не имело свойства прочной юридической связи между лицом и вещью, связи, которая уже сама по себе могла бы служить основанием иска.

Иначе складывались отношения к недвижимостям . Когда представление об общем праве на землю всего народа, а затем и отдельных *gentes* постепенно стерлось, принадлежность того или другого участка стала связываться с сидящей на нем семьей — *familia* (семейная собственность). Участок принадлежит семье, как таковой, в лице ее главы и представителя — домовладыки. Но принадлежность эта проникнута особым характером: распределение земли между отдельными родами и семьями покоится в идее не на таком или ином акте частного лица, а на воле всего народа, является выражением некоторого общегосударственного, публичного порядка. Участок земли принадлежит данному домовладыке как члену общины, как гражданину, *quiritis*; как было уже указано, даже самый участок — «*fundus*» — был в то время не столько определенной частью территории, сколько количественной долей данной семьи в общем земельном владении — «жеребьем». Право гражданина на такой «жеребий», вытекающее из его положения как члена общины и всецело проникнутое публично — правовым характером, и есть, вероятно, то, что в древнейшее время обозначалось выражением «*ex jure Quiritium*». «*Fundus meus est ex jure Quiritium*» («участок мой по праву квиристов») — значит: «участок — мой в силу моего права гражданства, в силу публичного порядка распределения земли между членами общины».

При таких условиях понятно, что участок земли, отведенный данной семье, должен оставаться в ее владении, пока существующее распределение не будет изменено каким — либо новым публичным актом (например, переделом). Если же им завладеет кто — либо другой, то домовладыка может потребовать его возвращения независимо от того, каким образом — добросовестно или недобросовестно — нынешний владелец стал владельцем: дело будет идти не об устранении последствий частного деликта, а о восстановлении общинного порядка земельного распределения. Таким образом, здесь впервые возникает представление о некоторой неперменной юридической связи лица с вещью — первый и наиболее существенный элемент права собственности. В связи с этим, вероятно, именно здесь зародилась *rei vindicatio* с ее торжественным заявлением «*hunc fundum ex jure Quiritium meum esse aio*» («утверждаю, что этот участок мой по праву квиристов»), — и, быть может даже, именно здесь впервые проявилось вмешательство государственной власти в частные споры, выразившееся в запрещении физической борьбы («*mittite ambo rem*» — «оставьте оба вещь»).

Но право на недвижимости, имея один из существенных элементов собственности, долго еще не имело другого — свободы распоряжения . Участок земли, как сказано, усваивался не домовладыке, как таковому, а всей семье: он был ее неотъемлемой принадлежностью, ее материальным базисом. Неограниченный в своей власти по отношению к членам своей семьи и к продуктам их труда (движимые вещи), домовладыка в то же время не мог распорядиться семейным участком так, чтобы он ушел от семьи — не мог его продать, подарить и т. д. Акт его частной воли не мог изменить публичного порядка.

С течением времени, однако, оба указанные рукава постепенно сближаются. С одной стороны, публично — правовой характер права на недвижимости и идея семейной собственности стираются: домовладыка приобретает и по отношению к земле свободу распоряжения. С другой стороны, на движимости переносится виндикационный принцип: они начинают защищаться не на деликтном только основании, а на основании их принадлежности такому — то лицу. *Jus Quiritium* утрачивает значение публичного права и начинает употребляться для обозначения права собственности вообще.

Процесс этого постепенного слияния обоих рукавов и выработки единого понятия *dominium ex jure Quiritium*, разумеется, во всей своей исторической конкретности скрыт от нас. Но он оставил свои следы в некоторых переживаниях.

С одной стороны, мы имеем в источниках смутные намеки, свидетельствующие о том, что имущество в отдаленную эпоху распадалось на два комплекса, обозначавшиеся выражениями *familia* и *resunia* . Законы XII таблиц, например, регулируя наследование, говорят то о *familia*, то о *resunia*;

равным образом, только о *rescupia* идет речь в положении тех же законов XII таблиц относительно опеки над безумными. Как бы смутны ни были эти намеки, во всяком случае сопоставление их свидетельствует о том, что одни из имущественных объектов в древнейшее время теснее были связаны с семьей (*familia*) и допускали меньшую свободу распоряжения, чем другие (*rescupia*). Какие объекты относились к одной категории, какие к другой, — этого мы из самых терминов *familia* и *rescupia* вывести не можем; но на помощь здесь приходит другой, уже более известный, исторический факт.

Цивильное право делит все имущественные объекты на *res mancipi* и *res nec mancipi*. По определению классических юристов (*Ulpiani leg. 19. 1*), к числу *res mancipi* относятся земли в Италии (*praedia in Italia solo — fundus et domus*), затем некоторые из предельных сервитутов (*via, iter, actus, aquaeductus — сервитуты проезда, прохода, прогона скота, проложения водопровода через соседний участок*) и, наконец, рабы и рабочий скот (*servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini — «рабы и четвероногие животные, которым обуздывают шею и спину, будь то быки, мулы, кони, ослы»*). Все остальные вещи суть *res nec mancipi*.

Основное значение этого различия для позднейшего гражданского права заключалось в том, что в то время, как *res nec mancipi* могли переходить из рук в руки путем простой бесформальной передачи, *traditio*, для перенесения права собственности на *res mancipi* необходим был формальный акт *mancipatio* (к которому присоединилась затем также формальная *in jure cessio* — фиктивная уступка права в суде).

Перечисление вещей, входящих в категорию *res mancipi*, показывает, что это как раз те вещи, которые составляют основу земледельческого крестьянского хозяйства: участок земли и необходимый рабочий инвентарь. Без этого последнего самый земельный участок, на котором сидит крестьянская семья, будет мертвым капиталом, и семья будет лишена возможности хозяйственного существования; известно, например, что у наших крестьян потеря рабочей лошади является обыкновенно началом полного разорения.

Все это заставляет сблизить деление вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi* с делением на *familia* и *rescupia* и усматривать в первом лишь ослабленный отголосок второго. Весьма вероятно, что в отмеченном выше процессе постепенного распространения понятия *dominium ex jure Quiritium* на движимые вещи первыми, на которых это понятие было распространено, явились именно рабы и рабочий скот: служба необходимым условием нормального хозяйственного существования семьи, они, вместе с *fundus et domus*, стали обозначаться и термином *familia*. Первоначальная неотчуждаемость земельного участка с течением времени отпала, но желание оградить интересы семьи сказывается еще в том, что для отчуждения вещей, входящих в состав *familia*, требуется соблюдение известной торжественной публичной формы. К тому же, с установлением ценза именно эти вещи имеют главное значение для определения имущественного положения гражданина (*res censui censendo*); вследствие этого было желательно, чтобы переход из рук в руки совершался формально и гласно. Таким образом, старое воззрение и новые условия встретились и преобразовали прежнее деление на *familia* и *rescupia* в новое — на *res mancipi* и *res nec mancipi*.

За исключением этого, никаких других различий между вещами по отношению к понятию права собственности в гражданском праве исторической эпохи не существует: собственность уже едина — как по своему содержанию, так и по способам своей защиты.

Но несмотря на свой уже бесспорно частный характер, квинритская собственность все же еще сохраняет некоторые следы своего прежнего публично — правового значения. Так, субъектом ее может быть только римский гражданин или те из иностранцев, которым даровано *jus commercii*; перегрины не могут иметь квинритского права на вещь. Правда, с течением времени, как известно, и перегрины получили защиту, вследствие чего принадлежащие им вещи стали охраняться нормами *jus gentium* аналогично праву собственности; но право перегринна на вещь не есть квинритская собственность. Вследствие этого рядом с системой гражданских или квинритских вещных прав в Риме мало — помалу появилась особая система перегринских прав — особая перегринская собственность и т. д.

С другой стороны, истинное *jus Quiritium* могло быть только на земли, входящие в состав римской территории в полном смысле слова, то есть с распространением гражданства на всю Италию, — только на *praedia in Italico solo*. Земли провинциальные объектом частного квинритского права даже для римских граждан быть не могли: они рассматривались, как общее достояние всего римского народа, причем владение отдельных лиц теми или другими участками провинциальной земли характеризовалось не как *dominium*, а как *possessio*. В то время как эти провинциальные *possessiones* были обложены податью, квинритская собственность на *praedia Italica* в период республики была от всяких налогов свободна, вследствие чего свобода от податей в то время рассматривалась, как неотъемлемое качество самого права квинритской собственности. Хотя таким образом владение провинциальными землями теоретически не было настоящей собственностью, но практически оно, конечно, провинциальными судами охранялось, как собственность, вследствие чего с появлением провинций возникла новая юридическая категория — собственность провинциальная,

со своими особыми нормами и особыми средствами охраны.

Как мы знаем, собственность, тяготея в принципе к своей полноте и неограниченности, в действительности положительным предписанием закона может быть ограничена в том или другом отношении, как в интересах общего блага, так и в интересах мирного соседского сожительства. Таким ограничениям подвержена и квинтская собственность уже в старом цивильном праве, причем эти ограничения установлены в интересах соседей. Городской характер древнеримского поселения и естественная при этом скученность жилищ делает это явление понятным.

Уже законам XII таблиц известен целый ряд подобных ограничений. Важнейшие из них состоят в следующем: а) Собственник обязан оставлять по своей меже свободной (для прохода, проезда, поворота плуга) полосу земли в 2 1/2 фута — так называемую *ambitus*. б) Собственник обязан терпеть ветви, перевешивающиеся с дерева соседа, если они находятся на высоте не менее 15 футов. в) Собственник должен допускать соседа на свой участок через день (*tertio quoque die*) для собирания плодов, упавших с его дерева. г) Собственник не должен изменять искусственными сооружениями естественного стока дождевой воды; против таких сооружений дается особый иск — *actio aquae pluviae arcendae*.

Все эти ограничения характерны для мелких хозяйств эпохи законов XII таблиц. С течением времени к ним присоединились другие — например, правило об *immissiones*: никто не обязан терпеть исходящего от соседнего участка дыма, запаха, шума и т. д., если все эти явления выходят за пределы обычного.

§ 55. Формы вещного оборота

В древнейшее время у всякого народа торговый оборот совершается путем непосредственного обмена, то есть передачи вещей из рук в руки. Однако практические неудобства непосредственного обмена приводят уже очень рано к созданию товара — посредника; таким товаром — посредником были в Риме, как известно, сначала мелкий скот (*pecunia*, от *pecus*), а затем металл, и именно медь в слитках (*aes rude*, *raudusculum*). Употребление в виде денег слитков металла приводило к тому, что при всякой сделке необходимо было взвешивать слитки и удостоверяться в их чистоте, для чего служил удар слитком по весам. Когда еще позже стала чеканиться монета, взвешивание и удар по весам потеряли свой реальный смысл, но еще долго оставались, как неизбежная формальность всякой сделки на деньги.

Древнейшим известным нам способом передачи права квинтской собственности в Риме является *mancipatio*. Гай (1. 119) описывает ее так: в присутствии не менее пяти нарочно для этой цели приглашенных свидетелей и особого весодержателя — *libripens* — приобретатель (покупщик) касался рукой приобретаемой вещи и произносил формулу покупки — так, например, если покупался раб, то: «*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*» («я утверждаю, что этот человек мой, и да будет он мне продан через эту медь и весы»). При этом он ударял маленьким куском меди по весам и передавал его продавцу — «*quasi pretii loco*», вместо покупной цены.

Все эти формальности свидетельствуют о том, что *mancipatio* возникла еще в то время, когда в виде денег употреблялся металл в слитках: тогда, очевидно, медь передавалась не в виде маленького куска и не *pretii loco*, а в таком количестве, в каком было условлено, и в качестве настоящей уплаты; весы были нужны не только для ритуального удара, а для подлинного отвешивания меди; *libripens* был беспартийным лицом, которое по приглашению сторон являлось со своими весами и производило взвешивание.

В таком естественном виде *mancipatio* должна была исторически появиться впервые в применении к тем вещам, которые в древнейшее время только и могли быть объектом свободного обмена, то есть к вещам движимым, *pecunia*. Но затем, с расширением свободы распоряжения, она переносится на *familia* и делается в дальнейшем специфической формой оборота именно для этих последних вещей, которые и называются поэтому *res mancipi*. Развитие обмена по отношению к *res mancipi* приводит к тому, что уже очень рано для них допускается переход из рук в руки путем простой передачи — *traditio* — без каких бы то ни было формальностей.

Сохранившись в интересах публичности для *res mancipi*, *mancipatio* подверглась, по — видимо, некоторой регламентации в законах XII таблиц.

Конечно, искони было в обычае совершать *mancipatio* в присутствии свидетелей, но непременно число «пять», вероятно, связано своим происхождением положительному предписанию закона. Некоторые из современных ученых (например, еще и теперь Зомм) считают пять свидетелей при *mancipatio* представителями пяти цензуральных классов, вследствие чего *mancipatio* кажется им сделкой, совершающейся как бы в присутствии всего народа. Но это мнение едва ли может быть признано правильным: число «пять» есть только *minimum*, как это явствует из самих слов Гая: «*non minus quam quinque testibus*» («не менее пяти свидетелей»). Во всяком случае, вероятно, что этот *minimum* был установлен для избежания колебаний в жизни законами XII таблиц.

Когда в Риме начали чеканить монету, это обстоятельство не могло не отразиться на *mancipatio*. Пока покупная цена отвешивалась при самой *mancipatio* в слитках, вещь и цена переходили в руки контрагентов одновременно; со введением чеканной монеты оказалось, что платеж денег должен происходить вне акта *mancipatio*, вследствие чего могло случиться, что вещь перейдет в руки покупателя, а продавец денег не получит. Дабы уравновесить положение сторон, законы XII таблиц постановили, что право собственности на вещь переходит к покупщику только тогда, если цена уплачена или каким — нибудь образом обеспечена (§ 41 Inst. 2. 1).

Вообще введение монеты мало — помалу совершенно изменило самый внутренний характер *mancipatio*. Если она возникла как действительная сделка купли — продажи, то теперь, когда цена вышла за пределы акта, формой *mancipatio* можно было воспользоваться и для других целей — например, для дарения : одаряемый произносил формулу *mancipatio* и затем передавал дарителю *pretii loco* какую — нибудь маленькую монетку (*venditio nummo uno* — «продажа одной монетой»). Оставаясь по форме куплей — продажей («*emptus mihi esto*»), *mancipatio* по существу превратилась в акт, способный осуществить самые разнообразные отношения между сторонами, самые разнообразные *causae*. В глазах классических юристов она уже только *imaginaria venditio* («изображаемая продажа», Gai I. 119). И мы увидим далее, что ею гражданское право широко пользуется для самых различных целей (усыновления, завещания и т. д.).

Уже к старому гражданскому праву — во всяком случае к законам XII таблиц — относится установление дополнительной ответственности продавца перед покупщиком по поводу *mancipatio*. Такая ответственность известна в двух видах: а) если впоследствии окажется, что продавец (манципant) не был собственником манципированной вещи и она будет отобрана от покупателя путем *rei vindicatio*, то продавец отвечает перед покупщиком *in duplum pretii*, то есть обязан вернуть полученную цену вдвое. Требование это осуществляется посредством *actio auctoritatis*, причем, очевидно, ответственность продавца рассматривается, как вид ответственности за *furtum nec manifestum* (кражу, при которой вор не пойман с поличным). б) При продаже недвижимости существенно было, конечно, указание меры продаваемого участка; если впоследствии окажется, что действительное пространство земли не соответствует объявленной мере, то продавец также отвечает в размерах двойной стоимости недостающей земли — следовательно, так же, как *fur nec manifestus*. Иск в этом случае носит название *actio de modo agri*.

Словесная формула *mancipatio* — так называемая *nuncupatio* — допускала различные модификации, вставки и т. д., благодаря которым стороны могли вводить в сделку разные добавочные определения — так называемые *leges mancipii*. Так, например, при продаже участка можно было выговорить для продавца право пожизненного пользования, право проезда через проданный участок и т. д. (*mancipatio deducto usufructu, deducta via* и т. д.). Законы XII таблиц санкционировали эту возможность своим положением: «*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» («о чем договорится при совершении некса и манципации, то пусть будет правом»). Это еще более усиливало пригодность *mancipatio* для различных отношений и облегчало возможность ее приспособления далеко за пределами ее первоначальной сферы.

Одним из наиболее распространенных видов модифицированной манципации была манципация фидуциарная : вещь передавалась кому — либо в собственность, но с оговоркой «*fidei fiduciae causa*». Это значило, что приобретатель вещи должен был иметь ее лишь для известной цели и при наступлении предусмотренных соглашением условий должен был вернуть ее (совершить *remancipatio*) манципantu. Цели такой фидуциарной манципации могли быть весьма разнообразны. Гай (II. 60) упоминает о *fiducia cum creditore* и *cum amico*. В первом случае вещь передавалась в виде залога для обеспечения долга, во втором — для сохранения. Но не подлежит сомнению, что в такой же форме в древности удовлетворялись и другие юридические потребности — ссуды, найма, поручения и т. д., для которых еще не существовало выработанных обязательственных форм. Но обязанность приобретателя вещи вернуть ее потом манципantu не была в то время юридической: какого — либо иска об исполнении *fiducia* манципant не имел; он вверялся только «доброй совести» — *fides* — своего контрагента; неисполнение этой «*fides*» влекло для последнего только моральное бесчестье — *infamia*, но не юридическую ответственность. Тем не менее фидуциарная манципация играла большую роль и заключала в себе зародыш целого ряда будущих самостоятельных обязательств. Широкое применение манципации к самым различным отношениям служит лучшей иллюстрацией к тому, что называется «принципом экономии форм», и самым наглядным образом показывает нам «интерпретационное» искусство древнейших римских юристов — понтификов, руками которых это приспособление совершалось.

Позже *mancipatio*, но также уже ко времени законов XII таблиц, возникла вторая форма передачи вещных прав — *in jure cessio*; как сообщает Павел, «*et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat*» («закон XII таблиц утвердил и манципацию, и уступку права», Fr. Vatic. 50). Форма эта является всецело продуктом искусственного приспособления процесса для нужд договорного оборота: *in jure cessio* есть уступка вещи на суде в фиктивном процессе о собственности; подобно тому, как *mancipatio* в позднейшем праве есть *imaginaria venditio*, так *in jure cessio* — но уже с

самого начала — есть *imaginaria vindicatio* .

По взаимному соглашению приобретатель и отчуждатель вещи являлись к магистрату, и здесь приобретатель как бы вчинял иск о собственности — *rei vindicatio*: касаясь вещи, он говорил: «*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*». Отчуждатель притворялся сознающим, и претор на основании такой мнимой *confessio in jure* («*confessus pro judicato habetur*» — «признание считается за судебное решение») предоставлял вещь фиктивному виндиканту (*addicit rem* — Gai. II. 24). Таким образом, *in jure cessio* есть по форме остановившийся в своей начальной стадии процесс о собственности, по существу же она представляет абстрактный способ передачи права собственности: *causa* ее наружу не выступает; почему отчуждатель промолчал (быть может, потому, что он получил за вещь деньги, то есть ее продал; быть может, потому, что он ее дарит), — этого из самого акта *in jure cessio* не видно.

Если *mancipatio* применялась в установившемся гражданском праве только к *res mancipi*, то *in jure cessio* была возможна по отношению ко всяким вещам — то есть и к *res nec mancipi*, так как *vindicatio* была возможна и относительно их. В отличие от *mancipatio*, далее, *in jure cessio* не влечет за собой ни *actio auctoritatis*, ни *actio de modo agri*. Но *in jure cessio* способна также воспринять в свою формулу известные вставки — например, *deductio servitutis* («*aio hunc fundum meum esse deducto usufructu*» — «утверждаю принадлежность мне этого участка на основании введенного usufructa») или соглашение о *fiducia* (Gai. II. 59).

Так же, как и *mancipatio*, *in jure cessio* была распространена затем на целый ряд других случаев, где дело шло уже о передаче права собственности: все, что могло быть предметом иска, *vindicatio*, могло быть и объектом фиктивного судебного отказа. Мы видели уже выше применение этой формы в целях освобождения раба на волю (*manumissio vindicta*); мы увидим ее дальше в целях усыновления и т. д. В силу своей простоты и абстрактности *in jure cessio* была в высокой степени пригодной к тому, чтобы занять в этом отношении место рядом с *mancipatio*.

Наконец, уже старому гражданскому праву была известна давность — *usus, usucapio* — как способ приобретения права собственности. Несоблюдение формы или приобретение от лица, которое само не было собственником, вело естественно к тому, что приобретатель вещи не делался ее собственником; давность исцеляла этот порок. Законы XII таблиц определили срок такого давностного владения в два года для недвижимостей и один год для других вещей: «*Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*». *Usus* и *auctoritas* соединены потому, что приобретение вещи по давности естественно освобождало продавца от ответственности за *auctoritas* перед покупщиком: вещь теперь от последнего отобрать уже быть не может. Законы XII таблиц для приобретения по давности требовали только одного — владеть вещью в течение указанного срока, и исключали возможность приобретения только для вора (*fur*). С течением времени, однако, для давности вводятся условия более строгие. Так, *lex Atinia*, закон второй половины республики, подтверждая запрещение давности для вора, придает этому запрещению тот смысл, что вещи украденные — *res furtivae* — вообще не могут быть приобретены по давности даже добросовестными приобретателями их, пока не возвратятся к собственнику (fr. 4. 6. F. 41. 3). *Lex Plautia* (I века до Р.Х.) распространила то же правило на вещи, отнятые насильем — *res vi possessae* (§ 2 In. 2. 6). Вслед за тем юриспруденция стала требовать, чтобы владелец приобрел вещь на основании какого — либо правомерного титула — *justo titulo* (например, *pro emptore* (покупкой), *pro donato* (дарением) и т. д.) — и добросовестно — *bona fide*, то есть чтобы он в момент приобретения не знал, что вещь чужая; обнаружение ошибки впоследствии, однако, не мешает уже добросовестно начатой давности (*mala fides superveniens non nocet*). В некоторых особых случаях, впрочем, *bona fides* не требуется: так, например, если в случае *fiducia* тот, кому вещь была *mancipata* *fiduciae causa*, не совершает *remancipatio*, несмотря, например, на уплату долга, и если прежний собственник приобретает как —нибудь владение вещью, он по давности (и притом всегда в один год) получает собственность обратно, несмотря на сознание того, что *remancipatio* не было. Этот случай называется *usureceptio ex fiducia* (Gai. II. 52).

Mancipatio, in jure cessio и *usucapio* представляют строго гражданские способы приобретения права собственности, — *acquisitiones civiles*. Но *квиритская* собственность на *res mancipi* может быть приобретена и другими способами, которые общи гражданскому праву и *jus gentium*; таковы: *traditio*, то есть передача вещи с намерением перенести право собственности; *occupatio*, завладение вещью, никому не принадлежащей; приобретение плодов и т. д. Все эти способы называются *acquisitiones naturales*; но их теоретическая разработка относится уже ко времени классических юристов.

§ 56. Гражданские *jura in re aliena*

Уже древнейшая эпоха гражданского права в области вещных отношений не могла обходиться одной собственностью; она знает уже и некоторые *jura in re aliena*, причем количество этих последних постепенно растет.

Самым ранним из вещных прав на чужие вещи в Риме являются *сервитуты*, а из них *сервитуты*

предиальные. Дробность землевладения, семейные разделы, скученность усадебных построек и т. п. были причинами того, что уже очень рано обнаружилась потребность в признании и регулировании именно этого вида *jura in re aliena*.

Из сервитутов предиальных древнейшими являются четыре: три сервитута дорожных (*iter* — право прохода через чужой участок, *actus* — право прохода и прогона скота, *via* — право прохода, прогона и проезда вообще; каждый последующий сервитут включает в себя и предыдущий) и один сервитут воды (*aquaeductus* — право провести воду из чужого участка). Свидетельством их раннего появления служит то обстоятельство, что эти четыре сервитута относятся к *res mancipi* (Ulp. reg. 19, 1): очевидно, они возникли еще в ту эпоху, когда деление вещей на *res mancipi* и *res mancipi* имело полное жизненное значение.

С течением времени к ним присоединяются другие сельские сервитуты (*servitutes praediorum rusticorum*). Важнейшими из них являются: *servitus pecoris ad aquam appulsus* — право пригонять скот для водопоя, *servitus pascendi* — право пастись скот на чужом выгоне, разнообразные сервитуты, предоставляющие право брать песок, глину и т. д. на чужом участке — *servitutes harenae fodiendae* и т. п.

Несколько позже, чем упомянутые четыре сервитута, возникли сервитуты городские — *servitutes praediorum urbanorum*. Старейшим из них является *servitus cloacae* — право проложить клоаку (сток, канализация) через чужой участок. Думают, что городские сервитуты возникли впервые в связи с новой постройкой города после галльского разгрома. Дальнейший рост города, постройка многоэтажных домов, тесно друг к другу прилегающих, вызывала к жизни чрезвычайное разнообразие сервитутов этого рода. Наиболее распространенными типами являются: право опереть здание на стену соседа — *servitus tigni immittendi* и *servitus oneris ferendi*; право отводить дождевую воду на двор соседа — *servitus stilicidii avertendi*; право требовать, чтобы сосед не загромождал моему дому света или вида (*servitus ne luminibus officiatui, ne prospectui officiatui*) и т. д. Содержание этих сервитутов нередко находилось в зависимости от различных муниципальных строительных порядков.

Еще позже, чем древнейшие сервитуты предиальные, возникли сервитуты личные, причем, вероятно, первым источником их были завещательные распоряжения: передавая, например, свое имущество законным наследникам, завещатель желал предоставить своей жене право пожизненного пользования им. Но во всяком случае личные сервитуты существуют уже в полной мере во второй половине республики.

Из этой категории личных сервитутов римскому праву известны четыре: а) Важнейшим является *ususfructus*, право пожизненного пользования вещью и ее плодами (*usus* и *fructus*), причем пожизненный владелец — *узупруктуарий* — может пользоваться не только лично, но и сдавая пользование в аренду, продавая плоды и т. д. б) Второй, более ограниченный вид представляет *usus* — право только личного пользования вещью, без права на плоды (иногда, впрочем, и право на плоды, но лишь в пределах личных нужд, без права их продавать). в) *Habitatio* — право жить в чужом доме, и г) *Operae servorum vel animalium* — право личного пользования трудом чужого раба или животного. Нормы относительно личных сервитутов вырабатывались римскими юристами, главным образом, в связи с толкованием завещательных распоряжений (отказов) и носят на себе следы так называемых *favor testamenti* («благосклонность к завещаниям» — стремление полнее истолковать волю завещателя).

Сервитуты предиальные и личные на первых порах не сливались теоретически в одну категорию сервитутов; этот последний термин республиканскими юристами прилагался только к сервитутам предиальным. Но уже эти *veteres jurisconsulti* положили основание классической теории сервитутов; без сомнения, им принадлежат основные правила, своего рода «заповеди» римского сервитутного права: «*nulli res sua servit*» (не может быть сервитута на собственную вещь, вследствие чего при слиянии *praedium dominans* и *praedium serviens* в одних руках, хотя бы на короткий момент, сервитут погашается — *confusio*), «*servitus servitutis esse non potest*» (не может быть сервитута на сервитут — например, пожизненного пользования правом проезда) и «*servitus in faciendo consistere non potest*» (не может быть сервитута, который обязывал бы собственника *praedium serviens* к каким — либо положительным действиям; сервитут может состоять только *in patiendo* — в обязанности терпеть что — либо, например, проезд, — или *in non faciendo* — в обязанности не делать чего — либо, например, не закрывать света или вида).

Установление сервитутов в гражданском праве совершается или судебным приговором в исках о разделе — *adjudicatio*, или завещательным отказом — *legatum*, или, наконец, частным договором сторон. При этом договор может иметь смысл или *constitutio servitutis*, когда вещь, например, *fundus*, остается в собственности прежнего собственника и лишь на нее устанавливается сервитут, например, право проезда, в пользу другого лица, — или *deductio servitutis*, когда вещь передается в собственность другому лицу, но выговаривается на нее сервитут в пользу прежнего собственника. Во всяком случае, договор должен быть облечен в форму или *mancipatio*, или *in jure cessio*. а) *Mancipatio*: при *constitutio servitutis* приобретающий сервитут говорит, например: «*aiō jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra*» («утверждаю, что у

меня есть право прохода и провода [скота] в отношении участка Корнелия, и оно мной да будет куплено этой медью и весами», но это возможно лишь по отношению к сервитутам, входящим в состав *res mancipi*); при *deductio servitutis* приобретатель вещи говорил: «*aio fundum Cornelianum deducto itinere*» («утверждаю, что участок Корнелия принадлежит мне с установленным в отношении его правом прохода») или «*usufructu meum esse isque mihi emptus esto*» («узурфруктом, и он мной да будет куплен»). b) *In iure cessio* : при *constitutio servitutis* приобретающий его говорил на суде: «*aio jus mihi esse eundi agendi in fundo Corneliano*» («утверждаю, что у меня есть право прохода и провода в отношении участка Корнелия»), а уступающий ему молчал; при *deductio* приобретающий вещь говорил: «*aio fundum Cornelianum meum esse deducto itinere или usufructu*» («утверждаю, что участок Корнелия мой с установленным правом прохода или узурфрукта»), а отчуждатель вещи молчал. *In iure cessio* была возможна относительно всяких сервитутов.

В древнейшее время возможно было приобретение сервитутов и давностью, но *lex Scribonia*, закон неизвестного времени, применение *usucapio* к сервитутам воспретил (fr. 4. 28. D. 41. 3).

Кроме сервитутов, других вещных прав на чужие вещи гражданское право не знало; в частности, ему не было известно залоговое право в его истинном юридическом смысле. Конечно, потребность в реальном кредите возникает во всяком обществе очень рано, но эта потребность удовлетворяется в других, хотя и несовершенных формах. Древнейшей формой этого рода является везде продажа вещи с правом обратного выкупа: лицо, желающее получить займы, продает кредитору какую — либо вещь за сумму займа с тем, чтобы по уплате долга вещь была ему возвращена.

Этот род реального обеспечения мы только и находим в римском гражданском праве. Целям залога служит в нем институт *fiducia*, о котором была уже речь выше. Должник передавал закладываемую вещь кредитору посредством *mancipatio* или *in iure cessio* (*fiducia* путем простой *traditio* была невозможна) — следовательно, юридически в его полную собственность; но передавал «*fiduciae causa*», то есть с тем, чтобы по уплате долга вещь была реманципирована (*fiducia cum creditore*). Если долг не будет уплачен, обязанность *fiduciae* для кредитора отпадает; он делается теперь окончательным собственником вещи — может ее оставить у себя, может продать, и, если получит больше, чем долг, излишка выдавать должнику не обязан. Если долг будет уплачен, но кредитор вещи вернуть не пожелает, то иска какого — либо должник не имел; кредитор только делался *infamis*. Лишь впоследствии — преторским эдиктом — установлен был на этот случай иск — *actio fiduciae*, личный иск инфамирующего характера.

Из всего этого ясно, что *fiducia* не имеет вовсе основных признаков залогового права. Здесь нет права на чужую вещь вовсе. Нет его в руках кредитора, ибо кредитор получает на вещь полную квинтскую собственность; нет его и в руках должника, ибо должник теряет вещное отношение к заложенной вещи: ни от кредитора, ни тем более от третьих лиц он ее вытребовать не может; все, что у него есть, это личное (да и то вначале не юридическое) требование к кредитору. И если мы говорим о *fiducia*, как о форме залога, то мы, очевидно, имеем в виду залог не в собственном, юридическом смысле, а в смысле более широком, экономическом.

С описанными чертами *fiducia* (как древнегерманская форма *Kauf auf Wiederkauf*, древнефранцузская *vente à réméré* и т. д.) отражает на себе строгий характер примитивного кредита. Она односторонняя: интерес, которому она служит, есть исключительно интерес кредитора; желание возможно сильнее обеспечить кредитора приводит к забвению справедливых интересов должника. Все это вполне понятно для того времени, когда кредитные сделки были редкостью, представляясь не обычным явлением деловой жизни, а событием чрезвычайным, признаком экономической крайности. Естественно, что с изменением условий и с увеличением капиталов *fiducia* должна была оказаться недостаточной.

Кроме *fiducia*, мы имеем в старом гражданском праве другой залогообразный институт — именно *pignoris capio*, взятие вещи должника в процессе *legis actio per pignoris capionem*. Но, с одной стороны, случаи такой *pignoris capio* представляют исключение и, как мы знаем, проникнуты особым (публичным или сакральным) характером, а с другой стороны, юридическое положение арестованной вещи не настолько ясно, чтобы мы могли говорить здесь о подлинном залоговом праве кредитора. Еще менее может быть речь о нем в случаях *pignoris capio* магистрата.

§ 57. Защита гражданских прав

Для защиты древнейшего гражданского права на вещь — права квинтской собственности — основным средством является *rei vindicatio*. Но иск этот в течение римской истории значительно изменил свой характер. В то время, когда все права *paterfamilias* по отношению к отдельным элементам его семьи рассматривались юридически под одинаковым углом зрения *manus*, *vindicatio* была общим средством для защиты этой *manus*; она не была только *vindicatio rei*, она была вообще спором о *manus*. Мы видели уже следы этого первоначального значения *vindicatio* в *vindicatio filii* (§ 51). Но по мере того, как отдельные элементы *manus* дифференцируются, для семейной власти домовладыки над свободными членами семьи создаются другие средства защиты, а *vindicatio*

превращается в иск о собственности, в подлинную *rei vindicatio* .

Rei vindicatio определяют обыкновенно как иск не владеющего собственника против владеющего не — собственника; целью иска является возвращение вещи. Но цель эта достигалась в истории неодинаковыми путями.

В старейшем легисакционном процессе *rei vindicatio* осуществлялась в форме *legis actio sacramento* . Каждая из спорящих сторон перед магистратом произносила заявление о своем праве собственности, подтверждая эти заявления наложением *vindicta* (*vindicatio* — *contravindicatio*; «*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio; sicut dixi, esse tibi vindictam imposui*»). Таким образом, *rei vindicatio* имела характер двухсторонний: каждая сторона выставляла себя собственником, вследствие чего *rei vindicatio* была возможна только против того, кто такую претензию имеет. Равным образом, обе стороны должны были *in iudicio* доказывать свои утверждения, и мыслимо было, что *iudex* признает *sacramentum* обеих сторон за *injustum*. Ограничиться одним отрицанием собственности истца ответчик не мог: если он не делал *contravindicatio*, он считался отказывающимся от процесса, и тогда магистрат просто переносил владение спорной вещью на истца (*translatio possessionis*). По отношению к движимой вещи это было просто, так как движимая вещь находилась обычно тут же на суде: истец брал ее себе, и тем дело кончалось. По отношению же к недвижимости (*fundus*) это достигалось преторским административным приказом (*interdictum quem fundum*).

Если ответчик вступался в процесс, то дело шло обычным порядком, причем магистрат отдавал спорную вещь на время процесса той или другой из сторон (*vindicias dare*); однако сторона, получающая владение, должна была дать обеспечение, что в случае решения дела не в ее пользу она вернет противнику вещь со всеми ее приращениями (*praedes litis et vindiciarum*). Вследствие этого решение судьи, формально касавшееся вопроса о *sacramentum*, практически приводило к возвращению вещи *in natura* .

Описанное строение *rei vindicatio* ставило ответчика нередко в очень трудное положение: либо доказывай свое право собственности с риском потерять процессуальный залог, либо без борьбы уступай вещь истцу; между тем часто ответчик лишь сомневался в праве истца. Ввиду этого позже стали прибегать к процессу *per sponsionem praejudicalem* : стороны заключали между собой в форме *stipulatio* (*sponsio*) пари, причем ставкой пари назначали какую — нибудь незначительную сумму, с намерением и этой суммы не требовать (*sponsio praejudicalem*). Затем спор уже шел формально об этой *sponsio*. Существенно важным при этом порядке было то, что ответчик мог уже ограничиться одним отрицанием права истца, не выставляя своего положительного заявления о собственности, вследствие чего тяжесть доказательства (*onus probandi*) падала только на истца. Но по образцу прежних *praedes litis et vindiciarum* владелец вещи, ответчик (здесь *translatio possessionis* уже не может быть) давал истцу обеспечение, что он выдаст вещь, если спор о *sponsio* будет решен против него — так называемая *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* .

Все эти искусственные меры сделались излишними с установлением процесса формулярного . *Rei vindicatio* стала осуществляться посредством *formula petitoria* : «*Si paret fundum Cornelianum ex jure Quiritium Ai Ai esse, iudex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve*». *Rei vindicatio* стала окончательно иском односторонним: доказывает свое право собственности только истец, ответчик может заявить только о своем сомнении (в праве истца). На время процесса вещь остается у ответчика, но — в этом остаток прошлого — он должен дать истцу *cautio iudicatum solvi* . Судья постановляет приговор по существу о самом праве собственности, и, если найдет, что истец прав, он перед обвинением должен предложить ответчику вернуть вещь добровольно (*arbitrium de restituendo* , вследствие чего *formula petitoria* есть *formula arbitraria*). Если ответчик последует этому предложению, истец достигнет своей цели — получит вещь *in natura*; если не последует, судья в силу правила относительно *condemnatio pecuniaria* приговорит ответчика к платежу известной денежной суммы (*quanti ea res est*), причем определить эту сумму будет предоставлено самому истцу под присягой (ср. § 23).

В силу того, что ответчик не обязан теперь утверждать свое право собственности, сфера применения *rei vindicatio* значительно расширилась, и ко времени классического права установилось правило, что ее можно предъявлять ко всякому владельцу, ко всякому, «*qui tenet et habet restituendi facultatem*» («кто обладает и имеет возможность возвращения»). Собственнику, таким образом, было достаточно знать, кто владеет его вещью, чтобы он мог предъявить уже иск: если ответчик владеет не от себя, а от чужого имени (например, ему вещь дана кем — либо в аренду, на хранение и т. д.), то это его дело — отнести от себя иск указанием того, от чьего имени он владеет (*nominationis* или *laudatio auctoris*). Быть может, только одно исключение существовало в классическом праве на этот счет: против тех лиц, которые владеют вещью от имени самого истца (собственник желает предъявить *rei vindicatio* против своего же арендатора и т. д.), *rei vindicatio* не допускалась: истец должен был обратиться к иску из соответствующего контракта (*actio locati, depositi* и т. д.). Во всяком случае, в праве послеклассическом и это ограничение отпало. Даже более того, — *rei vindicatio* в некоторых случаях стала допускаться даже против лица невладеющего , против так называемого *fictus possessor*: именно против того, кто умышленно, для отклонения процесса от себя, передаст

вещь другому — *qui dolo desiit possidere*, и против того, кто, не владея, умышленно заявит, что он владеет, и этим подставит себя под процесс — *qui liti se optulit*. В виде штрафа такое лицо будет обвинено, как владелец.

К обязанности вернуть вещь для ответчика присоединяются разные дополнительные обязательства личного характера — так называемые *praestationes personales*, например, обязательство уплатить за ухудшение вещи, обязательство выдать доходы от вещи, причем в этом отношении различаются владельцы добросовестные и недобросовестные — *bonae fidei possessores* и *malae fidei possessores*; последние отвечают строже, чем первые.

С другой стороны, против *rei vindicatio* ответчик может делать известные возражения — *exceptiones*, доказывая, что он имеет право на удержание вещи — например, *exceptio ususfructus*, *exceptio rei pignorate et traditae*, *exceptio doli*, по поводу понесенных на вещь издержек и т. д.

Появление сервитутов вызвало необходимость новых процессуальных средств — и именно в двояком направлении.

а) Для защиты собственности от претензий на сервитут: кто — либо утверждает, что у него есть право проезда через мой участок, меж тем как этого, по моему мнению, нет. Для отражения такой претензии на сервитут уже в старом гражданском праве собственник имеет иск, получивший впоследствии название *actio negatoria*. В легисакционном процессе этот иск начинался с заявления собственника на суде — например: «*aio jus tibi non esse eundi agendi in fundo meo*», на что ответчик говорил: «*aio jus mihi esse eundi agendi*» etc. («утверждаю, что у тебя нет права прохода и проезда через мой участок» — «утверждаю, что у меня есть право прохода и проезда» и т. д.); затем следовала *provocatio sacramento* и т. д. В формулярном процессе иск ведется через посредство формулы «*Si paret No No jus non esse eundi agendi... iudex condemna, si non paret absolve*» («если окажется, что у Нумерия Нигидия нет права прохода и проезда ... ты, судья, осуди [его], если не окажется, оправдай»). Рядом с этой *actio negatoria* в классическом праве существовала, по — видимому, и некоторая разновидность ее — *actio prohibitoria* («*si paret Ao Ao jus esse prohibendi Nm Nm uti frui*» — «если окажется, что у Авла Агерия есть право запретить Нумерию Нигидию пользоваться и извлекать плоды...»), быть может, применявшаяся для защиты собственности от преторского сервитута (Ленель); но относительно этой разновидности мы осведомлены мало. Целью *actio negatoria* является признание свободы собственности от претендуемого сервитута и обеспечение от дальнейших посягательств — *cautio de non amplius turbando* («гарантия от дальнейших посягательств»).

б) Для защиты сервитута как против собственника, так и против других лиц, также уже старым гражданским правом был создан иск, носящий название *actio confessoria* и играющий по отношению к сервитуту такую же роль, как *rei vindicatio* по отношению к собственности (*vindicatio servitutis*). В легисакционном процессе иск начинался с заявления лица, имеющего право на сервитут, например: «*aio jus mihi esse eundi agendi in fundo tuo*»; собственник возражал и занимал положение ответчика. В формулярном процессе *actio confessoria* осуществляется формулой: «*si paret Ao Ao jus esse eundi agendi etc.*». Цель иска — признание сервитута и *cautio de non amplius turbando*.

Независимо от указанных основных исков, старому праву были известны и некоторые специальные иски для защиты собственников и сервитутно — управомоченных в известных случаях. Нужно, однако, сказать, что эти специальные средства, известные еще законам XII таблиц, были впоследствии настолько реформированы преторским правом, что мы не можем восстановить их теперь в их первоначальном, гражданском виде. Главнейшие из этих средств таковы:

1) *Actio finium regundorum*. Соседи должны были оставлять по меже свободной полосу земли в 2 1/2 фута каждый. В случае, если межевые знаки внутри этой 5-футовой полосы окажутся утраченными или спорными, то для восстановления межи (*controversia de fine*) назначается *arbitrium finium regundorum* («межевой суд») из землемеров (*agrimensores*). Если же спор касается частей земли за пределами межевой полосы, то это уже будет *controversia de loco*, причем спор должен быть разрешен в форме *rei vindicatio*. В юстиниановском праве это различие, однако, уже не существует.

2) *Actio aquae pluviae arcendae* — иск на тот случай, если сосед своими сооружениями меняет естественный сток дождевой воды в ущерб мне; иск этот имеет в виду, однако, лишь участки полевые (*agri*).

3) *Cautio damni infecti*. Если соседний участок грозит мне каким — либо вредом (например, здание соседа грозит рухнуть и в своем падении причинить мне вред), то уже гражданское право давало какое — то средство для обеспечения от этого будущего вреда. В чем оно состояло, неясно; во всяком случае, оно было затем заменено мерами преторского права (*stipulatio praetoria et missio in possessionem* — см. § 26).

4) *Operis novi nuntiatio*. Если сосед предпринимает какое — либо новое сооружение (*opus novum*), которое нарушает мои права (например, право проезда) или грозит мне вредом, то я могу заявить на месте работ (*in re praesenti*) свой протест (*nuntiatio*), вследствие чего работы должны быть немедленно приостановлены — под угрозой разрушения всего того, что после протеста будет

сделано (впоследствии преторское *interdictum demolitorium*). В случае неосновательности протеста между соседями возникнет процесс, но в какой форме он шел в старом гражданском праве, мы не знаем. Впоследствии, если сосед даст перед претором обеспечение моих убытков, он получает от него разрешение на продолжение работ, а нунциант должен обратиться к иску на основании того права, которое оказывается постройкой нарушено (*actio confessoria* и т. д.).

II. Институты преторского права

§ 58. Развитие защиты владения (*possessio*)

Помимо прав на вещи, большое значение имеет в жизни гражданского общества и чисто фактическое распределение вещей. Вещи принадлежат кому — нибудь на праве собственности, но далеко не всегда они находятся в руках собственников: часто они оказываются в обладании других лиц, причем это обладание может покоиться на каком — нибудь юридическом основании (вещь отдана внаймы, на сохранение и т. д.), но может быть и лишено такого основания (вещь куплена, но у лица, которое не было собственником и, следовательно, вещи продавать не могло); даже более того, — оно может стоять в противоречии с правом (вещь украдена, отнята силой и т. д.). Соответствует ли данное фактическое положение вещей праву или не соответствует, каким образом оно возникло и т. д. — все это вопросы дальнейшие; первое же, с чем мы встречаемся, когда приступаем к наблюдениям над распределением вещей в данном обществе, это простой факт нахождения их в обладании у тех или других лиц.

Такое фактическое обладание лица вещью, взятое независимо от вопроса о праве на него (*ius possidendi*) и от вопроса о способах его приобретения (*causa possessionis*), называется владением — *possessio*. Очевидно, что *possessio* юридически не имеет ничего общего с собственностью: «*nilhil commune habet proprietas cum possessione*» («собственность не имеет ничего общего с владением»), говорит Ульпиан (fr. 12. 1. D. 41. 2). Конечно, собственник может оказаться и владельцем (так, быть может, в большинстве случаев и бывает), но он будет тогда не как собственник, а как лицо, имеющее фактическую власть над вещью, и будет в этом отношении стоять принципиально на одной доске со всякими другими владельцами — даже недобросовестными.

Во всяком культурном обществе фактическое распределение вещей, как таковое, владение в описанном смысле, пользуется охраной от всякого насилия и посягательств со стороны частных лиц. Конечно, как было указано, факт владения иногда может не соответствовать праву, даже противоречить ему, но для восстановления права в подобных случаях указываются известные законные пути (обращение к суду), и если для такого восстановления понадобится насилие над владельцем (понадобится принудительно отобрать от него вещь), то это насилие будет произведено государством и его органами; для отдельных же частных лиц насилие и посягательство недопустимы. Этого требует культурное правосознание, растущее уважение человека к человеку. Этого же требует спокойствие гражданской жизни, гражданский мир, а вследствие этого даже интересы самих собственников.

Однако в истории этот культурный принцип охраны владения, как такового, появляется не сразу. Новому миру этот принцип в значительной степени был выяснен только римским правом, а в самом Риме он был провозглашен только претором, причем далеко не во всей своей полноте и ясности. Классическая юриспруденция много поработала над его уяснением и развитием, но и при всем том римская охрана владения отнюдь не является законченным зданием. Как бы то ни было, но самая постановка проблемы и ее принципиальное разрешение составляет одну из крупнейших заслуг римского — и именно преторского — права.

Каким образом претор дошел до мысли охранять владение, как таковое, — это вопрос и донныне спорный. По мнению одних ученых (Нибур, Савиньи, Дернбург, Коста и др.), преторская защита частных владений выросла из защиты *possessiones na agrı occupatorıı*. Но с этим мнением едва ли можно согласиться: охрана этих *possessiones* совершалась не преторами, а цензорами, и не в частном, а в публичном порядке. По мнению других (Пухта, Иеринг и т. д.), интердиктная защита последующего времени выросла из преторского регулирования владения спорной вещью на время процесса о собственности и вообще была создана в интересах лучшей охраны права собственности. Но и это мнение едва ли правильно: против него говорит не только указанное выше принципиальное отделение *proprietas* от *possessio*, проходящее красной нитью через все римское право от самых первых моментов появления владельческой защиты, но и то обстоятельство, что во владельческом (посессорном) процессе никакое — даже самое ясное — возражение о собственности не допускается. Ввиду этого безусловного предпочтения заслуживает третье мнение (Пернис и др.), которое усматривает генезис посессорной защиты в общей идее охраны гражданского мира и порядка, определяющей всю деятельность преторской власти.

Посессорные интердикты, служащие для защиты владения, мы едва ли поймем правильно,

если будем брать их изолированно, вне связи со всей совокупностью интердиктов вообще; *interdicta possessoria* представляют только один из видов интердиктов и, конечно, возникли первоначально из тех же соображений, какие вызвали к жизни всю систему интердиктивных средств. Мы уже видели выше (§ 19), что все преторское вмешательство в область частных отношений выросло из его функций чисто полицейских — из обязанности охранять гражданский мир и порядок. То обстоятельство, что древнейшими интердиктами являются такие, как *interdicta «ne quid in loco publico vel itinere publico fiat»* («дабы ничто на общественном месте или дороге не происходило»), «*ne quid flumine publico ripae ejus fiat»* («дабы ничто не происходило на общественной реке или берегу») и т. д., служит полным подтверждением этой мысли. Выше было сказано также и о том, что, отправляясь от идеи охраны гражданского мира, претор с течением времени все шире и шире распространял свое вмешательство в область частных, гражданских отношений.

Естественно, что эта идея гражданского мира в области вещных отношений должна была прежде всего привести претора к необходимости охранять факт владения от всяких покушений на самоуправство. Всякие проявления такого самоуправства, хотя бы даже исходящие от лиц, имеющих право на вещь, конечно, были чреваты разными потрясениями общественного порядка, а первую задачу претора было обеспечивать этот порядок. Так возникли посессорные интердикты и, по — видимому, довольно рано: они уже упоминаются у Плавта (Плавт — выдающийся римский комедиограф (250–184 г. до н. э.), из 130 написанных им комедий до нас дошла 21, в его комедиях зримо отражены повседневные реалии римской жизни, в том числе их правовые аспекты), то есть приблизительно за 200 лет до Р.Х. Но, конечно, они возникли не сразу в таком виде, в каком мы их встречаем впоследствии. Долгое время преторская практика шла ощупью, от случая к случаю, руководясь не столько ясным сознанием таких или иных общих принципов, сколько непосредственными запросами жизни.

Посессорные интердикты делятся на две категории: одни имеют своей целью охрану наличного владения от посягательств — *interdicta retinendae possessionis*, другие — восстановление уже нарушенного, отнятого владения — *interdicta recuperandae possessionis*. Третья категория — так называемые *interdicta adipiscendae possessionis* — интердикты, направленные на получение владения вновь (например, *interdicta quorum bonorum* для получения владения наследством), — не принадлежит уже к посессорным средствам в истинном смысле, так как истец здесь опирается не на факт владения, а на такое или иное (хотя и преторское) право.

К *interdicta retinendae possessionis* относятся два:

a) *Interdictum uti possidetis* предназначен для охраны владения недвижимостями. Формула приказа, с которой претор обращался к сторонам и от основных слов которой получил свое название самый интердикт, передана нам так (fr. 1 pr. D. 43. 17): «*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possideatis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*» («если зданиями, о которых идет речь, вы владеете, не получив владение насильственно, тайно или до востребования один от другого, запрещаю применять насилие для изменения имеющегося владения»). Как видно из этой формулы, интердиктом защищается наличное владение, — однако, с оговоркой: «если нынешний владелец не приобрел своего владения насильствием (*vi*), тайно (*clam*) или путем просьбы до востребования (*precario*) от противника (*alter ab altero*)». Если это имело место, тогда наличное владение будет по отношению к противнику порочным (*exceptio vitiosae possessionis*), и должно быть возвращено этому последнему; в таком случае *interdictum uti possidetis* будет иметь так называемую рекуператорную функцию. Но возражение подобного рода допускается только для того, у кого владение было отнято *vi, clam aut precario*; для посторонних же лиц даже такое владение должно быть неприкосновенным.

b) *Interdictum utrubi* предназначен для защиты владения движимостями. Формула его гласила так (Gai. IV. 150. 160): «*Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto*» («запрещаю применять насилие с целью увести раба к себе против того, у кого он [раб] имеется в наличии, пробыв у него большую часть последнего года и не будучи взят насильственно, тайно или до востребования у того, кто претендует на владение»). Охраняется и здесь наличный владелец, но уже с двумя оговорками: а) если он не приобрел своего владения *vi, clam aut precario ab adversario*, и б) если он владел спорной вещью на протяжении последнего года большую часть времени, чем его противник. Последняя оговорка отличает *interdictum utrubi* от *interdictum uti possidetis* и усиливает рекуператорную функцию *interdictum utrubi*, давая лицу, утратившему владение, возможность предъявить его против менее продолжительного владельца с целью самого возвращения владения. Нужно, однако, сказать, что это отличие *interdictum utrubi* в праве Юстиниана было отменено (§ 4a Inst. 4. 15), и оба интердикта были уравнены.

К категории *interdicta recuperandae possessionis* относится в истинном смысле только один интердикт — именно *interdictum de vi* или *unde vi* (о насилии). Цель его — возвращение владения недвижимостью, отнятой насильем (изгнанием, *dejectio*). В классическом праве, впрочем, существовало два интердикта *de vi*: один — *interdictum de vi cotidiana* (обычное насилие), другой —

interdictum de vi armata (вооруженное), причем в этом втором интердикте (когда насилие было произведено вооруженной толпой) не допускалась *exceptio vitiosae possessionis* (то есть ссылка на порочность владения нынешнего владельца, лишаящая его защиты против посягательств на владение по общему правилу). В праве Юстиниана оба эти интердикта были слиты в один *interdictum de vi*, причем недопустимость *exceptio vitiosae possessionis* стала общей нормой: таким образом, изгнавший не может оправдаться тем, что он сам был перед этим изгнан противником; насилие (*vis*) недопустимо даже в виде ответа на насилие. Особенностью *interdictum de vi* является то, что он может быть предъявлен против изгнавшего (дейициента) даже тогда, если он уже не владеет: ответственность по интердикту имеет в этом случае штрафной (деликтный) характер.

Какого — либо особого интердикта для возвращения владения движимой вещью не существовало: потребность в этом удовлетворялась указанной выше рекуператорной функцией *interdictum utrobi*.

К числу *interdicta recuperandae possessionis* относят иногда еще *interdictum de precario* — интердикт о возвращении вещи, отданной в *precarium* (пользование до востребования; *precarium* практиковалось в отношениях между патроном и клиентом, патроном и вольноотпущенником и т. п.). Но этот интердикт не принадлежит к числу чисто владельческих: основанием его является не простое владение, а *precarium*, то есть некоторое юридическое, правовое отношение между сторонами. — Некоторые относят сюда, далее, особый *interdictum de clandestina possessione* — о возвращении владения недвижимостью, оккупированной тайком; но самое существование такого интердикта недостоверно.

Уже изложенное строение посессорных интердиктов и их история свидетельствует о том, что защита владения создавалась претором не по одному, заранее установленному плану, а по частям и разновременно, чем и объясняется как множественность владельческих средств, так и их взаимная несогласованность.

Применение владельческих интердиктов поставило перед практикой и теорией вопрос о том, каким признакам должно удовлетворять владение, чтобы получить право на защиту. Мало — помалу римскими юристами была выработана теория владения, основные положения которой сводятся к следующему.

Владение, хотя и фактическое господство над вещью, не может быть, однако, признано владением в истинном смысле, если оно не соединено с волей лица владеть. Поэтому нет владения в юридическом смысле, например, в том случае, когда спящему кто — нибудь вложил вещь в руку; на том же основании нельзя признавать владения, приобретенного лицами недееспособными (малолетними, безумными и т. д.), ибо их воля юридически не признается: все эти лица «*affectionem tenendi non habent*» («не имеют сознания обладания», fr. 1. 3. D. 41. 2). Ввиду этого римские юристы учили, что для наличности *possessio* необходимы два элемента — *corpus possessionis*, фактическая власть над вещью, и *animus possidendi*, воля владеть. Владение, таким образом, приобретает, когда оба элемента соединяются в одном лице («*apiscimur possessionem animo et corpore*» — «мы получаем владение волей и телесным воздействием», fr. 3. 1. D. 41. 2); владение теряется, когда один из этих элементов исчезает («*amittimur possessionem aut animo aut corpore*» «владение теряется либо утратой воли, либо физической связи с вещью»).

Но не всякое владение, даже при наличности обоих этих элементов, заслуживало, по учению римских юристов, самостоятельной защиты, и в этом отношении они различали юридическое, защищаемое владение, *possessio*, и владение незащищаемое, *detentio* (или «*in possessione esse*»). Но принципиального критерия для отграничения *possessio* от *detentio* они не дали. Наиболее близким к истине критерием является характер *animus possidendi*: если кто — либо владеет *alieno nomine*, от чужого имени (например, вещь дана мне кем — либо внаймы, в пользование, на сохранение и т. д.), то мы будем иметь *detentio*; если же владение соединено с *animus suo nomine possidere* («владеть от своего имени»), мы будем иметь *possessio* (такой *animus* будет у собственника, у добросовестного приобретателя, но он будет и у вора). Только *possessor suo nomine* может претендовать от своего имени на защиту владения; владение же детентора должно быть защищено не им, а тем, от чьего имени он владеет.

Однако, этот критерий неточен. В целом ряде случаев, где мы имеем бесспорное владение *alieno nomine*, претор тем не менее давал самостоятельную интердиктную защиту; таково владение кредитора заложенной ему вещью, владение прекариста (получившего вещь в *precarium*), владение секвестария (того, кому была двумя спорящими лицами передана на сохранение спорная вещь до разрешения их спора), эмфитевтического и суперфициарного владельца (см. § 60). Все это случаи так называемого производного владения. В основе этих исключений лежит не тот или другой теоретический принцип (как думают некоторые и до сих пор, — например, Зомм), а та же самая постепенная историческая эволюция, вызывавшаяся чисто практическими соображениями. На первых порах, вероятно, самостоятельная защита давалась только владельцам *suo nomine*; детенторов защищали те, от чьего имени они владели. Но мало — помалу обнаружилось случаи, где такой защиты для детенторов было недостаточно. Я, например, отдал вещь в залог, но уже потерял

надежду ее выкупить; если кто — либо отнимет вещь у кредитора, я вовсе не склонен буду защищать ненужное мне владение, и кредитор останется вовсе без защиты. Даже если я предъявлю интердикт о защите владения, то вещь будет возвращена мне, что вовсе не в интересах кредитора. Таким образом, оказывалась существенно необходимой самостоятельная защита для *creditor pignericus*. Аналогичные соображения могли возникнуть и в других случаях, и таким образом создавался указанный ряд исключений. Этими исключениями римское право вступило на путь постепенного расширения сферы защищаемого владения, — путь, по которому пошло далее право новых народов, закончившееся в новейших кодификациях признанием всякого владения (даже владения *alieno nomine*) защищаемым.

Наконец, вопрос о владении возникал и в тех случаях, когда кто — либо фактически осуществлял содержание какого — либо сервитута — например, кто — либо пользовался вещью, как usufructуарий, кто — либо пользовался проездом через чужое имение и т. д. Можно ли в случае нарушения кем — либо такого фактического пользования претендовать на интердиктную защиту? Римские юристы ответили на этот вопрос утвердительно, признав, что в случаях этого рода есть «как бы владение правом» — *juris quasi — possessio* (fr. 20. D. 8. 1). В действительности, мы имеем здесь не «как бы владение правом», а самое подлинное владение вещью, только владение не всестороннее, а ограниченное в своем содержании. Тем не менее, эта теоретически неправильная конструкция сыграла большую роль в юриспруденции новых народов, которая понятие *juris quasi possessio* распространила далеко за римские пределы — на права обязательственные, семейственные, даже публичные.

Как бы то ни было, но институт владения, как фактического господства, независимого от права на него, утвержденный преторским эдиктом и разработанный классическими юристами, стал с той поры прочным достоянием всякого сколько — нибудь развитого гражданского права.

§ 59. Бонитарная собственность и *bonae fidei possessio*

Защищая всякое, даже недобросовестное, владение при помощи интердиктов, претор в дальнейшей своей практике не мог не обратить внимания на то обстоятельство, что среди всей массы разнообразных случаев владения есть некоторые особенные виды его, которые заслуживают большего внимания и большей защиты. Два случая особенно выделялись в этом отношении.

1) Как уже известно, гражданское право требовало для передачи права собственности на *res mancipi* формальных актов *mancipatio* или *in jure cessio*. Если почему — либо эти формальности не были соблюдены (они вовсе не были соблюдены: вещь была просто передана путем *traditio*; или же они были соблюдены, но, например, оказалось, что один из пяти приглашенных свидетелей не имел необходимой дееспособности), то право собственности не переходило, отчуждатель оставался *dominus ex jure Quiritium*, а приобретатель делался только владельцем вещи: *jus Quiritium* он мог приобрести только посредством давности. Конечно, такой приобретатель мог защищать свое владение посредством владельческих интердиктов и не только против посторонних лиц, но и против самого квирицкого собственника; но посессорная защита не есть окончательная: отчуждатель мог предъявить петиторный иск — *rei vindicatio*, — и тогда приобретатель должен был вещь ему вернуть.

Такая несправедливость не могла не обратить на себя внимания претора — недобросовестные люди могли сделать из этого для себя средство наживы: продав вещь и получив деньги, они могли ее потребовать назад. Тем более, что с развитием оборота самые формальности старого гражданского права утрачивали свой смысл и стесняли в быстроте деловых отношений. Ввиду этого для того, чтобы парализовать возможность указанной недобросовестности со стороны продавцов, претор стал давать приобретателям *exceptio rei venditae et traditae* (возражение ответчика с указанием на то, что вещь была продана и передана) и тем охранял их от нападений со стороны отчуждателей.

Но этого было мало. Вещь могла каким — нибудь образом очутиться во владении отчуждателя (купленная мною лошадь убежала обратно во двор продавца и т. п.) или в руках третьих лиц; каким образом покупатель мог вытребовать ее назад? Интердиктная защита сплошь и рядом могла оказаться недостаточной — например, вследствие того, что при *interdictum utrobi* защищался тот, кто владел большую часть времени в течение последнего года; если купленная мною лошадь на другой день ушла от меня к продавцу, я получить ее при помощи этого единственного для движимых вещей интердикта не мог (продавец владел ею больше, чем я). Между тем было очевидно, что раз претор признал справедливым защищать покупателя от *rei vindicatio* продавца, то необходимо продолжить эту защиту, дав покупщику не только *exceptio*, но и какой — нибудь иск для получения приобретенной им вещи как от самого продавца, так и от посторонних лиц.

2) Аналогичная потребность выяснилась и в другом случае. Если до сих пор мы имели дело с пороком формальным в акте приобретения (несоблюдение формы), то с развитием оборота не менее часто стали встречаться случаи порока материального. Кто — либо приобрел вещь, даже с соблюдением всех необходимых формальностей (если дело шло о *res mancipi*), и владеет ею в полной уверенности (*bona fides*), что он собственник. Но затем оказывается, что то лицо, у которого

вещь была куплена, само не было собственником, что вещь куплена а non domino («от несобственника», например, я купил вещь у законного наследника; впоследствии было обнаружено завещание, которым все наследство передано другому лицу). Законный собственник может, конечно, теперь предъявить rei vindicatio и отобрать вещь; приобретатель и в этом случае станет собственником лишь по истечении usucapio. Но, если нет оснований защищать приобретателя от законного собственника, то иначе обстоит дело по отношению к посторонним лицам: пока собственник не требует от меня вещи, я все же имею на нее больше прав, чем кто — либо другой. Если при таких условиях вещь, добросовестно мною приобретенная, очутится в руках постороннего лица, справедливость требует, чтобы мне было дано какое — либо средство для получения ее обратно. Конечно, и здесь будет достаточно посессорных интердиктов, но не всегда; необходимо и здесь какое — либо более прочное средство, необходим какой — либо иск.

Оба указанные случая были разрешены одновременно. В последнем столетии республики некоторым претором Публицием (точнее ни имени претора, ни времени реформы мы не знаем) был издан эдикт, получивший название edictum Publicianum, который и установил желательный в обоих случаях иск.

Текст этого эдикта до нас в подлинном виде не сохранился, и современные исследователи спорят даже о том, был ли это один эдикт, охватывавший оба случая, или же два отдельных эдикта для каждого случая в отдельности. Ленель, известный своей реконструкцией преторского эдикта, стоявший сначала на точке зрения двух отдельных эдиктов, впоследствии переменял свое мнение и в настоящее время думает, что оба случая охватывались одним общим обещанием претора. Весьма вероятно, что это обещание гласило так: «Si quis id, quod traditum erit ex justa causa et nondum usucaptum, petit, iudicium dabo» («если кто — либо требует то, что было неформально передано на законном основании, но еще не обретоно в собственность по давности владения, я дам ему возможность подать иск»).

Иск, который на основании этого эдикта давался, как в первом, так и во втором случае, носил название Publiciana in rem actio. Формула этого иска передана нам Гаем (Gai. IV, 36): «Iudex esto. Si quem hominem As As emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret et reliqua» (то есть: si is homo Ao Ao arbitrio tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve — Гай, Институции, IV, 36. «Да будет назначен судья. Если того раба Авл Агерий купил и он ему передан [продавцом], тогда, если он провладел бы им в течение года, то следовало бы, что тот, принадлежащий ему по праву квинритов, и остальное» (то есть: «если этот раб по твоему решению не возвратится к Авлу Агерию, то сколько эта вещь стоит, на такую денежную сумму ты, судья, Нумерия Нигидия осуди в пользу Авла Агерия, если не окажется [этих обстоятельств], оправдай»)). Как видно из этой формулы, actio Publiciana есть actio ficticia: иск построен на фикции исполненной давности; им защищается только такой владелец, который может приобрести собственность по давности, и защита его является как бы предварением этой возможной в будущем собственности. В этом отношении оба описанные случая сходятся, но они расходятся в других отношениях, вследствие чего actio Publiciana приводит к последствиям далеко не одинаковым.

В первом случае (вещь приобретена от собственника, но лишь без соблюдения формальностей) actio Publiciana дается приобретателю не только против третьих лиц, но и против самого квинритского собственника. Вследствие этого в руках такого приобретателя оказалось теперь прочное право на вещь, защищаемое абсолютно против всех. Конечно, прежний собственник сохраняет свое nudum jus Quiritium, ибо такового претор у него отнять не может; с другой стороны, приобретатель пока не имеет квинритского права; тем не менее вещь прочно входит теперь в состав его имущества, in bonis ejus est, принадлежит ему на праве, аналогичном собственности. Так образовалась рядом со старой квинритской собственностью новая собственность — преторская или бонитарная (от слова «bonus» — «хороший, добрый», ср. русск. «мое добро» в смысле «мое имущество»), которая затем нашла себе широкое применение в целом ряде других отношений: собственность преторского наследника (bonorum possessor), собственность в случае missio ex secundo decreto при cautio damni infecti и т. д.

Во втором случае (покупка bona fide не несобственника) actio Publiciana не имеет такой безусловной силы. Прежде всего, этот иск бессилен против действительного собственника вещи. Римское право (в противоположность праву новых народов) строго держится принципа «nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet» («никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам»): раз продавец не имел права собственности, не может иметь его и покупатель; продажа моей вещи лицом, не имеющим на то права, не может лишить меня моей собственности. Ввиду этого, если приобретатель вещи предъявит actio Publiciana против действительного собственника, последний может противопоставить этому иску exceptio justae dominii («никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам»). Кроме того, этот иск бессилен против другого такого же добросовестного приобретателя той же вещи (например, лошадь, купленная мною у несобственника, убежала, кем — то была поймана и продана другому лицу, которое также считало

продавца собственником), так как нет основания предпочитать одного добросовестного владельца другому: «in pari causa melior est conditio possidentis» («в равных условиях положение владельца лучше»). Таким образом, *actio Publiciana* в этом втором случае идет только против худших владельцев (против *malae fidei possessores* — «недобросовестных владельцев»), но все же против всех худших владельцев, и в этом смысле есть также *in rem actio*.

Благодаря этому иску в его втором применении в истории римского права возник новый преторский институт добросовестного владения, *bonae fidei possessio*. Добросовестное владение перестало быть только простым фактом, оно возвысилось до степени некоторого относительно — вещного права, охраняемого преторским иском, и тем было выделено из общей массы простых *possessiones*.

§ 60. Преторские права на чужую вещь

1. Из прав пользования чужой вещью претором прежде всего были взяты под свою охрану единственные гражданские права этого рода — сервитуты. Гражданский иск для защиты их — *actio confessoria* — был дополнен целым рядом преторских средств, которые значительно облегчили положение лиц сервитутноуправомоченных. Фактическое пользование сервитутом, как указано, было подведено под понятие владения (*juris quasi — possessio*), вследствие чего некоторые сервитуты, например, *ususfructus*, стали защищаться при помощи обыкновенных посессорных интердиктов, лишь несколько модифицированных — *interdicta utilia*. Кроме того, для массы отдельных сервитутов в преторском эдикте были установлены специальные интердикты — *interdictes de itinere actuque privato, de aqua, de fonte, de cloacis* и т. д.

Помимо этой, лучшей охраны гражданских сервитутов, практика преторов и провинциальных наместников привела к признанию сервитутов преторских и провинциальных.

Уже появление собственности бонитарной должно было поставить на очередь вопрос о защите соответствующих ей сервитутов: часто бонитарная собственность на участок заключала в себе, как принадлежность, и право на какой — нибудь сервитут (например, право проезда через соседний участок); раз претор стал защищать бонитарного владельца, как собственника, он, естественно, должен был охранять его и в осуществлении сервитута. Но и независимо от этого, формальные акты *mancipatio* и *in jure cessio*, при помощи которых должны были устанавливаться гражданские сервитуты, стали также часто опускаться и здесь, как они опускались при передаче права собственности. Если претор, невзирая на опущение формальностей, стал защищать приобретателя вещи, то та же справедливость требовала от него, чтобы он защищал и сервитуты, установленные без соблюдения тех же формальностей (fr. 1. 9. D. 43. 18). На провинциальные земли, как выше было указано, гражданские права (даже для *cives romani*) были невозможны. Между тем, там, конечно, существовали свои собственники, которые, хотя и носили скромное название *possessores*, тем не менее судами провинциальных наместников рассматривались и защищались, как действительные собственники (собственность провинциальная). Точно так же там существовали и свои сервитутные отношения, которые должны были охраняться провинциальным правом.

Ввиду этого как для преторов, так и для провинциальных наместников возникал существенно важный вопрос: если формальные акты *mancipatio* и *in jure cessio* не применяются или неприменимы, то каким же иным образом могут быть установлены сервитуты? Ответ был дан самой жизнью, в которой выработался новый способ установления сервитутов — *ractionibus et stipulationibus* (Gai. II. 31). Лица, желавшие установить сервитут, заключали между собой об этом соглашение (*ratio*), которое подкреплялось затем формальным обещанием (*stipulatio*) того, на чье имя сервитут налагался, предоставить пользование этим сервитутом (*uti frui licere, ire agere licere* и т. д.). Вероятно, на первых порах такой договор создавал только обязательственные отношения между сторонами, но, по — видимому (спорно: многие, например, Дернбург, Виндшейд и др. только обязательственную силу признают и для позднейшего времени), впоследствии претор стал давать и вещный иск против всех — *actio confessoria utilis*. С окончательным отпадением *mancipatio* и *in jure cessio* в позднейшем праве *ratio et stipulatio* сделались нормальным способом установления сервитутов вообще, то есть перешли и в гражданское право последней формации.

Кроме этого способа, в классическом праве вырабатывается и другой преторский способ установления сервитутов — именно *quasi — traditio* (псевдотрадиция), то есть фактическое предоставление пользования, хотя между юристами значение *quasi — traditio* было спорно (ср. отрицательное мнение Помпония в fr. 3. 2. D. 19. 1 и положительное Яволена в fr. 20. D. 8. 1). Признание возможности *quasi — possessio* сервитутами естественно должно было вызвать мысль о возможности по отношению к ним *quasi — traditio* с тем же значением, какое имела *traditio* в процессе перехода права собственности.

Указанными нововведениями в области сервитутного права деятельность претора, однако, не ограничилась; им были созданы два новых вида прав пользования чужими вещами, которые были совершенно неизвестны гражданскому праву — именно *superficies* и право на *agri vectigales*,

получившее впоследствии название *emphyteusis* .

a) *Superficies* . Уже в период республики государство и отдельные городские общины сдавали нередко участки городской земли для возведения построек с тем, что выстроивший получает право на продолжительное или даже бессрочное пользование участком под постройкой за известный ежегодный оброк (*solarium*). С течением времени к такому же способу сдачи земель стали прибегать и частные лица. Это и есть *superficies* . Поскольку дело касалось земель государственных, возникающие из такой сдачи отношения регулировались юрисдикцией цензоров; но когда дело шло о землях муниципий или частных лиц, эти отношения подлежали ведению претора. Договор сдачи земли под выстройку по существу сначала рассматривался, как обыкновенный договор аренды, вследствие чего съемщик — суперфициарий — имел только обязательственное требование к хозяину, а не *jus in rem*. Но затем претор совершенно справедливо выделил его из ряда обыкновенных, краткосрочных арендаторов, дав суперфициарию особые средства защиты. Сначала он создал для него специальный интердикт — *interdictum de superficie* , аналогичный *interdictum uti possidetis*, а затем стал давать и *actio in factum* , иск, аналогичный *rei vindicatio*, при помощи которого суперфиций мог защищать свое право пользования землей (например, требовать возвращения ему участка) от всех посторонних лиц и от самого собственника. Вследствие этого *superficies* из личного права превратилась в вещное и притом в особое право на чужую вещь , так как земля и постройка (по правилу «*superficies solo cedit*» — «возведенное на участке следует за участком») считаются собственностью хозяина. Это есть право на пользование чужой вещью; в этом *superficies* сходна с сервитутами, но отличается от них своим содержанием (fr. 1. D. 43. 18).

b) *Jus in agro vectigali* . Аналогичный процесс превращения обязательственного права в вещное мы наблюдаем и в другой области. Так же точно, как под выстройку, государство, город, а потом и частные владельцы сдавали нередко свои земли за известный ежегодный оброк (*vectigal*) в наследственную и даже вечную аренду — «*in annos centenos pluresve*» («на 100 лет и более») или «*in perpetuum*» («навечно») — с тем, что пока *vectigal* вносится, земля ни у самого съемщика, ни у его правопреемника отобрана быть не может (fr. 1 D. 6. 3). И здесь, как при *superficies*, во внимание к такому продолжительному праву съемщика претор стал давать ему как посессорные интердикты, так и *actio in rem* — иск, аналогичный *rei vindicatio* против всех, даже и против собственника. Вследствие этого и это право приобрело характер особого вещного права на чужую вещь.

Характерной чертой всех указанных преторских прав на чужие вещи (преторских сервитутов, *superficies* и *jus in agro vectigali*) является то обстоятельство, что для установления всех их не требуется какого — либо особого вещного акта — не только формального (вроде гражданской *mancipatio* или *in jure cessio*), но даже и бесформального (вроде *traditio*); простой договор уже сам по себе создает и вещное право. Это объясняется тем, что преторские иски против всех (*actiones in rem*) возникли исторически во всех указанных случаях в качестве простой практической прибавки к личным искам из договора.

2. Но, быть может, самым важным из преторских нововведений в области прав на чужие вещи является создание закладного права .

Мы знаем, что гражданское право закладного права в истинном смысле не знало; институт *fiducia* , удовлетворявший там целям реального кредита, представлял собою не установление закладного права, а перенесение самого права собственности на вещь. Выше было также указано, что в старом гражданском праве должник даже не имел личного иска против кредитора на случай невозвращения вещи по уплате долга. Претор усовершенствовал институт *fiducia* тем, что стал давать должнику в этом случае личный иск — *actio fiduciae* , обвинение, которое, сверх возмещения материального, навлекало на кредитора и бесчестие моральное — *infamia*.

Но этот иск облегчал положение должника только отчасти; другие стороны *fiducia* оставались в силе, — и прежде всего то обстоятельство, что должник лишался своего права собственности; если кредитор продаст вещь, то она уйдет от должника окончательно, а личный иск — *actio fiduciae* — может оказаться для него бесполезным (например, в случае несостоятельности кредитора).

Ввиду этого — и, без сомнения, уже очень рано — стали прибегать к залогоу бесформальному — так называемому *ignus* : должник просто (без *mancipatio* и *in jure cessio*) передавал кредитору какую — нибудь из своих вещей не в собственность, а в простое владение , причем вся обеспечительная сила такого залога заключалась только в том, что кредитор мог удерживать вещь у себя, пока долг не будет уплачен (так сказать, арест вещи). Мы видели выше, что претор снабдил владение кредитора самостоятельной интердиктной защитой не только против лиц посторонних, но и против самого залогодателя. Но эта защита была, конечно, неполной: интердикты часто могли оказаться безрезультатными.

Ясно, что, если *fiducia* на первый план ставила интересы кредитора, то при описанном характере *ignus* мы имеем противоположную крайность: интересы кредитора обеспечены чрезвычайно слабо. Задачей будущего было найти справедливую середину: с одной стороны, сохранив за должником право собственности, создать в руках кредитора вещное право на заложенную вещь, а с другой стороны — определить это право как право на распоряжение вещью на

случай неуплаты долга. И действительно, в дальнейшем работа идет в этих двух направлениях.

Но к этой основной задаче присоединилась добавочная. Как при *fiducia*, так и при *pignus*, при всем их глубоком юридическом различии между собой, было одно общее, что не могло не стеснять до крайности известные виды кредита: это — необходимость для лица, нуждающегося в кредите, лишиться на время вещи. Между тем, самый кредит нередко нужен для этой вещи — например, для улучшения обработки той же земли, которая теперь должна быть передана кредитору, хотя б и в простое *pignus*. Получить ссуду и в то же время удержать в своих руках заложенную вещь для должника возможно было лишь обходным путем: передав вещь кредитору, он должен был выпросить ее себе в *precarium*, т. е. во владение до востребования. Что такие просьбы о *precarium* встречались часто даже в позднейшее время, об этом свидетельствуют юстиниановские компиляторы в одной из своих интерполяций к тексту ульпиановского комментария (fr. 6. 4. D. 43. 26: «*cotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt*» — «ведь ежедневно упрашиваются кредиторы отдать вещи до востребования теми, кто [их] отдал в ручной залог»). Но этот обходной путь, даже в случае согласия кредитора, ставил должника в полную зависимость от него: в любой момент, даже до наступления срока платежа, кредитор мог потребовать выдачи вещи (посредством *interdictum de precario*) и тем, быть может, разрушить все хозяйственные расчеты должника. Между тем, развитие экономических отношений требовало создания и такой формы реального обеспечения, при которой вещь, считаясь заложенной кредитору, до наступления срока платежа оставалась бы в руках должника. Особенно сильна была нужда в этом для ссуд под залог недвижимостей.

Если потребность в такой форме ощущалась все сильнее и сильнее, то, с другой стороны, в окружающей действительности встречались и образцы для надлежащего разрешения задачи.

Так, государство и муниципии, вступая в договоры (откупа или подряда) с компаниями капиталистов, естественно, нуждались в таком или ином обеспечении со стороны последних в исправном исполнении договора. Такое обеспечение осуществлялось *praefibus praediisque*: компания капиталистов выставляла поручителей (*praedes*) и указывала земли, имения (*praedia*), которые могли быть проданы на случай их неисправности и которые с этой целью описывались (*praedia subsignata*). До наступления неисправности эти *praedia* оставались в собственности и во владении их хозяев и лишь в случае неисправности они (в чьих бы руках они к тому времени ни оказались) подвергались продаже (*venditio ex lege praediatoria*). Такая форма обеспечения называется предиатурой; как видим, она имеет все существенные черты залога, но она применялась лишь в отношении казны и муниципий (ср. *lex Malacitana*. 64, 65, Girard P. Textes. p. 115–116).

С другой стороны, несомненно, в греческих и эллинизированных провинциях, а также в греческих городах южной Италии уже существовала аналогичная форма залога под именем ипотеки (*hypotheca*) даже в отношениях между частными лицами.

Наконец, и описанные выше случаи *pignus* с *precarium* могли наводить на мысль о возможности усовершенствовать эту форму, придав положению должника более независимый от кредитора характер.

Как бы то ни было, но новая форма залога, получившая впоследствии название *hypotheca* и сохранившая это название до сих пор (согласно исследованиям Фера, это название официально введено в римский юридический язык только Юстинианом и в «*Corpus*» везде интерполировано; классические юристы говорили о «*rem pignori obligare*»), проникла и в частный римский оборот, получив свою санкцию в преторском эдикте. Можно спорить о том, какой из указанных выше образцов сыграл в деле выработки этой формы главную роль: по мнению одних (Дернбург) — греческая *hypotheca*, по мнению других (Йордан, Маниг) — предиатура, по мнению третьих (Герцен) — *pignus*. Во всяком случае, конкретно историческое возникновение этой формы в римском праве представляется в следующем виде.

Древнейшим случаем, где нашла себе осуществление идея ипотеки, был залог движимости квартиранта или арендатора. С развитием найма квартир и мелких сельских участков установился обычай, что все привезенное с собой квартирантом или арендатором, все так называемое *illata, invecta, inducta* (мебель, сельскохозяйственные орудия и т. д.) закладывались хозяину с целью обеспечения исправного выполнения обязанностей из найма со стороны квартиранта или арендатора. Весьма вероятно, что этот обычай выработался на почве договоров о *pignus* и *precarium*. Квартирант, таким образом, оставался собственником и владельцем своей движимости, но она была *pignori obligatio* в пользу кредитора; в случае неуплаты квартирных денег кредитор мог не выпустить вещей из квартиры. Отношения этого рода в последнем столетии республики, когда масса бедноты ютилась по наемным квартирам и сидела на мелких участках, вызывали, по — видимому, много жалоб и злоупотреблений, а вследствие этого и особое внимание претора. В городах особенно часты были злоупотребления со стороны домохозяев: под предлогом каких — либо неисправностей по вине квартиранта хозяева часто не выпускали вещей последнего и этим лишали его возможности переселиться на другую квартиру. Чтобы облегчить положение квартирантов, претор стал давать им *interdictum de migrando* (pr. и § 1. D. 43. 32). По поводу аренды сельских участков, напротив, более затруднительным оказывалось положение хозяев: находясь вне постоянного надзора, арендатор

легко мог вывезти вещи. Для того, чтобы предоставить хозяевам возможность получить эти вещи, преторский эдикт установил особое средство — *interdictum Salvianum* (Gai. IV. 147). Но этот интердикт направлялся только против самого *colonus*, а не против третьих лиц; для того же, чтобы вытребовать *iliata invecata, inducta* от последних, несколько позже был установлен другой иск — *actio Serviana*. Благодаря этому последнему иску, право хозяина на инвентарь арендатора приобрело характер настоящего вещного права: хозяин мог отыскивать эти вещи из рук всякого владельца их.

Actio Serviana, установленная для одного частного случая, явилась первой брешью в стене, загромождавшей свободное развитие залогового права. Ипотека, признанная для одного случая, требовала себе признания и в других, — и в классическом праве появляется, наконец, под названием *actio quasi — Serviana* или *actio hypothecaria in rem*, общий иск для всех тех случаев, когда по договору сторон залог установлен в форме ипотеки, то есть с сохранением в руках должника как собственности, так и владения заложенной вещью. В случае неуплаты долга кредитор может посредством этого иска вытребовать заложенную вещь себе как от самого залогодателя, так и от всех посторонних лиц; последующие распоряжения залогодателя относительно вещи для кредитора не имеют значения (§ 7 Inst. 4. 6).

Но раз вещное право было признано для случаев ипотеки, тем более необходимо было признать его и для случаев *pignus*, и действительно, *actio quasi — Serviana* стала применяться и здесь под именем *actio pigneraticia*.

Так была разрешена задача в одном направлении: залоговое право стало подлинным вещным правом, причем были выработаны две формы залога: с передачей владения — *pignus* и без передачи его — *hypotheca*. Обе формы существуют рядом на выбор сторон, хотя в то же время сохраняется и старая гражданская форма *fiducia*. Для своего установления *hypotheca* не нуждается в каком — либо особом вещном акте: вещное право возникает уже с момента соглашения.

Оставалась, однако, еще неразрешенной задача в другом направлении: надо было определить существенное содержание залогового права.

Как было указано, на первых порах *pignus* предоставляло кредитору только право удерживать вещь до уплаты долга; каких — либо иных прав кредитор не имел; продажа вещи, даже в случае неуплаты долга, являлась с его стороны *furtum* (кража). Но, разумеется, это было слабое обеспечение, и обыкновенно при самом установлении *pignus* кредитор выговаривал себе добавочные права: или право продать вещь — *pactum de vendendo*, или же право удержать вещь в собственность — *lex commissoria*. Но в обоих случаях необходимо было особое соглашение об этом, так как ни то ни другое право само собою не подразумевалось. То же самое имело место и в случаях ипотеки. В таком виде залоговое право существует еще в первые столетия империи: юрист Яволен, например, говорит, что продажа вещи без *pactum de vendendo* составляет *furtum* (fr. 74. D. 47. 2).

Мало — помалу, однако, все более и более выясняется, что залоговое право без права продажи лишено своего надлежащего обеспечительного значения, и юристы конца классического периода начинают всякий залоговой договор толковать в том смысле, что кредитору самим этим договором предоставляется *jus vendendi*; если же стороны этого права не желают, они должны особым соглашением его исключить (Ульпиан — fr. 4 D. 13. 7). Таким образом, если ранее было необходимо особое *pactum de vendendo*, то теперь необходимо особое *pactum de non vendendo* (соглашение о запрете продажи кредитором заложенной вещи).

Наконец, в праве послеклассического развития было завершено. С одной стороны, император Константин запретил *lex commissoria*, как соглашение, по большей части прикрывающее сделки ростовщические. С другой стороны, Юстиниан постановил, что даже *pactum de non vendendo* не устраняет права продажи в случае неуплаты долга, а лишь несколько затрудняет его, возлагая на кредитора обязанность три раза предварительно напомнить должнику об уплате. В результате этих мер залоговое право определилось окончательно как вещное право продажи чужой вещи, каковым оно и является по существу.

Но залоговое право сохраняет в римском праве все черты добавочного, акцессорного права: оно существует только как обеспечение долгового требования и разделяет судьбу этого последнего. Оно должно дать кредитору только то, на что он имеет право, по его личному требованию, должно гарантировать его от убытков, а не приносить ему какие — либо прибыли. Вследствие этого, если дело дойдет до продажи вещей и вырученная сумма будет превышать долг, кредитор обязан излишек — так называемый *hyperoscha* — выдать должнику. Если же вырученная сумма окажется ниже долга, на недополученное кредитор сохраняет личное требование против должника.

Установить ли залог в форме *pignus* или в форме *hypotheca* — это зависело от воли сторон. В противоположность современному праву, которое знает для движимых вещей только так называемый ручной залог (*pignus*), а для недвижимых только ипотечный, римское право допускало для всех вещей как ту, так и другую форму. Если залог был соединен с передачей вещи (*pignus*), владение кредитора отнюдь не давало ему права пользования заложенной вещью; такое пользование составляло вид кражи, *furtum usus*. И лишь особым соглашением такое право пользования могло быть предоставлено (*antichresis*).

На одну и ту же вещь — например, имение, дом — могло оказаться несколько ипотек : вещь заложена сначала одному, потом другому и т. д. Не препятствуя такому залогу несколько раз, часто необходимому в известных хозяйственных условиях, римское право установило для этого случая принцип приоритета : сначала удовлетворяется первое по времени закладное право, потом из излишка второе и т. д.

III. Право послеклассическое

§ 61. Объединение гражданского и преторского права

Сложная система вещных отношений, возникнувшая в период республики и слагавшаяся из нескольких переплетающихся между собой исторических пластов (вещные права квинтские, преторские, перегринские и провинциальные), представляла, конечно, множество практических неудобств. Задачей империи и здесь является уравнивание исторически разнородного и упрощение.

Что касается права собственности, то из четырех указанных видов его прежде всего отпадал вид собственности перегринской ; закон Каракаллы 212 г., даровавший всем подданным Римской империи право гражданства, этим самым уничтожил необходимость ее отдельного существования. Но она не даром существовала в прошлом: ее свободное от всяких местных особенностей содержание и циркулирование в обороте оказало большое влияние на самое понятие и построение собственности римской.

С установлением при Диоклетиане нового административного деления территории и с уничтожением прежнего юридического значения провинций исчезла и система особых провинциальных вещных прав. Подчинение всего (и италийского) землевладения новым поземельным податям (*capitatio terrena* и *capitatio humana*) лишила *solum Italicum* прежних податных привилегий.

Таким образом, в период монархии сохранялось еще различие между собственностью квинтской и преторской (бонитарной). Но это различие, главным образом сказывавшееся в различии исковых средств защиты (*rei vindicatio* — *actio Publiciana*), почти совершенно утратило свое практическое значение с тех пор, как формулярный процесс заменился бесформальным экстраординарным процессом. Да и главный источник квинтской собственности — формальное приобретение *res mancipi* — мало — помалу иссякает; самое деление вещей на *res mancipi* и *res mancipi* давно сделалось анахронизмом. И можно сказать, что деление собственности на *dominium ex jure Quiritium* и *in bonis esse* на практике было давно забыто, когда Юстиниану пришлось вспомнить об этом по поводу кодификации. Составляя «*Digesta*», компиляторы встретились с этими различиями в сочинениях классических юристов, и дабы покончить с ними, обратились к Юстиниану. Двумя своими указами Юстиниан формально уничтожает эти остатки старины. Один из этих указов — указ 530 г. *de nudo ex jure Quiritium tollendo* («об устранении «голых прав» по праву квинтов», с. unica C. 7. 25) — уничтожает различие между собственностью квинтской и бонитарной. Текст этого указа характерен: по словам Юстиниана, квинтское право ничем не отличается от загадки и никогда не может быть зримо («*nihil aenigmate discrepat nec utquam videtur nec in rebus apparet*»); оно только пустое слово, отпугивающее студентов («*vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum... perterriti*»); отныне не должно быть никакого различия между собственниками, всякий есть «*plenissimus et legitimus dominus*» («полнейший и законный собственник»). — Другой указ 531 г., посвященный реформе института давности, в конце касается вопроса о *res mancipi* и *res mancipi* и уничтожает это деление во избежание «*inutiles ambiguitates*» («бесполезных двусмысленностей», с. 1. 5. C. 7. 31). Так умерли эти пережитки глубокого народного детства, казавшиеся современникам Юстиниана уже только «*antique subtilitatis ludibrium*» («заблуждение архаичной изощренности»).

Также выходят из употребления в течение этого периода и старые квинтские способы передачи права собственности — *mancipatio* и *in jure cessio*. *Mancipatio* еще упоминается в «*Codex Theodosianus*», в указе 355 г., но ко времени Юстиниана она уже, как и *in jure cessio*, не существует. В «*Digesta*» во всех тех случаях, где юристы говорили о *mancipatio*, она заменена *traditio* или аналогичными выражениями («*per traditionem accipere*» («приобретать путем традиции») и т. д.).

Единственным способом перенесения права собственности по договору остается *traditio*. Но римское право и теперь стоит на той точке зрения, что вещное право (собственности) может быть передано только этим особым вещным актом *traditio*; простого соглашения сторон для этого недостаточно; «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*» («права на вещи передаются традициями и приобретениями по давности, а не голыми договорами»), гласит указ Диоклетиана (с. 20. C. 2. 3).

Но, провозгласив этот совершенно правильный теоретически принцип, римское право не дало ему надлежащего развития. Особый вещный акт при переходе права собственности в другие руки желателен для того, чтобы все третьи лица могли по тому или иному внешнему признаку легче судить

о том, кто собственник данной вещи. По отношению к движимым вещам переход владения (*traditio*) может служить таким достаточным признаком; не стесняя свободы оборота, трудно требовать большего. Иначе обстоит дело по отношению к недвижимостям: они являются наиболее важными объектами оборота, на них могут покоиться важные права других лиц (*сервитуты*, *закладные права* и т. д.). Все это привело современное право к установлению принципа публичности для актов на недвижимость, принципа, нашедшего себе наиболее полное выражение в институте *поземельных книг*. Всякая переуступка права собственности, всякое установление *сервитута* или *ипотеки* должны быть отмечены особой записью в официальных *поземельных книгах*, вследствие чего всякое заинтересованное лицо, справившись в них, может иметь верные сведения о юридическом положении интересующего его имени.

Римское право в этом направлении надлежащего шага не сделало. Движимость и недвижимость для него стоят на одной доске. Хотя старая *mancipatio* и не представляла полных гарантий публичности в описанном смысле, но все же она была более публична, чем бесформальная *traditio*; и в этом отношении отпадение *mancipatio* являлось даже шагом назад. О совершившейся *traditio* огромного имени мог почти никто не знать; прежний собственник мог еще долго в широких кругах считаться за собственника и заключать новые сделки о том же имени; разумеется, все эти сделки окажутся впоследствии ничтожными, но они оставят после себя массу вреда и разорений. Отсутствие публичности составляет поэтому едва ли не самое слабое место римского права, которое пришлось затем уже самостоятельно исправлять новым народам.

Нужно, однако, сказать, что недостаток этот уже сознавался римскими императорами, и некоторые попытки в смысле усиления публичности могут быть отмечены. Так, заслуживает указания закон императора Константина (Fr. Vat. 35), которым предписывалось совершать *traditio* имени в присутствии соседей — так, чтобы «*contractus solemniter explicatur*» («*договор заключался торжественно*») и чтобы «*certa et vera proprietatis vicinis praesentibus demonstraretur*» («*верное и действительное право собственности присутствующим соседям было продемонстрировано*»). На западе, по — видимому, был довольно распространен обычай торжественного ввода во владение — *solemnis locorum introductio*, даже иногда с записью в *окладные книги* (*libri censuales*). Но все это были обычаи юридически необязательные. И только в одной части римского государства дело обстоит иначе — именно в Египте. Здесь уже в I столетии по Р.Х. мы находим вполне организованный институт обязательной регистрации актов о недвижимостях, своего рода *института поземельных книг*. В главном городе каждого округа существует официальное учреждение — так называемое *βιβλιοθήκη εὐκτησεῶν* — под начальством особых *βιβλιοφύλακες*. Для совершения какого — либо акта на недвижимость (*продажа*, *залог* и т. д.) необходимо предварительное удостоверение указанного учреждения о том, что такое — то лицо является собственником данной недвижимости и что на ней нет никаких ограничений, которые бы препятствовали совершению предложенного акта. На основании такого удостоверения *нотариус* совершает самый акт, но этот акт должен быть представлен затем в «*библиотеку*» для занесения в особый реестр, который и служит источником сведений о юридическом положении недвижимостей. Каким образом установился в Египте этот порядок — вопрос не вполне выясненный: высказывается даже мысль о том, что он был заведен самими римлянами после установления *владычества* над Египтом. Существование этого порядка мы наблюдаем (по документам) еще в начале IV в., но удержался ли он далее, неизвестно. Во всяком случае, этот любопытный опыт, почти современный *поземельной записи*, остался в Римской империи местным явлением Египта и не повлиял на *общеимперское римское право*.

Существенной реформе подвергся в период империи институт *давности*. *Гражданская usucapio* была неприменима в отношениях между *паломниками* и в провинциях, а между тем *давность* была там нужна в такой же степени, как и в *гражданских отношениях*. Вследствие этого там возникает свой институт *давности* — так называемая *longi temporis praescriptio*. Общее происхождение ее, однако, иное, чем *гражданская usucapio*. Отправной идеей *longi temporis praescriptio* была не идея приобретения права собственности путем продолжительного владения (*приобретательная давность*), а идея *погашения иска* собственника вследствие *долговременного непредъявления* его (*погасительная давность*). Отсюда безразличие в сроках для *движимости* и *недвижимости*: *longi temporis praescriptio* требует истечения 10 лет, если истец и ответчик живут в одной провинции (*inter praesentes*), и 20 лет, если в разных (*inter absentes*), но *движимость* или *недвижимость* не имеет значения. Далее, *предъявляя возражение* о *погашении иска*, ответчик может присчитать ко времени своего владения и время владения своего *предшественника* (*accessio temporis*). Но самое существенное заключается в том, что *longi temporis praescriptio* являлась первоначально только *возражением* (*praescriptio pro geo*) против *иска* собственника, самостоятельного же права на *отыскание вещи* из рук *собственника* или *третьих лиц* (если она попадет к ним по истечении срока *praescriptio*) *владелец* не имел. Но этот недостаток был *восполнен* впоследствии: *владельцу* стали давать не только *возражение*, но и *actio ad rem vindicandam* (*иск*, направленный на *виндикацию вещи* у любого *третьего лица*), вследствие чего *longi temporis praescriptio* получила характер *давности* *приобретательной* и стала находить себе применение даже в отношении между *cives romani*.

Таким образом, в период монархии по отношению к давности фактически дело обстояло так: в Италии действовала по общему правилу цивильная *usucapio*, в провинциях *longi temporis praescriptio*. Но такая двойственность уже перестала оправдываться реальными условиями; в частности, двухлетний срок цивильной *usucapio* для недвижимостей, достаточный в то время, когда территория Рима была невелика, решительно оказывался слишком кратким, когда он распространился на всю Италию. Ввиду всего этого Юстиниан особым указом 531 г. *de usucapione transformanda* («об изменении приобретения по давности владения», *Cod. 7. 31*) комбинировал обе исторические давности следующим образом: для движимых вещей действует *usucapio*, но с удлинением срока до 3 лет, а для недвижимостей *longi temporis praescriptio* в 10 или 20 лет, причем условия давностного владения (*bona fides, justus titulus* и *res habilis* — «добросовестность, законное основание, способность вещи быть приобретенной по давности владения») в обоих случаях одни и те же. Так образовалась так называемая *praescriptio ordinaria*.

Но рядом с нею Юстинианом была создана *praescriptio extraordinaria* или *longissimi temporis praescriptio*. Император Феодосий II указом 424 г. установил общую погасительную исковую давность в 30 (а для некоторых исков в 40) лет; по истечении этого срока истец уже не может предъявлять своего иска. Вследствие этого для лица, владеющего чужой вещью, создалось такое же положение, какое мы видели при первоначальной *longi temporis praescriptio*: он мог отразить иск собственника, но не имел средства для получения вещи назад, если она вышла из его рук. Юстиниан указом 528 г. (*C. 8. 1. C. 7. 39*) сделал то, что было раньше сделано по отношению к *longi temporis praescriptio*: он дал такому владельцу и иск. Вследствие этого возникла вторая давность, более продолжительная по времени, но более льготная по условиям: для нее требуется только *bona fides* владельца; таким образом, лицо, которое не могло приобрести вещь путем обыкновенной давности (например, вследствие отсутствия *justus titulus* или вследствие того, что вещь была *res furtiva*), приобретало ее путем давности чрезвычайной.

Кроме указанных основных реформ в области способов приобретения права собственности, императорское время дало также несколько специальных постановлений, регулирующих некоторые другие случаи приобретения права собственности. Таков указ Адриана, подтвержденный Юстинианом, о судьбе найденного клада (*thesaurus*): половина принадлежит нашедшему, половина — собственнику земли, в которой клад найден. Таково решение Юстиниана, устранившее старый спор между прокулянцами и сабиньянцами о судьбе вещи, сделанной из чужого материала (*specificatio*): прокулянцы собственность на вещь отдавали тому, кто совершил *specificatio*, сабиньянцы — тому, кому принадлежал материал; Юстиниан взял среднее решение: вещь принадлежит хозяину материала, если она может быть возвращена в прежний вид, и спецификанту, если не может (*fr. 7. 7. D. 41. 1*).

В области прав на чужие вещи наиболее существенным результатом законодательной деятельности позднейших императоров явилось завершение развития права вещной наследственной аренды, намеченного уже в *jus in argo vectigali* преторского права.

В период империи рядом с этим *jus in argo vectigali* стал развиваться другой вид такой аренды под именем *emphyteusis*. В огромных императорских имениях (*fundi patrimoniales*) земли — чаще всего невозделанные — стали раздаваться арендаторам в наем за известный ежегодный оброк (*canon*). Первоначально этот наем был бессрочным только фактически, но затем он делается таковым и юридически. С течением времени обычай раздавать земли в вечную аренду распространяется и на частных владельцев, и сфера применения этого института расширяется. Мало — по малу незначительные различия, быть может, отделявшие *jus in argo vectigali* от эмфитевтической аренды, сгладились, и ко времени Юстиниана мы имеем уже один институт этого рода, обыкновенно называющийся *emphyteusis*. (В «*Digesta*» вследствие этого мы находим интерполяционные вставки — например, *fr. 15. 1. D. 2. 8*: «*sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum, agrum possidet, possessor intelligitur*»; «*id est emphyteuticum*» — «но и кто по праву *vectigalem*, то есть *emphyteuticum*, владеет полем, считается владельцем». Фраза «то есть эмфитевтика» — интерполяция).

В то же время императорское законодательство точнее определило природу эмфитевтического отношения и его содержание. Среди классических юристов вопрос о природе договора относительно сдачи *agri vectigales* возбуждал разногласия: одни считали этот договор наймом вещи, *locatio* — *conductio*, другие — куплей — продажей, *emptio* — *venditio* (*Gai. III. 145*). Вопрос этот имел для арендаторов большое практическое значение: если это договор найма, тогда по общим правилам *locatio conductio* арендатор в случае каких — либо чрезвычайных бедствий (неурожая и т. п.) мог требовать сложения арендной платы (*remissio mercedis*); если же это договор купли — продажи, то нет. Император Зенон (476–484) устранил эти разногласия, решив, что установление *emphyteusis* есть не наем и не продажа, а «*jus tertium*»; то есть контракт особого рода, причем вопрос о *remissio mercedis* был разрешен им отрицательно (*C. 1. C. 4. 66*). Далее Юстиниан установил, что в случае неуплаты оброка в течение трех лет хозяин имеет право отнять участок у владельца (*jus privationis*), а в случае продажи эмфитевтой своего права хозяин имеет или право преимущественной покупки (*jus*

protimiseos), или право на пошлину в размере 2 % продажной цены (*laudemium* — с. 2 и 3. С. 4. 66).

Что касается закладного права, то из трех форм залога, известных классическому праву, — *fiducia*, *pignus* и *hypotheca*, — старейшая форма, *fiducia*, отпала вместе с отпадением *mancipatio* и *in jure cessio*; таким образом, ко времени Юстиниана существуют только две последние. Кроме того, что *pignus* включает в себе передачу владения, а *hypotheca* нет, других различий между этими формами не замечается, так что Марциан мог сказать «*inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*» («пигнус и ипотеку отличает между собой только звучание имени», fr. 5. 1. D. 20. 1). В качестве наиболее любопытных явлений позднейшего времени в области залоговых отношений должны быть указаны следующие.

Закладное право и теперь устанавливается простым соглашением между сторонами. Если, как было указано, даже *traditio* при передаче права собственности недостаточно гарантировала оборот на недвижимости от злоупотреблений, то для установления ипотеки даже такой *traditio* не требовалось, вследствие чего возможность злоупотреблений на этой почве была еще больше. Давая ссуду под залог имущества, кредитор никогда не мог быть уверен, что на это имущество уже не существует целого ряда ипотек. Даже более того: легко были возможны злоупотребления в том отношении, что при приближении взыскания по ипотеке должник мог установить подложные (задним числом) ипотеки в пользу других лиц; раскрыть такую подложность при соглашении этих лиц с должником было, разумеется, почти невозможно. Чтобы парализовать подобные злоупотребления, император Лев указом 472 г. (с. 11. 1. С. 8. 17) постановил, что при стечении нескольких ипотек преимущество должны иметь те из них, которые установлены в письменном документе, совершенном с участием официального нотариуса (*instrumenta publice confecta*) или же скрепленном подписью по крайней мере трех свидетелей (*instrumenta quasi publice confecta*); дата таких документов считается прочной. Но указ Льва только отодвигает неформальные ипотеки на второй план при столкновении; поскольку такого столкновения нет, и они имеют полную силу; принципом остается, что ипотека может быть установлена и *nuda conventione* («простым соглашением», fr. 1 pr. D. 13. 7).

Кроме закладных прав, устанавливаемых договором, в римском праве появляются закладные права, возникающие непосредственно в силу закона — *hypotheca legalis* (римские юристы фингировали здесь молчаливое соглашение и говорили о *pignus tacite contractum* — молчаливое согласие относительно установления залогового права, tit. D. 20. 2), и чем далее, тем случаев подобного рода встречается больше. Так, например, обычай закладывать *illata* квартирантов с течением времени превратился в законное закладное право домохозяина, само собою подразумевающееся. Так же точно возникли: законное закладное право собственника сельского участка на плоды его (сжатый хлеб и т. д.) по поводу неисправностей арендатора; закладное право опекаемого на имущество опекуна; закладное право фиска по поводу его требований к частным лицам и т. д. Законодательство позднейших императоров щедро расточало подобные привилегии, естественно, понижая их ценность и до крайности ослабляя силу требований непривилегированных.

Наконец, следует отметить развитие так называемых генеральных ипотек — *hypotheca generalis*. Рядом с обыкновенным залогом, устанавливаемым на одну определенную вещь (принцип специальности залога), появляются ипотеки на все вообще имущество лица. Такие генеральные ипотеки принадлежат уже *ipso jure* (в силу закона — *hypotheca legalis*) казне на имущество ее должников (с. 2. С. 8. 14), опекаемому на имущество опекуна, жене на имущество мужа по поводу приданого и т. д. При общей расшатанности реального кредита законодательство пыталось еще таким путем подкрепить требования, по его мнению, нуждающиеся в особом покровительстве, но лишь ухудшало этим общее положение еще более.

Недостаток публичности вещно — правовых актов на недвижимости на почве общего экономического упадка привел римскую залоговую систему в состояние чрезвычайно неудовлетворительное. В решениях классических юристов и в области залога мы находим множество чрезвычайно ценного, но все это только изящная отделка, орнаменты здания, которое должно было новым временем быть перестроено на новых началах — публичности и специальности залога, ибо только эти начала могут быть основанием здоровой системы реального кредита.

Глава VIII История обязательств

§ 62. Введение. Общее понятие обязательства

Обязательство, *obligatio*, по определению позднейшего римского права и по нашим нынешним представлениям, есть такое юридическое отношение между двумя лицами, в силу которого одно из них — *creditor* — имеет право требовать от другого — *debitor* — исполнения чего — либо в свою пользу: «*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*» («обязательство суть оковы права, нерушимостью которых мы связываемся по праву

нашего государства ради исполнения какого — либо дела»), — так гласит легальное определение в «Институциях» Юстиниана (pr. In. 3. 13).

Содержание обязательств может быть чрезвычайно разнообразно. Оно может состоять в обязанности передать кредитору какую — либо вещь (например, при купле — продаже) — *dare*, в обязанности что — либо сделать или не делать — *facere* или *non facere* (построить дом, не препятствовать мне ловить рыбу в вашем пруду и т. п.), в обязанности возместить причиненный вред — *praestare*. Вообще все то, что возможно («*impossibilium nulla obligatio*» — «невозможное не является обязательством») и что не противно закону, может быть предметом обязательства. Обязательство есть та юридическая форма, посредством которой люди удовлетворяют свои самые разнообразные конкретные нужды, регулируя свои отношения.

Обязательственные отношения возникают из различных источников. Многие из них устанавливаются самим законом — *obligatio ex lege* (например, обязанность родителей и детей давать друг другу содержание, так называемые алименты); большинство, однако, является результатом частных действий, причем эти действия будут или правонарушениями, деликтами (кража, уничтожение или повреждение чужой вещи и т. д.), или же юридическими актами (делками: договор купли — продажи, займа и т. д.). Эти последние (юридические акты) являются основным фактором гражданско — правовой жизни, средством для осуществления той индивидуальной автономии, которая служит принципиальным предположением самого гражданского права.

Всякое обязательство, каково бы ни было его содержание, создает известную юридическую связь между его сторонами, кредитором и должником, — некоторое *juris vinculum* (русское выражение «обязательство» происходит также от старого «обязательство»). Но юридическая природа этой связи в течение истории подверглась самому глубокому изменению. По нашим нынешним представлениям, должник связан обязательством только в том смысле, что, в случае неисполнения им своей обязанности, из его имущества будут взысканы возникшие для кредитора убытки (так называемый интерес — *id quod interest*). Самая личность должника остается свободной; за него отвечает только его имущество, вследствие чего и самое обязательство имеет характер некоторого особого права кредитора к этому последнему. Но не такова была сущность обязательственной связи в древности, и история римского права дает нам наглядную картину совершившейся в этом отношении эволюции.

В общем ходе истории римских обязательств мы различаем два исторических слоя: старое гражданское право и систему позднейшего времени. Но и здесь нужно сказать, что хронологически эти слои не отделены друг от друга резкою гранью: зачатки нового слоя постоянно переплетаются с пережитками старого, вследствие чего и самое указанное деление имеет условный характер.

I. Старое гражданское право

§ 63. Обязательства из деликтов

Той областью, в которой прежде всего зародились обязательства, была область правонарушений, деликтов. Мы уже видели (§ 7), что государственная власть в древнейшее время не вмешивалась в столкновения между частными лицами; реагировать так или иначе на причиненную обиду было делом самого обиженного. Отсюда институт мести: своим преступлением преступник отдавал себя на произвол обиженного; самая личность преступника была объектом для мщения, причем содержание преступления было безразлично — нанесение ран, личной обиды, причинение имущественного вреда. Во всех случаях потерпевший мстил самому обидчику: личность последнего отвечала за преступление. В таком виде впервые возникло понятие ответственности (*Haftung*) одного лица перед другим. Но это еще не обязательство: обидчик подлежит мщению, но еще ничего не должен; есть ответственность (*Haftung*), но нет еще долга (*Schuld*).

Мечь, однако, может быть отстранена путем соглашения между обиженным и обидчиком: обиженный отказывается от мести под условием, если обидчик уплатит что — либо. Но и в этом отношении мы не имеем еще обязательства: обязанности для обидчика уплатить не существует; если он не уплатит, все возвращается в прежнее состояние, то есть он будет подлежать мести обиженного.

Мало — помалу государство начинает вмешиваться в эту область и сначала ограничивает, а потом и вовсе запрещает мечь; взамен ее устанавливаются известные частные (то есть идущие в пользу обиженного) штрафы. То, что раньше было добровольным, теперь делается обязательным. Вместе с тем государственная власть естественно берет на себя задачу гарантировать получение обиженным установленного штрафа. И вот здесь — то впервые возникает юридическое состояние долга, обязательства: обидчик уже должен, обязан уплатить потерпевшему штраф (*poena*). Но неисполнение этого обязательства еще долго влечет за собой последствия, подобные тем, которые наступали прежде при неисполнении добровольного соглашения о выкупе, то есть мести.

Выступая со своими ограничениями и запретами мести, государственная власть на первых порах действует очень осторожно: все ее запреты могут оказаться бессильными там, где они столкнутся с раздраженным до крайности чувством обиженного. Вследствие этого указанная фиксация штрафов прежде всего получает применение по отношению к деликтам более легким, при которых личное раздражение не так интенсивно. Нормы об отношениях из деликтов имеют поэтому долго смешанный, переходный характер, и именно такой смешанностью, переходностью отмечено старейшее римское право — право законов XII таблиц. В этих законах мы имеем следующие виды *delicta privata*.

1) *Injuria* — то есть посягательство на личность. Законы XII таблиц различают три степени *injuria*. Во — первых, самую тяжкую степень составляет членовредительство — *membrum ruptum*; для этого случая в законах XII таблиц сохраняется еще старый порядок — мщение по началам око за око, зуб за зуб (*talio*), если не состоялось добровольного соглашения между сторонами: «*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*» («если повредит член тела и не уладит дело миром, да будет ему такое же воздаяние»). Вторую степень составляют другие, не столь тяжкие, ранения — *os fractum*; здесь уже мщение запрещается: обидчик должен уплатить обязательный штраф в 300 ассов, если пострадавший был человеком свободным, и 150 ассов, если ранение было причинено рабу. Наконец, третий вид *injuria* состоит в нанесении иной, но все же физической, обиды: в побоях без поранений, оскорбительных ударах и т. д. — *verberatio, pulsatio*; обидчик должен уплатить штраф в 25 ассов (Girard P. Textes. P. 17–18).

2) *Furtum* — воровство. Последствия *furtum* различны, смотря по тому, был ли преступник захвачен на месте преступления или нет; в первом случае мы будем иметь *furtum manifestum*, во втором — *furtum nec manifestum* (Gai. III. 183–184).

Если вор захвачен на месте преступления (*furtum manifestum*), то, по законам XII таблиц, его постигает тяжелая кара. Если воровство произошло ночью, а также хотя бы и днем, но вор оружием противился своему задержанию, то он может быть безнаказанно убит («*Si nox furtum faxit, si im occisit, jure caesus esto. Luci... si se telo defendit*» — «если ночью совершит воровство, то если его убьет [хозяин], по праву будет убит. Днем... если оружием защищается»). Требуется только, чтобы захвативший вора немедленно криком созвал народ («*endoque plorato*», «*cum clamore testificetur*» — fr. 4. 1. D. 9. 2). В других случаях вора дневного убивать уже запрещается; он подвергается телесному наказанию и отдается обокраденному (Gai. III. 189: «*verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat*»). Но каково было его положение, это, по свидетельству Гая, было уже неясно для самих римских юристов: по мнению одних, он попадал в положение раба; по мнению других — в положение *addictus*, то есть приговоренного должника. Практически разница сводилась только к тому, что в последнем случае вор имел еще возможность в течение 60 льготных дней выкупить себя; но, разумеется, в отношении выкупа он находился уже в полной зависимости от обокраденного: так как *roepa* не была таксирована, то последний мог потребовать от вора, сколько хотел. Если вором был раб, то он подвергался смертной казни посредством сбрасывания с Тарпейской скалы.

Если вор не был захвачен на месте преступления (*furtum nec manifestum*), то он должен был только уплатить штраф в размере двойной стоимости украденной вещи — *roena dupli* (Gai. III. 190).

Столь резкая разница в последствиях между *furtum manifestum*, очевидно, не может быть объяснена теми соображениями, которыми руководимся мы при повышении или понижении степени наказания, — ни степенью напряженности злой воли преступника, ни размерами причиненного вреда. Напряженность злой воли может быть одинакова, но будет ли вор захвачен или нет — это зависит от многих случайностей. Что касается размеров вреда, то при *furtum manifestum*, по общему правилу, вреда вовсе нет, так как вещь осталась у хозяина. Наконец, и понятное для нас различие между воровством (тайным) и грабежом (явным) также для законов XII таблиц не имеет значения, ибо различие между *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* с этим различием не совпадает: если грабитель убежал, то, хотя бы он и был хорошо известен, он будет отвечать только как *fur nec manifestus*.

Все эти нормы законов XII таблиц могут быть поняты только с точки зрения той переходности, которая была отмечена выше. Они продиктованы не разумом, а чувством; закон считался не с такими или иными социально — политическими соображениями, а с психологией потерпевшего. Если вор захвачен на месте преступления, гнев потерпевшего выливается тотчас же в виде естественного для примитивного человека мщения, и закону ничего другого не остается, как признать, что убийство при подобных условиях не вменяется в вину («*jure caesus esto*»). И если законы XII таблиц запрещают убийство вора дневного, то это уже с точки зрения того времени значительный шаг вперед: закон, хотя бы ценой отдачи вора в распоряжение обокраденного, стремится спасти его по крайней мере от немедленной смерти.

Другое дело, если вор не был захвачен и воровство было обнаружено только впоследствии. Непосредственное чувство уже несколько улеглось, и потерпевший более склонен, вместо бесполезного для него убийства, вступить с вором в соглашение о выкупе. Законы XII таблиц, опираясь на эту психологию, делают этот выкуп обязательным, определяя его размеры в виде *roepa*

dupli.

Но государственная власть еще не берет на себя обнаружения и преследования преступника — все это остается еще делом самого потерпевшего. Вследствие этого ему должны быть предоставлены и необходимые для этого средства. Одно из важнейших средств для обнаружения вора составляет обыск. Но производство обыска связано с вторжением в дом подозреваемого, а мы знаем, что дом римлянина был неприкосновенным: даже для того, чтобы позвать на суд, надо было выждать ответчика перед его домом, так как войти в дом против его воли было нельзя. Этим объясняется, что, устанавливая нормы о *furtum*, законы XII таблиц содержат также и положения об обысках. При этом они знают два вида обыска.

Один обыск — строго формальный, обставленный несколько странной с нашей нынешней точки зрения процедурой — так называемой *quaestio lance et licio* (обыск с чашей и перевязью). По свидетельству Гая (III. 192), законы XII таблиц постановляли, что тот, кто желал произвести обыск, должен был войти в дом голым (*nudus*), лишь имея повязку вокруг бедер (*licio cinctus*) и держа в руках сосуд (*lanx habens*). Позднейшие римские юристы пытались дать объяснение этим формальностям с точки зрения целесообразности: голым нужно быть для того, чтобы нельзя было пронести в одежде и подбросить якобы украденную вещь; быть *licio cinctus* — для того, чтобы все же не оскорблять стыдливости находящихся в доме женщин; держать в руках *lanx* (сосуд) — либо опять — таки для того, чтобы руки обыскивающего были заняты, либо для того, чтобы положить туда вещь в случае ее нахождения (Gai. III. 193). Но понятно, что с этой точки зрения все эти формальности не выдерживают критики и что Гаю весь этот закон казался только смешным («*ridicula est*»). Вероятно, однако, что происхождение всей этой процедуры другое, что мы имеем здесь некоторый пережиток отдаленной эпохи, тем более, что нечто аналогичное мы встречаем и в истории других народов. По мнению Иеринга, *quaestio lance et licio* есть отголосок общеарийской старины, след той жаркой прародины, где все обыкновенно ходили голыми, только с повязкой вокруг бедер. Что касается сосуда, *lanx*, то, по мнению Иеринга, он нужен был лишь как внешнее выражение того, что дело идет о поисках вещи. Вернее, однако, предположить, что *lanx* есть нечто вроде жертвенного сосуда: в дом входят и обыск совершается под покровительством и руководством божества, как некоторое религиозное действие. Этот сакральный характер обыска открывал доступ в дом и обезоруживал возможное сопротивление. Во всяком случае, если при таком обыске вещь будет найдена, собственник дома отвечает, как *fug manifestus*: опять — таки, вероятно, потому, что в древнейшее время это была общая ответственность для всяких видов воровства.

Quaestio lance et licio была, по — видимому, единственной формой обыска в древности. Но законы XII таблиц знают уже и обыск простой с пониженной ответственностью (некоторые думают, впрочем, что этот простой обыск возник позже XII таблиц). Как производился этот обыск, мы не знаем; Гай (III. 186) сообщает только, что он происходил со свидетелями (*testibus praesentibus*). Если вещь была найдена, то хозяин дома отвечал штрафом втрое — *poena tripli* — за так называемую *furtum conceptum*; но если он сам не был вором, если вещь он получил от кого — либо другого, то он может взыскивать уплаченную им *poena tripli* с этого последнего — *furtum oblatum* (Gai. III. 187).

3) Что касается третьего деликта, известного несколько более позднему гражданскому праву, именно *damnum iniuria datum* (повреждение или уничтожение чужих вещей), — то положение его в законах XII таблиц неясно. Несомненно, что некоторые отдельные виды этого деликта были предусмотрены в XII таблицах. Так, выше (§ 7) было указано, что поджог влек за собой даже уголовное наказание — *poena capitalis*. Мы видели далее, что поранение чужого раба рассматривалось, как *iniuria* его хозяину, и влекло штраф в 150 ассов. До известной степени сюда же относится архаический деликт — повреждение чужих посевов при помощи колдовства (§ 7). Наконец, мы знаем, что законы XII таблиц устанавливали специальную ответственность за порубку чужих деревьев в виде штрафа в 25 ассов за каждое срубленное дерево — *actio arborum furtim caesarum* или *actio de arboribus succisis* (Gai. IV. 11).

Но все это только специальные постановления. Существовала ли, кроме них, еще какая — либо общая норма относительно *damnum iniuria datum*, спорно. По свидетельству Феста (имеется в виду «Словарь римских древностей», составленный римским антикваром II в. н. э. Фестом (Festus), использовавшим в качестве основы своей работы труд своего предшественника Веррия Флакка и давшим объяснение тех понятий, которые были уже архаичны и непонятны для его современников), в законах XII таблиц встречались слова «*rupitias*» (= *damnum dederit* — «Нанес ущерб») и «*sarcito*» (= *damnum solvito* — «возместит ущерб»), но в какой связи — неизвестно. На основании этих слов некоторые из современных ученых (Гушке, Селл) полагают, что уже законы XII таблиц знали общий иск о повреждении или уничтожении чужих вещей — *actio de rupitiis sarcitendis*. Но основания для такого утверждения столь слабы, что большинство современных историков относится к нему отрицательно. Вероятнее, что законы XII таблиц ограничивались лишь некоторыми специальными видами нашего деликта, тем более, что, по сообщению Ульпиана (fr. 1 pr. D. 9. 2), после XII таблиц были издаваемы другие законы, по — видимому, также казуистически восполнявшие проблемы децемвирального кодекса.

Как бы то ни было, но все эти казуистические постановления были отменены потом общим законом об ответственности за *damnum* — *lex Aquilia*, законом, который послужил затем базисом для дальнейшего развития права в этом вопросе.

§ 64. Обязательства из договоров

Примитивному обществу совершенно чуждо представление о том, что всякий договор уже сам по себе создает обязательство между сторонами. Конечно, уже в самом неразвитом быту завязываются известные отношения между людьми: люди обмениваются вещами, дают даже в кредит и т. д.; но все эти отношения далеко еще не имеют характера обязательств в юридическом смысле. Обман при обмене, неверность слову и т. п. вызывают такую же психологическую реакцию потерпевшего, как и всякая другая обида, и приводят к тем же последствиям, то есть к мщению. Древнейшее время совершенно не знает нашего разграничения между преступлением уголовным и правонарушением гражданским, между деликтом и неисполнением договора. Этим объясняется то обстоятельство, что даже после того, как некоторые виды договоров получили признание, последствия их неисполнения в значительной степени еще имеют черты примитивного мщения: взыскание направляется на самую личность должника, причем при известных условиях оно дает кредитору даже право на убийство этого последнего.

Но, разумеется, расчет на месте не всегда удовлетворяет кредитора; вступая в какое — либо соглашение, он уже заранее старается создать те или другие дополнительные стимулы для должника исполнить принятую на себя обязанность. Так, довольно распространенным в древности обычаем является институт заложничества: кто — либо дает вместо себя поручителя, который и будет кредитору заложником, пока обязанность не будет исполнена. Идея такого заложничества, без сомнения, лежит и в основании древнеримского института *praedes* и *vades*. По мнению Ленеля, этот институт даже был в истории римского (как и германского) права древнейшим видом обязательства, предшественником всех других; так сказать, мостом между обязательствами из деликтов и обязательствами из договоров. Если преступник не мог тотчас же уплатить выкуп, он должен был дать вместо себя поручителя, *vas*, который тотчас же попадал во власть кредитора и на которого в случае неуплаты выкупа падает его мщение. Однако чего — либо более точного относительно этого *vades* мы не знаем.

Другим весьма сильным дополнительным средством обеспечить исполнение со стороны должника его обещания было облечение этого обещания в форму клятвы; благодаря этому, договор ставился под защиту религии и снабжался сакральной санкцией. Мы знаем, что в то древнейшее время сакральное право часто шло впереди светского.

Мало — помалу некоторые виды договорных соглашений начинают получать себе признание и в праве светском: государственная власть известным образом регулирует их последствия и тем придает им юридическое значение, возводя их в ранг отношений гарантированных. Если раньше на попытку мести со стороны кредитора должник мог ответить собственной силой и отразить ее, то теперь взамен этого, не всегда верного, порядка устанавливается взыскание, гарантированное государством. Правда, это взыскание на первых порах, как известно, является не чем иным, как тем же самоуправством, но это самоуправство уже проходит перед глазами государственной власти, которая обеспечивает кредитора от сопротивления со стороны должника, а последнего от эксцессов со стороны кредитора.

Однако круг этих признанных правом договоров вначале не велик, и, притом, не соглашение само по себе имеет значение, а форма, в которую это соглашение должно непременно вылиться. Строгий формализм был колыбелью первых контрактов; форма обеспечивала хрупкому для того времени содержанию договора юридическое существование.

Древнее других, несомненно, сделки мены: обмен вещи на вещь, позже — вещи на деньги. Но этот обмен совершался путем непосредственной передачи вещей из рук в руки и никаких обязательств между сторонами не создавал: нет никаких обязательств до передачи — простое обещание обменяться еще обязательного значения не имеет; нет никаких обязательств и после передачи — с актом передачи всякие отношения между сторонами окончены. Обязательственный элемент обмена всецело поглощается в вещно — правовом акте передачи вещи.

Такою являлась в древности и известная нам *mancipatio*. По самому своему существу она была первоначально одновременной передачей вещи и металла, и лишь введение чеканенной монеты несколько изменило ее роль. Но и в законах XII таблиц вся купля — продажа исчерпывается в момент *mancipatio*: до нее нет никакого обязательства между сторонами; после нее есть для продавца только ответственность за *auctoritas*, но эта ответственность — *in duplum* (в двойном размере) — основывается не на идее договора, а на идее деликта — как вид *furtum nec manifestum*.

Мы видели выше, что уже в эпоху законов XII таблиц (или немного спустя) *mancipatio* могла быть употреблена и в целях *fiducia*: вещь передавалась в собственность другому лицу, но с возложением на него обязанности вернуть ее манципанту при наступлении известных условий

(*actum fiduciae*). Вследствие этого фидуциарная манципация сделалась средством для удовлетворения самых разнообразных деловых потребностей: для установления реального обеспечения (*fiducia cum creditore*), для передачи вещи на сохранение (*fiducia cum amico*), вероятно, для найма, ссуды и т. д. Целый ряд позднейших обязательственных отношений скрывался в зародыше в этих *acta fiduciae*, ибо они налагали на получатели вещи те или другие обязанности. Но мы знаем, что неисполнение этих обязанностей не навлекало на него еще никакой юридической, исковой ответственности: как лицо, нарушившее *fides*, получатель вещи делался только *infamis*. Таким образом, обязательств в истинном смысле в связи с древнейшей манципацией мы не находим.

Но уже в примитивном быту обнаруживается известная потребность в кредите, в займе. Разумеется, чаще всего эта потребность удовлетворяется в формах реального кредита: занимают под залог вещей, — то есть в форме той же *fiducia*. Но могут быть случаи, когда ищущий ссуды не может расстаться с вещью или когда закладывать более нечего; тогда возникает потребность в личном кредите. Вырабатывается сделка личного займа, но отношения из этого займа проникнуты всецело характером своего сурового времени.

Старое римское право еще задолго до законов XII таблиц создало такую сделку займа — *nexum*. Во всяком случае, XII таблиц упоминают о *nexum* в одном общем с манципацией положении: «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» («когда совершает нексум и манципацию, как устно договорится он, то пусть будет правом»).

По форме своего значения *nexum* представляет полную параллель манципации. Это есть также *negotium per aes et libram*, то есть сделка, совершающаяся в присутствии пяти свидетелей и весовщика (*libripens*) с весами. И здесь, конечно, все эти формальности в древнейшую эпоху имели реальное значение: когда в качестве денег фигурировал металл в слитках, нужно было реально при займе отвесить условленное количество этого металла. С введением монеты и здесь это стало простою формой: будущий кредитор брал маленькую монетку и, ударив ею по весам, передавал ее должнику вместо подлинных денег, которые вручались или несколько раньше, или несколько позже. Но, делая это, кредитор, подобно покупщику при манципации, произносил известную формулу, придающую сделке именно характер займа. Самая эта формула нам точно не передана, но приблизительно она гласила так: «*quod ego tibi mille asses hoc aere aeneaeque libra do, eas tu mihi post annum dare damnas esto*» («поскольку я тебе этой медью и весами передаю тысячу ассов, то ты мне будешь обязан через год дать их»). Во всяком случае, это последнее «*damnas esto*» («будешь обязан») находилось в формуле несомненно.

Если затем должник в назначенный срок уплачивал долг, то он должен был произвести этот платеж также в форме противоположного акта *per aes libram* (*nexi liberatio*). Все старое гражданское право находится под действием принципа так наз. *contrarius actus*: отношения могут быть развязаны только в такой же форме, в какой они были установлены. Подобно тому, как при манципации необходимо была *remancipatio*, так же точно при *nexum* необходимо было облечь платеж в форму *negotium per aes et libram*, так как простая уплата не освобождала должника. Эта *liberatio nexi* описана нам Гаем, причем им сообщается и та формула, которую произносит при этом должник и которая позволяет нам делать заключения о формуле при самом совершении *nexum*. В присутствии пяти свидетелей и *libripens'a* с весами должник говорит: «*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaeque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*» («поскольку я присужден в твою пользу на столько — то тысяч ассов, я ради этого объявляю, что я свободен от тебя посредством этой меди и весов. Эти деньги я тебе уплачиваю первые и последние по закону нашего государства»); затем он ударяет монетой по весам и передает ее кредитору (Gai. III. 174).

Если же должник не платил, то наступали все последствия той *damnatio* или *condemnatio*, которая была произнесена над должником в самый момент заключения *nexum*. Должник мог быть подвергнут *manus injectio* со всеми ее последствиями вплоть до продажи *trans Tiberim* и до рассеяния на части.

Такая строгая, непосредственно исполнительная, сила *nexum* без всякого предварительного иска со стороны кредитора давно уже обратила на себя внимание ученых и вызвала разнообразные попытки ее объяснения. Первую обстоятельную теорию *nexum* дал Г. Ф. Гушке, который обрисовал *nexum*, как договор с публичным характером (пять свидетелей — представители пяти классов, следовательно, всего народа), чем и объясняется его строгая исполнительная сила. Впоследствии, однако, это учение о публичном характере *nexum* было оставлено, и поиски пошли в других направлениях. Особенно оживился вопрос о существе *nexum* в новейшее время после статьи Миттейса, который подверг сомнению и критике почти все положения, считавшиеся после Гушке незыблемыми. Статья эта вызвала горячий спор, в котором приняли участие почти все наиболее видные авторитеты истории римского права. Спор этот и доныне не может считаться законченным, хотя все же, по — видимому, выяснилось, что старое учение о *nexum* включает в себе гораздо более истинного, чем это казалось некоторым из его особенно горячих критиков.

Основной идеей этого нового учения о *nexum* (детали, в которых сами представители этого

учения между собой расходятся, мы оставляем в стороне) является мысль о том, что *nexum* вовсе не представляет собою самостоятельного обязательства *per aes et libram*, что это та же *mancipatio*, но только в виде самопродажи должника (*Selbstmancipation*, *Selbstverknechtung*). Должник продавал самого себя кредитору — либо в самый момент заключения договора (наподобие *fiducia*, вещи — Шлоссман), либо позже — в предвидении невозможности уплатить долг (Миттейс). При этом одни понимают эту самопродажу как продажу самой личности (Шлоссман), другие — как закабаление только рабочей силы должника (Миттейс, Кречмар, Пфлюгер и др.).

Но именно эта основная мысль о тождестве *nexum* с *mancipatio*, о самопродаже должника, встретила решительный и убедительный отпор со стороны таких лиц, как Моммзен, Беккер, Айзеле, Жирар и др. Не говоря уже о целом ряде возражений с точки зрения противоречия этого учения данным источникам, было справедливо указано, что самоманципация, при которой объект манципации был бы в то же время и ее субъектом, немислима. Сама (точно переданная нам) формула *liberatio nemi* свидетельствует о *nexum*, как об обязательном договоре, совершенно отличном от вещного акта *mancipatio*. Заем в форме *negotium per aes et libram* для того времени, пока не существовало монеты, так же естествен, как купля — продажа в форме *mancipatio*.

Что же касается строгой исполнительной силы *nexum*, то она свидетельствует о древнем происхождении его, о том времени, когда всякое осуществление прав выливалось в форму самоуправления с значительным оттенком мести. Заключенный торжественно (в присутствии *testes solemnes* — «установленных свидетелей») заем имел в маленькой общине характер общеизвестности и бесспорности. При неуплате долга в срок кредитор немедленно приступал к осуществлению той *damnatio*, которая была установлена на этот случай при самом заключении договора. А эта *damnatio* ложилась на самую личность должника, ибо своим договором должник связывал самого себя (*nexus*), обрекал самого себя личной ответственности (*Haftung*). В этом смысле, конечно, в заключении *nexum* есть элемент самозаклада, самозакабаления, но только этот самозаклад вытекает из общего существа древнего обязательства, а не из акта самоманципации. Аналогичное действие древних обязательств мы встречаем и в истории других народов.

Формула *nexum* допускала известные вставки для более точного определения условий займа: указание срока (*post annum* — через год, *post biennium* — через два года и т. д.), процентов («*cum foenore unciarum*») и т. д. Именно к этим конкретным определениям относилось вышеприведенное постановление законов XII таблиц: «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*». Известно, впрочем, что законы XII таблиц ограничивали проценты предельной нормой — *foenus unciarum* (1/12 часть капитала в год, то есть 8 1/3 %), и что для ростовщиков (*foeneratores*) была установлена ответственность *in quadruplum* (в четвертном размере).

Подтвержденное и, быть может, несколько точнее урегулированное в законах XII таблиц, *nexum* продолжало еще долго существовать в гражданском обороте. На широкое применение его указывают постоянные жалобы плебеев, которые, как беднейший класс населения, чаще всего оказывались в положении *nemi* или *obaeati* и испытывали на себе всю строгость этой долговой формы. Естественная в старое время, непосредственная (без предварительного иска) исполнительная сила *nexum* при изменившихся условиях могла давать повод к злоупотреблениям. Возможны были прежде всего ни на чем не основанные претензии со стороны кредиторов; возражать против *manus injectio* сам должник, как известно, не мог, а найти *vindex*'а часто было нелегко. Злоупотребления этого рода были устранены *lex Vallia* — законом, который позволил самому должнику *manus sibi depellere*. Но оставалась еще другая тяжелая сторона *nexum* — именно возможность полного произвола над должником после *manus injectio*. Уже один вид таких должников, водимых в оковах по рынку и подлежащих продаже *trans Tiberim*, возбуждал народные волнения. Одно из таких народных волнений и было, по рассказу Ливия, последним толчком, вызвавшим важный закон — *lex Poetelia*, 326 г. Этот закон содержал ряд весьма существенных постановлений: он запретил наложение цепей на должников, за исключением только тех, которые попали к кредитору вследствие преступления (например, вор, захваченный на месте); отменил вовсе право убивать или продавать *trans Tiberim* и, наконец, лишил *nexum* его прежней исполнительной силы: отныне кредитор должен был предварительно доказать свое требование перед судом и получить судебный приговор — *judicatum*. Это последнее обстоятельство подорвало значение *nexum*, и когда около того же времени появились другие формы, в которые могла быть облечена сделка займа (*stipulatio*, а потом и бесформальное *mutuum*), то *nexum* стало постепенно сходить со сцены и забываться.

Nexum было единственной сделкой, известной законам XII таблиц, порождающей обязательство в его истинном смысле. Кроме деликтов и *nexum*, законы XII таблиц знали еще только один источник обязательства — именно *legata*, то есть отказы в завещаниях. При этом завещатель мог или установить непосредственную собственность на вещь того, кому она отказывается (в таком случае последний, *legatarius*, получал сразу *rei vindicatio* (право на виндикационный иск) на отказанную ему вещь — *legatum per vindicationem*), или же возложить на наследника обязательство выдать или уплатить. В таком случае это возложение обязательства выражалось также в форме «*damnas esto*» («*heres meus L. Titio centum dare damnas esto*» («мой наследник Луций Тицию должен

будет дать 100 ассов») — *legatum per damnationem*) и точно так же приводило ко всем последствиям *damnatio* — то есть к непосредственной *manus injecto*.

Таким образом, скудость обязательственных форм и крайняя строгость долгового взыскания составляют характерные черты старейшего римского права; обязательство является еще всецело личной подчиненностью должника кредитору, могущей привести к полному исчезновению самой юридической личности должника в рабстве *trans Tiberim*. И только *lex Poetelia* представляет в этом отношении решительный перелом.

II. Система обязательств позднейшего права

§ 65. Общий ход ее образования

Несложная и строго формальная система старого гражданского права должна была, разумеется, оказаться недостаточной, когда около половины республики экономическая жизнь Рима начала под влиянием развивающегося оборота существенно изменяться. Новые экономические условия создавали такие отношения, которые при всем искусстве интерпретаторов не могли быть втиснуты в рамки *mancipatio* и *nexum*. Нужны были новые — и притом более гибкие — формы, способные дать юридическое выражение новым отношениям. И эти формы постепенно одна за другой создаются. Мы лишены в настоящее время возможности проследить точно момент возникновения каждого из этих новых обязательств; только общий ход развития, да и то лишь в самых общих чертах, может быть обозначен.

Первым весьма важным моментом в деле усовершенствования гражданского права является возникновение формы *sponsio* или *stipulatio*. К какому времени можно отнести ее появление, мы не знаем; не подлежит только сомнению, что законы XII таблиц о ней совершенно не упоминали, а с другой стороны, мы имеем уже вполне определенное доказательство ее существования в *lex Aquilia*, законе около 287 г. до Р.Х., причем *stipulatio* упоминается здесь в одном из своих сложных видов (*adstipulatio*); очевидно, к этому времени она уже давнее, привычное явление. Благодаря своей абстрактной и гибкой форме, *stipulatio* скоро после своего возникновения стала употребляться для самых разнообразных отношений. Мы знаем уже, какое широкое применение она нашла себе даже в процессе (процесс *per sponsionem*, *sponsio* в интердиктном производстве и т. д.). По своему характеру *stipulatio* является как бы соединительным звеном между старым гражданским слоем и новым: с одной стороны, она еще сделка формальная, как *nexum*, но с другой стороны, ее форма опирается уже на простое абстрактное обещание должника, что придает *stipulatio* совершенно новые, старому праву неизвестные черты.

Следующий, еще более важный момент представляет возникновение формулярного процесса. Как известно, установление процесса *per formulas* дало в руки претора очень удобное средство придать всякому отношению юридическое значение, снабдив его *formula in factum concepta*. Как увидим ниже, претор широко воспользовался этой возможностью, и целый ряд обязательств получил свое признание именно таким путем. Уже выше было указано, что одной из первых мер претора в этом направлении было установление иска из *actum fiduciae* — *actio fiduciae*, благодаря чему неисковые дотоле соглашения при *mancipatio* получили полную обязательственную силу. Но если здесь претор только взял под свою защиту институт старого гражданского права, то скоро затем он перешел и к созданию обязательств, этому праву даже в зародыше неизвестных.

К концу республики, по — видимому, вся система новых обязательственных отношений была уже в главных основаниях выработана, и классической юриспруденции оставалось только довершить дело детальным развитием этих оснований.

В огромной работе перестройки обязательственной системы принимали деятельное участие все факторы римского правотворчества. Среди необозримой массы республиканского законодательства мы имеем немало законов, *leges*, иногда весьма существенных, относящихся к гражданскому праву (*lex Aquilia*, законы о поручительстве и т. д.). О влиянии претора и юриспруденции было только что упомянуто. Но весьма значительная роль принадлежит и самим непосредственным участникам гражданского оборота, деловым людям. Ими самими часто намечаются пути, по которым пойдет далее претор или законодательство; в их деловых отношениях вырабатывается обычное право, которое затем под видом *bona fides* делается прочной юридической нормой. И можно сказать, что все позднейшие *negotia bonae fidei* (сделки доброй совести, т. е. неформальные), если не исключительно, то в значительной степени явились продуктами именно этого постепенно формирующегося обычного права.

Что касается внутренней стороны совершившейся эволюции, то она может быть сведена к следующим основным чертам.

а) Ослабление формализма. Если старое гражданское право знало только сделки формальные, но новая система рядом с ними признает уже значительное количество договоров бесформальных

(контракты реальные и консенсуальные). Параллельно наблюдается ослабление формализма и в другом направлении. В старом праве форма совершенно закрывала действительную волю; сделка, совершенная под влиянием заблуждения или принуждения, была, тем не менее, ненарушима: того, что сказано, нельзя было уничтожить, хотя бы и самым ярким доказательством его несоответствия внутренней, действительной воле. Новая система обязательств, чем далее, тем все более и более обращает внимание на эту внутреннюю волю, признавая в ней, а не во внешнем ее выражении, истинную созидательную силу всякой сделки. Соответственно этому претор начинает давать возможность оспаривать сделку, заключенную под влиянием существенной ошибки, обмана, принуждения (*restitutio in integrum*, *exceptio* и т. д.).

b) Выступление на первый план имущественной стороны в обязательстве. Как было указано выше, при первом своем зарождении обязательство было строго личной ответственностью должника, причем в этой ответственности (*Haftung*) имущественный элемент не играл определяющей роли. Когда лицо, причинившее членовредительство, подлежало талиону, когда вор, захваченный на месте преступления, или *noxius*, не уплативший занятой суммы, отдавались в распоряжение кредитора, то примитивное право, устанавливавшее эти нормы, не столько думало о возмещении имущественного вреда, сколько осуществляло мысль об обязательстве, как известном личном подчинении должника кредитору. Отсюда направление взыскания на личность, а не на имущество. Мы знаем уже, что *lex Poetelia* в значительной степени ослабила эту личную ответственность; дальнейшие реформы в области исполнительного производства (*lex Julia de sessione bonorum*, преторская реальная экзекуция) окончательно освобождают должника от личной ответственности, перенося взыскание на имущество. Вместе с тем, в формулярном процессе устанавливается принцип *condemnatio pecuniaria* (принцип имущественной ответственности за неисполнение обязательства, предполагающий возможность его оценки в денежном выражении), и в связи с этим вырабатывается представление, что истинное, реально существующее обязательство возможно только тогда, если содержание его может быть переведено на деньги, если оно имеет какую — нибудь имущественную ценность. Вследствие этого классические юристы провозглашают: «*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*» («ведь содержанием обязательства является то, что может быть оплачено и предоставлено в денежном выражении», fr. 9. 2. D. 40. 7). Таким образом, обязательство превращается в некоторое особое право к имуществу должника, в некоторую особую имущественную статью; имущественный элемент в обязательстве приобретает не только самостоятельное, но и доминирующее значение.

c) Принципиальное признание только известных обязательственных типов. Развитие новой обязательственной системы совершается не путем признания в виде общего принципа действительности всякого не противного закону договора; правило « *Pacta sunt servanda*» («[все] договоры должны исполняться»), провозглашенное впоследствии естественно — правовой доктриной и реализованное новейшими законодательствами, римскому праву до конца осталось чуждым. Следуя шаг за шагом за непосредственными запросами, предъявляемыми практической жизнью, римское право развивало свою систему обязательственных отношений путем последовательного признания отдельных договорных типов. Мало — помалу количество этих санкционированных законом типических отношений стало так велико, что почти все мыслимые житейские потребности ими могли быть удовлетворены. Тем не менее, для юридической силы договора необходимо было не только доказать наличность соглашения между сторонами, но и указать тот известный закону тип, под который оно подходит. Вследствие этого одним из наиболее частых вопросов, занимающих юристов при разборе того или другого случая, является вопрос о том, какой иск можно предъявить (*qua actione?*). На этом покоится и основное в римском праве деление договоров на *contractus* и *pacta*: *contractus* — это признанные правом, типичные договоры; *pacta* — это соглашения, не подходящие ни под какой тип и потому юридической силы не имеющие: «*nuda pactio obligationem non parit*» («обязательство не порождается голыми пактами», fr. 7. 4. D. 2. 14).

Уже римские классические юристы пытались свести всю совокупность известных им обязательств в некоторую систему. Прежде всего, конечно, бросалось в глаза при этом возникновение обязательств или из договоров, или из правонарушений, и Гай действительно в своих «Институциях» (III. 88) говорит: «*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*» («всякое обязательство рождается либо из контракта, либо из деликта»). Но уже несколько более внимательный взгляд должен был обнаружить, что этим делением не все обязательства охватываются, и тот же Гай в другом своем сочинении (во 2-й книге *Aureorum*) к двум указанным категориям прибавляет третью — «*aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*» («или из других видов правовых оснований», fr. 1. pr. D. 44. 7). Несколько далее (в 3-й книге) в том же сочинении Гай расчленяет эти «*variae causarum figurae*» на две группы — *quasi ex contractu* («как бы из контракта») и *quasi ex maleficio* («как бы из деликта», fr. 5. D. 44. 7), и в юстиниановских «Институциях» (§ 2 In. 3. 13) мы получаем уже четырехчленное деление (*quattuor species*): «*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*» («ведь или из контракта, или как бы из контракта, или из деликта, или как бы из деликта [возникают обязательства]»).

Obligaciones ex contractu, в свою очередь, разделялись на 4 группы: «Harum autem quatuor genera sunt, — говорит Гай (III. 89), — aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus» («их же есть четыре вида, ведь либо вещь устанавливается обязательство, либо словами, либо буквами, либо простым согласием сторон»). Основанием для этого деления служит различие в самом обязывающем моменте: обязательства, юридическая сила которых вытекает уже из самого соглашения (consensu), называются контрактами консенсуальными; обязательства, юридическая сила которых возникает не из простого соглашения, а из последовавшей на основании соглашения передачи вещи (res) одним контрагентом другому, называются контрактами реальными; обязательства, возникающие вследствие известной словесной формулы (verbis), называются контрактами вербальными; и, наконец, обязательства, заключаемые в определенной письменной форме (litteris), называются контрактами литеральными. — Всякие другие договоры, как сказано, суть уже не contractus, а pacta, и, как таковые, принципиально исковой силы не имеют (они могут быть только основанием для exceptio); однако некоторые из pacta с течением времени получили также иск, и потому, в противоположность обыкновенным неисковым — «голым» (pacta nuda), обозначаются выражением pacta vestita.

Система обязательств, снабженных иском, должна быть дополнена так называемыми obligationes naturales. Уже выше (в учении о юридическом положении рабов) мы встречались со случаем, когда кредитор иска не имеет, но, тем не менее, признается наличие долга (debitum), вследствие чего, если должник добровольно уплатит, потребовать назад, как недолично уплаченное, он не может. Случаи такого неискового долга с течением времени были признаны и вне отношений к рабам, и римские юристы окрестили эту юридическую фигуру названием obligatio naturalis.

Такова римская система обязательств. Теоретически она далеко не безупречна. Свести все разнообразие обязательств, вне договоров и деликтов возникающих (variae causarum figurae), к категориям quasi — контрактов и quasi — деликтов, не говоря уже о полной искусственности этих категорий, невозможно. Но, быть может, самый характерный недостаток этой системы заключается в полном отсутствии в ней обязательств, возникающих из односторонних обещаний — например, из публичного обещания награды за что — нибудь (за нахождение потерянной вещи и т. п.). Пробел этот объясняется тем, что римское право за такими односторонними обещаниями принципиально юридической силы не признавало. Есть только два исключения из этого правила: а) votum — обет божеству и б) pollicitatio — обещание в пользу городской общины; но оба случая имеют специальный характер и на отношения между частными лицами не распространяются. Естественно, что римские юристы, строя свою систему, их в расчет не принимали.

Выработанная классическим правом система обязательств остается системой и права послеклассического; она санкционирована и в «Corpus Juris Civilis». Конечно, в позднейшее время она подверглась в отдельных частях некоторым изменениям, но все эти изменения не ломают ее духа и основных принципов. В качестве наиболее существенных изменений могут быть отмечены следующие: классические литеральные контракты вышли из употребления, но вместо того усилилось юридическое значение письменных документов, выдаваемых в удостоверение обязательств вербальных и др. (так называемых cautiones). Stipulatio в значительной степени утратило свой первоначальный абстрактный характер. Были признаны кое — какие новые типы договорных соглашений (pactum donationis). Наконец, общий экономический упадок вызвал ряд мер, имеющих характер неудачной правительственной опеки над оборотом якобы в интересах «miseri debitores» («бедных должников»): таковы законы о процентах, запрещение процентов на проценты (anatocismus), ограничения при оценке убытков (non ultra duplum — не больше двойной стоимости утраченного), закон о laesio enormis (введенная юстиниановским правом норма о том, что продавец, не получивший за вещь даже половины ее подлинной стоимости, может требовать расторжения сделки), ограничения переуступки требований (lex Anastasiana) и некоторые другие. Многие из этих послеклассических изменений являлись не улучшением, а ухудшением классической системы.

А. Обязательства из договоров

§ 66. 1. Контракты вербальные

Контрактами вербальными, как было уже сказано, называются договоры, обязывающая сила которых заключается в произнесении некоторой словесной формулы (verbis contrahitur). К этой группе контрактов относятся три договора: sponsio или stipulatio, jurata operarum promissio и dotis dictio. Два последних договора (клятвенное обещание вольноотпущенника патрону при освобождении и установление приданого) не имели особенного значения; напротив, stipulatio во всей системе римских обязательств занимает первое место.

Происхождение ее названия было уже неясно для самих римских юристов: «sponsio» выводится то из того, что здесь должник «sua sponte promisit» (добровольно), то из греческого слова

«спонда» — жертвенное возлияние, а потом — мир, договор; «*stipulatio*» — то из слова «*stips*» — монета, то из «*stipulum*» = *firmum* (прочное, крепкое), то из слова «*stipula*» = *festuca* = *vindicta*. Как бы то ни было, но уже из этой неясности названия для самих римлян можно заключить об очень древнем происхождении этого договора. Выше, однако, было уже указано, что эту древность нельзя относить к эпохе законов XII таблиц; если *sponsio* в это время существовала, то она еще не имела юридического характера. Но она существует уже задолго до установления формулярного процесса, и потому время ее возникновения должно быть отнесено к первой половине республики.

Заключается *sponsio* или *stipulatio* в форме устного вопроса кредитора и ответа должника, например: «*Centum mihi dari spondes?*» — «*Spondeo*»; «*Domum mihi aedificare promittis?*» — «*Promitto*» («Клянешься создать 100?» — «Клянусь»; «Обещаешь мне построить дом?» — «Обещаю», *Gai. III. 92* и сл.). При этом выражение «*Spondes — spondeo*» употребляется только между *cives romani*, и тогда договор называется *sponsio*; с peregrинами же договор может быть заключен и в других выражениях (*promittis — promitto, dabis — dabo, facies — faciam* и т. д.), даже не на латинском языке (например, по — гречески: «*δωσεις—δωσω*» и т. д.), и тогда договор называется *stipulatio*; но в дальнейшем никакой юридической разницы между *sponsio* и *stipulatio* нет.

Каким образом появилась эта форма договора в Риме — этот вопрос и доныне остается спорным, вызывая самые разнообразные гипотезы. Савиньи высказал предположение, что *stipulatio* выросла из *nexum* путем ослабления ритуала и усиления словесного элемента; но это предположение не встретило сочувствия: *nexum* и *stipulatio* некоторое время существовали рядом. М. Фогт считает *stipulatio* заимствованием из обычаев латинян, а Гиртоннер пытается объяснить *sponsio* аналогией с *rogatio* закона перед народным собранием (тоже — вопрос и ответ). Наибольшим распространением, однако, пользуется гипотеза сакрального происхождения (высказанная впервые Гушке, но затем подробнее обоснованная Данцем): *sponsio* первоначально была клятвой, посредством которой обещавший что — либо подтверждал свое обещание; тогда *sponsio* пользовалась только сакральной охраной. Мало — помалу, однако, с постепенным падением сакрального авторитета, центр тяжести все более и более переносился на словесный элемент клятвы, а самая клятва опускалась. Вместе с тем светское право взяло *sponsio* под свою защиту. В новейшее время вопрос о происхождении *stipulatio* снова оживился благодаря тому же Миттейсу, который поднял заново и вопрос о *nexum*. По мнению Миттейса, *sponsio* выросла из поручительства, из института *vades*. *Vadimonium* устанавливалось также в форме вопроса и ответа, причем именно поручитель назывался в более раннее время *sponsor*; позже было позволено самому должнику быть, так сказать, своим собственным поручителем, и тогда — то возникла та *sponsio*, которую мы затем встречаем.

Несмотря на все остроумие этой последней гипотезы, едва ли, однако, с ней можно согласиться: как именно устанавливалось в древности *vadimonium*, на этот счет мы несомненных данных не имеем, да и самая связь *sponsio* с *vadimonium*, как со своим исключительным источником, не доказана. С другой стороны, обычай подкреплять обещания клятвой в старину несомненен, причем, по свидетельству древних, эти клятвенные обещания назывались именно *sponsio* (см.: *Festus v. spondere*). При таких условиях самым естественным предположением кажется возникновение *sponsio* из этих древних клятвенных обещаний (Жиар, Гувелин и др.).

Освободившись от своей сакральной оболочки, *sponsio* оказалась в силу своей простоты пригодной и для оборота peregrинов, и, таким образом, рядом с гражданской формой *sponsio* появилась форма *juris gentium* в виде *stipulatio*. Быть может, даже форма, аналогичная этой последней, и самостоятельно возникла в peregrинском обороте (приблизительно таким же путем), и в этом часть истины, заключающаяся в учении М. Фогта.

На основании *stipulatio* возникает обязательство строго одностороннее: кредитор — только кредитор и должник — только должник. В этом сходство *stipulatio* с обязательствами старого гражданского права (*nexum*, обязательство из *legatum*). Далее, это обязательство *stricti juris*: кредитор может требовать только того, что было обещано, без всяких дополнений; он не может требовать ни возмещения убытков, происшедших от неисполнения, ни процентов. С другой стороны, обязательство из *stipulatio* есть обязательство абстрактное: оно возникает только вследствие того, что на вопрос кредитора должник ответил «*spondeo*»; почему он дал такой ответ — это для *stipulatio* безразлично, и ссылаться на те или другие отношения, приведшие к *stipulatio*, — на так называемая *causa*, — ни кредитор, ни должник не вправе.

Если некоторые черты роднят *stipulatio* с обязательствами старого права, то принадлежность к новому слою обнаруживается главным образом в том, что она не имеет уже непосредственной исполнительной силы. В случае неисполнения кредитор не может прямо приступить к *manus injectio*, а должен предварительно предъявить иск и получить в свою пользу приговор. Таким иском, вероятно, в самое раннее время была *legis actio sacramento in personam*, но затем эта форма была заменена *legis actio per condictionem*, причем, по свидетельству Гая, это было сделано двумя законами: *lex Silia* — для того случая, когда предметом обещания была определенная денежная сумма (*de certa pecunia*; вероятно, это был вообще древнейший случай *sponsio*), и *lex Calpurnia* — для исков *de alia certa re*,

о всякой другой определенной вещи («*Servum Stichum dare spondes? — Spondeo*» — «Клянешься отдать раба Стиха? — Клянусь»). По — видимо, позже всего нашла себе признание *sponsio* на действия с неопределенно заранее ценностью («*domum aedificare*» — построить дом и т. п.). С переходом к формулярному процессу иск из *stipulatio* осуществляется в виде формулы *stricti juris*, причем этот иск носит название *condictio certae pecuniae*, если дело идет об определенной денежной сумме, *condictio triticaria*, если дело идет *de alia certa re* («о другой определенной вещи») (*triticaria* от слова *triticum*, хлеб — наиболее частый объект *stipulatio* с определенной вещью: «*Centum modios tritici dare spondes? — Spondeo*» — «Клянешься отдать 300 модиев пшеницы? — Клянусь»), или, наконец, *actio ex stipulatu*, если предметом *stipulatio* было какое — либо иное действие.

Благодаря чрезвычайной простоте и гибкости своей формы, *stipulatio* скоро приобрела широкое распространение: любое содержание могло быть облечено в форму вопроса и ответа. Вместе с тем, эта форма в высокой степени облегчала и доказывание долга в процессе: для обоснования иска достаточно было только доказать факт *stipulatio*. Понятно поэтому, что *stipulatio* сохранила свое первое место в контрактной системе даже после того, как получили признание все другие контракты — консенсуальные, реальные и т. д.: во многих отношениях она представляла для деловых людей незаменимые удобства (вроде современного векселя). Часто ради этих удобств (доказывания, строгости иска и т. д.) стороны и другие обязательства (например, долг из купли — продажи) превращали в обязательство стипуляционное (*novatio*), — совершенно так же, как в наше время облачают в форму векселя. И можно даже определить *stipulatio* в этом отношении как устный вексель.

Но применяясь в течение долгого времени, *stipulatio*, конечно, не осталась без некоторых, и притом довольно существенных, изменений. Важнейшие из них состоят в следующем.

а) Прежде всего, с течением времени наблюдается ослабление требований, предъявляемых к устной форме *stipulatio*. Обычные в прежнее время выражения: «*spondes — spondeo*», «*promittis — promitto*» и т. д. с их неперменным соответствием друг другу перестают рассматриваться как юридическая необходимость. Ульпиан уже признает действительной *stipulatio*, при которой на вопрос «*dabis?*» должник ответит «*quidni*» — то есть, «почему бы нет?» (fr. 1. 2. D. 45. 1). Он отрицает только возможность ответа кивком головы. Император Лев в указе 472 г. санкционирует в качестве *stipulationes* всякие вербальные соглашения, в каких бы выражениях они ни совершались (с. 10. С. 8. 37: «*quibuscumque verbis*»). Все это, конечно, облегчает заключение *stipulatio*, но, с другой стороны, затушевывает границу, отделяющую ее от контрактов консенсуальных и даже от *pacta nuda*.

К этому привходит обстоятельство другого рода. Уже очень рано для того, чтобы еще больше облегчить доказывание *stipulatio*, стали после ее устного совершения составлять письменный документ — так называемый *cautio* — о происшедшем, например: «*Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mitua, et haec quindecim proba recte dari calendis futuris stipulatus est P. Maevius, spondi ego L. Titius*» («Титий подписал, что я принял от Публия Мэвия 15 взаймы и П. Мэвий получил обещание, что эти 15 будут отданы честно и надлежащим образом через месяц, обещал я, Л. Титий»). Такой письменный документ самостоятельной обязывающей силы не имел; должник мог свободно доказывать, что устной *stipulatio* все — таки не было и потому он не обязан. С течением времени, однако, возникает уже предположение в пользу истинности документа («*quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*» — «если будет написано в официальном документе, что пообещал кто — либо, равным образом считается, как если ранее был ответ на вопрос [то есть состоялась стипуляция] — Сентенции Павла», *Pauli sent.* 5. 7. 2.), причем постепенно это предположение приобретает все более и более неоспоримую силу: доказывать при наличии письменного документа несовершенство устной *stipulatio* допускается только одним путем — именно установлением того факта, что в этот день кредитор и должник не были в одном городе (с. 14. 2. С. 8. 37). Вследствие этого практический интерес переносится именно на эту письменную *cautio*, а устная *stipulatio* часто вообще не совершается, и в таких случаях *stipulatio* как бы приобретает характер контракта литерального. Но принудительную силу доказательства нельзя смешивать с существом; несмотря на затемнение границы и с этой стороны, *stipulatio* в основе своей остается и в праве Юстиниана контрактом вербальным: она будет действительна и без всякого письменного документа.

б) Не менее существенно и другое изменение — именно, ослабление абстрактного характера *stipulatio*. Как было указано, *stipulatio* порождала строгое обязательство, зависящее только от того, что *verba* были произнесены; внутренняя *causa* обещания значения не имела. Ввиду этого, если должник произнес свое «*spondeo*», потому что рассчитывал получить от стипулянта деньги взаймы, но стипулянт их не дал и *promissio* оказалась таким образом данной впустую, — то должник, несмотря на это, все же считался обязанным и по иску из стипуляции должен был платить (*Gai.* IV. 116: «*si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris*» — «если я получил от тебя обещание платежа по стипуляции, будто намереваюсь дать тебе деньги взаймы, но не дал их, то ведь несомненно, что эти деньги могут быть у тебя истребованы, ты же должен их отдать, так как обязан в силу стипуляции»). Он мог только, уплатив, потребовать уплаченное обратно посредством

condictio sine causa (иск о неосновательном обогащении), но это был уже другой процесс: сейчас он должен был платить, так как никакое возражение *ex causa* (со ссылкой на основание платежа) не принималось.

С течением времени, однако, это было признано несправедливым, и претор стал давать должнику против иска из *stipulatio exceptio doli* (Gai. IV. 116a: «sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere» — «но так как несправедливо, чтобы ты был присужден к оплате на этом основании, то ты должен защищаться ссылкой на злоумышленный обман со стороны кредитора»). Но при этом должник, предъявляющий эту *exceptio*, должен был доказать отсутствие *causa* (то есть неполучение денег от кредитора), так как предположение все же было против него. В период империи (со времен Каракаллы) положение еще более меняется: в случае предъявления *exceptio* уже не ответчик, а истец несет *onus probandi*; уже он должен доказывать наличие *causa*, то есть что деньги были им действительно переданы (с. 3. С. 4. 30: «*exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi numeratam: quo non impleto absolutio sequetur*» — «выдвинутым возражением советчика в отношении зла криминального обмана или неполучения им денег от истца к доказыванию факта передачи должнику кредита принуждается истец: при недоказуемости этого факта им отклоняется»). Кроме возражения — *exceptio doli* или, как она еще иначе называется, *exceptio non numeratae pecuniae*, — должник может требовать признания *stipulatio* недействительной и путем иска — так наз. *querela non numeratae pecuniae*. Так как в послеклассическую эпоху *stipulatio* обыкновенно сопровождается составлением письменного документа, то эта *querela* по преимуществу имеет характер иска о признании документа недействительным в силу его безденежности. Как *exceptio*, так и *querela* уже простым своим предъявлением вынуждают обладателя этого документа, кредитора, доказывать наличие *causa* иными средствами. Указанный выше рост значения письменных документов привел затем к тому, что право предъявления *querela non numeratae pecuniae* было ограничено кратким сроком, при Юстиниане — двухгодичным.

Возможность противопоставить иску из *stipulatio* возражение *ex causa* и тем заставит истца доказывать эту *causa* иными средствами, разумеется, в корень подорвала значение *stipulatio* как сделки абстрактной и тем лишила ее значительных преимуществ в обороте.

Таким образом, ясная и чистая юридическая фигура классической *stipulatio* в праве абсолютной монархии во многих отношениях затуманивается и обесценивается.

Сложные формы *stipulatio*. Уже чуть не с момента своего первого появления *stipulatio* стала употребляться не только в тех случаях, когда договор должен связать двух лиц — одного кредитора с одним должником, но и в более сложных отношениях, когда на той или другой стороне выступают несколько участников требования или долга. Такое соучастие в обязательстве может иметь различное значение и вылиться в различные формы.

1. Соучастие корреальное. Могут быть случаи, когда по тем или иным соображениям несколько лиц желают выступить в качестве сокредиторов, однако, так, чтобы каждый из них имел все права самостоятельного кредитора — мог получать платеж, предъявлять иск и т. д., — и чтобы платеж одному погашал требование всех, предъявление иска одним лишало иска других. Например, два брата ведут нераздельное хозяйство; я обращаюсь к ним с просьбой дать мне займы; они согласны, но предвидят, что ко времени наступления срока платежа кому — нибудь из них придется по делам уехать, но кому именно — еще не знают; ввиду этого они желали бы выступить в качестве сокредиторов в описанном смысле. Равным образом, возможно подобное же желание и со стороны нескольких должников: в нашем примере братья просят у меня займы, и я согласен, но лишь с тем условием, чтобы я мог взыскивать долг с любого из них.

В случаях подобного рода стали прибегать к следующему способу заключения *stipulatio*. Если желают несколько лиц выступить в качестве сокредиторов, то все они поочередно один за другим произносят вопрос: «*Centum mihi dare spondes?*», «*Eosdem centum mihi dare spondes?*» («Обещаешь мне отдать 100?», «Эти же 100 обещаешь мне отдать?»), причем должник отвечает им всем сразу «*Utrique vestrum dare spondeo*» («Каждому из вас обещаю отдать»). Если, напротив, несколько лиц выступают на стороне должника, то кредитор предлагает каждому из них, но без перерыва, один из тот — же вопрос: «*Maevi, quinque aureos dare spondes?*», «*Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?*» («Мэвий, обещаешь дать пять золотых?», «Сай, обещаешь дать эти же пять золотых?»), и тогда оба они отвечают: «*Spondeo*», «*Spondeo*» (р. In. 3. 16). По терминологии источников, в первом случае мы будем иметь двух *correi* (совместно привлекаемые к ответственности, *congreus*) *stipulandi* или *correi credendi*, во втором — *correi promittendi* или *correi debendi*. Отсюда и название такого обязательства корреальным; оно будет активно — корреальным в первом случае и пассивно — корреальным во втором.

В результате такой *stipulatio* является обязательство с несколькими соучастниками, но с одним предметом: если будет уплачено одному (кредитору) или одним (из должников), все обязательство погашается; равным образом, погашает (консумирует) все обязательство и иск (*litiscontestatio*), предъявленный одним кредитором или против одного из должников.

Stipulatio была первым способом для установления такого соучастия. Но затем оно было признано и в целом ряде других случаев: оно могло быть установлено и в контрактах иного рода (консенсуальных и т. д.), оно возникало в случаях совместного деликта (несколько воров), оно устанавливалось иногда самим законом (например, несколько соопекунов). Но во многих из только что указанных случаев обязательство всех, погашаясь платежом, не погашалось простым предъявлением иска против одного (litiscontestatio консумирующего значения не имела). Ввиду этого от коррeальности с консумирующим действием иска стали отличать обязательства без этого действия под именем обязательств солидарных (все отвечают in solidum — на все).

2. Соучастие акцессорное . В случаях только что рассмотренных мы имели такой вид соучастия, когда все сокредиторы или все содолжники занимали равное друг с другом положение. Но возможны и такие отношения, при которых одно лицо желает выступить в обязательстве в качестве главного, присоединив другое лишь в качестве дополнительного, подсобного соучастника. В таких случаях право или обязанность этого другого будет только accessorium (дополнением) к праву или обязанности первого. Отношения этого рода также нашли себе первое юридическое выражение в форме stipulatio.

а) Adstipulatio . Если указанное отношение мы имеем на стороне кредитора, то оно выливается в форму adstipulatio: сначала предлагает вопрос и получает ответ главный кредитор (stipulator), потом предлагает тот же вопрос кредитор добавочный — adstipulator — и получает второй ответ от должника («Centum mihi dare spondes? — Spondeo»; «Eosdem centum mihi dare spondes? — Spondeo»). На основании этого второго ответа adstipulator является для должника таким же кредитором, как и stipulator: он может получать платеж, предъявлять иск и даже прощать долг. Но он присоединен только в интересах кредитора и потому полученное или взысканное он должен передать этому последнему (Gai. III. 110 и сл.).

Главной причиной, вызвавшей появление adstipulatio в истории, была недопустимость в легисакционном процессе представительства; если кредитор предвидел, что ко времени взыскания он лично не будет в состоянии предъявить иск, он должен был заранее приготовить себе заместителя, сделав его вторым, добавочным кредитором. Ввиду того, что тогда договор поручения (mandatum) еще не имел исковой силы, lex Aquilia во второй своей главе устанавливала ответственность добавочного кредитора (adstipulator), злоупотребившего своим положением в ущерб кредитору (Gai. III. 215); здесь — то мы и имеем первое упоминание о stipulatio. С допущением процессуального представительства эта функция adstipulatio отпала, и в эпоху Гая она употребляется главным образом только для случаев обещания post mortem creditoris, что невозможно было для стипуляции простой (Gai. III. 117).

б) Adpromissio . Гораздо чаще встречается присоединение добавочного должника — adpromissio. Главную целью такого присоединения является поручительство: за долг главного должника берет на себя ответственность другое лицо — поручитель.

Поручительство имеет в римском праве длинную и сложную историю. Мы уже упоминали о praedes и vades старого права; мы говорили о том, что в древнейшее время поручитель являлся как бы заложником: в случае неисполнения ответственность обрушивалась сразу на него и исключительно на него; тот, за кого поручитель выступил, от ответственности был свободен. Но, как сказано, институт praedes и vades нам мало известен.

Когда с несколько большим развитием деловых отношений почувствовалась и более настоятельная потребность в поручительстве, на первых порах эту потребность удовлетворяли в форме стипуляции коррeальной: поручитель являлся таким же должником, как и тот, за кого он ручался, и лишь обычай требовал, чтобы кредитор при взыскании обращался сначала к главному должнику. Но затем внутренняя акцессорность поручительства начинает находить себе и внешнее выражение, причем возникают две старейшие формы поручительства — sponsio и fidepromissio . Различие между этими формами состоит только в словах, при помощи которых они заключались; юридическое же значение обеих совершенно одинаково. После вопроса главному должнику и его ответа кредитор обращался с вопросом к поручителю: «Idem spondes?» («Обещаешь то же самое?») или «Idem fide tua promittis?» и получал от него соответствующий ответ: «Idem spondeo» (sponsio) или «Idem fide mea promitto» (fidepromissio).

Обе эти формы могли иметь место лишь тогда, если главное обязательство было также заключено в виде stipulatio, и лишь непосредственно после этой главной stipulatio; они представляли adpromissio в полном значении этого слова. Юридические последствия такого поручительства носят на себе следы старинного воззрения на обязательство, как на некоторую чисто личную связь: обязанность поручителя погашается с его смертью и на наследников не переходит (черты заложничества).

В связи с долговым правом вообще и вопрос о поручительстве немало занимал республиканское законодательство; мы имеем сведения о нескольких законах (неизвестной, впрочем, даты), которые пытались точнее регулировать отношения из поручительства (Gai. III. 121 и сл.). Так, lex Apuleia установила между несколькими сопоручителями нечто вроде товарищества —

«quandam societatem» — по отношению к ответственности за долг: если один из них уплатит, другие должны возместить ему в соответственных долях. Lex Furia пошла далее и предоставила сопоручителям право требовать от кредитора раздела взыскания между всеми живыми и состоятельными сопоручителями. Сверх того, тот же закон установил погашение ответственности поручителя двухлетней давностью. Lex Cicereia предписала необходимость praedictio, то есть обязала должника при установлении нескольких поручительств объявлять заранее, сколько поручителей и кто они. Наконец, lex Publilia установила для поручителя, уплатившего долг, особый строгий иск против главного должника — actio depensi — о возмещении уплаченного, причем этот иск осуществлялся в форме manus injectio, и притом в ее старом и наиболее строгом виде — manus injectio pro iudicato, то есть с необходимостью для защиты в выступлении vindex'a.

Однако, spondio и fidepromissio имели то существенное неудобство, что они могли обеспечивать только обязательства стипуляционные и притом должны были быть заключены тотчас же после них. Неудобно было и погашение поручительства смертью. Ввиду этого с течением времени появляется новая форма — fidejussio, свободная от этих неудобств и потому впоследствии вытеснившая старые sponsio и fidepromissio. Fidejussio представляет собою формально самостоятельную stipulatio; лишь материально она подкрепляет другое обязательство и уже безразлично какое — стипуляционное, консенсуальное и т. д. Кредитор, указав в своем вопросе то обязательство, которое обеспечивается (например, «quod mihi Titius ex empto debet» — «что мне Тиций должен по обязательству как покупатель»), спрашивал поручителя: «Id fide tua esse jubes?» («прикажешь ли, чтобы это было на твоей совести?»), на что поручитель отвечал: «Id fide mea jubeo» («приказываю, чтобы это было на моей совести», Gai. III. 115–117).

К fidejussio все упомянутые законы республиканской эпохи не относились, и потому развитие норм о поручительстве должно было повториться по отношению к ней заново, но, разумеется, в исправленном виде.

В течение всего классического и постклассического периода общим правилом остается то, что кредитор при неисполнении может предъявить иск по своему усмотрению либо против главного должника, либо против поручителя. Юстиниан указом 535 г. (Nov. 1) облегчил положение последнего тем, что дал ему так называемое beneficium excussionis sive ordinis: поручитель мог требовать, чтобы кредитор сначала обратил взыскание на главного должника.

Если поручитель уплатил долг, он имеет регресс (право поручителя взыскать с должника уплаченный им за него долг) против главного должника, с каковою целью он может потребовать от кредитора при самом платеже переуступки его иска — так называемое beneficium cedendarum actionum. Старая actio depensi отпала.

Наконец, если есть несколько сопоручителей, то первоначально все они отвечали на выбор и in solidum; император Адриан предоставил, однако, и для fidejussores так называемое beneficium divisionis: тот, против кого предъявляется иск, может требовать, чтобы кредитор разделил взыскание между всеми, кто не отсутствует и не является несостоятельным (fr. 26. D. 46. 1).

Несмотря на то, что в классическом праве возникли и другие формы поручительства (так называемые mandatum qualificatum и constitutum debiti alieni), fidejussio все же оставалась до конца формой основной.

§ 67. 2. Контракты литтеральные

Юридическая природа литтеральных контрактов заключается в том, что обязательство возникает при них не из простого соглашения сторон, а из письменной формы, в которую оно должно быть облечено.

Римское право периода республики и классических юристов знает такое литтеральное обязательство в виде книжного долга. Первоначальное возникновение этой формы неясно. Некоторые ставят ее в связь с пехит (запись займов, заключенных посредством пехит, в книгах — Жирар), другие усматривают его зародыш еще в книгах понтификов, которые в древности играли до некоторой степени роль нотариусов (Безелер). Во всяком случае, эта форма является одной из ранних: ко времени Цицерона она уже старое, обычное явление.

Общая сущность этой формы состоит в следующем (Gai. III. 128–134). У римлян вообще был обычай тщательно вести свои хозяйственные книги: изо дня в день записывались приход и расход, все издержки и поступления. Эти обыкновенные записи (так называемые *potina arcaia*) могли быть иногда доказательством уже существующего обязательства (иным образом возникшего), но не могли служить способом возникновения нового. Иное значение приобрели эти записи в отношениях между банкирами — профессионалами (*argentarii*). Наиболее частыми и типичными сделками банкирского оборота были две следующие:

а) *Transscriptio a re in personam*. Предположим, что между двумя лицами существуют постоянные деловые отношения. А поставляет В какие — нибудь товары и получает от него в разные сроки известные суммы. Все эти поставки и платежи записываются в приходо — расходных книгах —

codices accepti et expensi — обоих участников: в книге А на странице расходов (*pagina expensi*) будет помечено: «тогда — то такому — то дано товаров на такую — то сумму» и т. д. (*expensilatio*), а на странице доходов (*pagina accepti*) будут помечены все получения: «тогда — то от такого — то получено столько — то» (*acceptilatio*). Те же статьи будут отмечены и в книге В, — но, разумеется, в обратном значении: то, что у А отмечено как полученное, у В будет помечено как издержанное. Периодически, по истечении известных сроков (год, месяц), обе стороны подводят итоги их взаимных деловых отношений, и, положим, итог оказывается остатком в пользу А на 100 (*saldo* на современном коммерческом языке). Тогда все прежние отделения сделки ликвидируются соответствующими пометками в книгах, а взамен их А записывает у себя на странице *expensi*: «дано В 100», одновременно В записывает у себя: «получено от А 100». В результате такой операции получится обязательство В уплатить А 100; обязательство это материальными корнями своими связано со всей совокупностью прежних сделок, но формально оно от них оторвано. Все прежние отношения ликвидированы, и то, что есть теперь, является уже обязательством новым; в этом смысле мы имеем здесь действительную «переписку с отдельных *res* просто на личность» — *transscriptio a re in personam*. Новое обязательство будет уже обязательством абстрактным, и никакие возражения из прежних *causae*, прежних *res* допущены не будут. Обязанность В уплатить 100 формально вытекает теперь из записи в книгах (*litterae*) и потому является обязательством литеральным.

b) *Transscriptio a persona in personam*. Другой случай, где мы будем иметь тот же результат, состоит в следующем. А должен 100 В; В, в свою очередь, должен 10 С; по взаимному соглашению все эти лица производят соответствующие отметки в своих книгах с тем, чтобы погасить посредствующие обязательства и поставить в прямую связь А с С: А запишет у себя в графе *acceptum*: «получено от С 100», а С — в графе *expensum*: «дано А 100». Должником С будет теперь вместо В новое лицо А, и потому случай этот будет действительно *transscriptio a persona in personam* («с одного лица на другое»). Обязательство между А и С, как и в предыдущем случае, вытекает по существу из ряда прежних отношений, но юридически оно — новое обязательство, оторванное от прежних и черпающее свою силу исключительно из записи в книгах, из *litterae*.

Вероятно, описанными *transscriptiones* книжные операции не ограничивались; возможно, было, по — видимо, и прямое установление обязательства путем занесения соответствующих записей: А, желая подарить В или оказать ему кредит, заносил в свою книгу: «получено от В 100», а В записывал: «дано А 100». Хотя в действительности никакой *numratio pecuniae* не было, тем не менее обязательство существует и может быть осуществлено судом. Вероятно, далее, что в отношениях между *argentarii* их книги выполняли и некоторые другие функции). Вероятно, наконец, и то, что, зародившись в профессиональном обороте банкиров, литеральный контракт стал затем институтом права общегражданского. Но вообще многое в этих литеральных контрактах классического времени остается неясным, так как они сравнительно рано — уже в период империи — выходят из употребления.

В то время как в обороте между *cives romani* употреблялись указанные книжные операции, в обороте между peregrinami (греческих или эллинизированных провинций) весьма распространены были письменные обязательства иного рода — *syngraphae* и *chirographa* (Gai. III. 134). *Chirographum* — это документ, написанный от лица должника и свидетельствующий о его долге; *syngrapha*, напротив, документ, говорящий об обязательстве от имени обеих сторон и скрепленный подписями и печатями как кредитора, так и должника. Но вопрос о юридической природе этих документов весьма спорен. Гай в цитированном месте как будто признает их не простыми средствами доказательства, а подлинными литеральными контрактами peregrinского права («*Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis*» — «кроме того, обязательство из литеральных контрактов, кажется, возникает посредством хирограф и синграф»). С другой стороны, в одном месте Псевдо — Аскония (речь идет об Асконии — римском филологе из г. Падуя (9 г. до н. э. — 76 г. н. э.), которому приписывают ряд исторических комментариев к речам Цицерона, Псевдо — Асконии поскольку авторство этих произведений вызывает сомнения) проводится между обоими видами документов различие: в то время как *chirographa* характеризуются в смысле документов, свидетельствующих о существующем, реальном долге, о *syngraphae*, напротив, говорится, что в них «*etiam contra fidem veritatis pactio venit... more institutoque Graecorum*» («даже вопреки действительному обещанию появляется договор... по обычаю и обыкновению греков»). Ввиду неясности источников одни из современных исследователей (Гнейст, Савиньи и др.) вовсе отрицают за этими документами самостоятельную обязывающую силу, другие (Миттейс, Коста и т. д.), напротив, таковую за ними признают.

Как бы то ни было, но распространение на всю империю права римского гражданства при Каракалле лишило этот институт peregrinского права юридической силы. Однако, он не исчез вовсе, а возродился в постклассическом римском праве в виде тех письменных *cautiones*, с которыми мы познакомились при *stipulatio*. Старая греческая привычка к письменным документам и доверие к ним легко приспособились к *stipulatio*: стоило только при совершении документа проделать нетрудную формальность устного вопроса и ответа. Установившаяся впоследствии *praesumptio stipulationis* и

ограничение возможности оспаривать *cautio*, о чем было сказано выше, создали в конце концов практически для этих *cautiones* почти такую же юридическую силу, какую имели (если вообще имели) старые *syngraphae*. *Mos Graecorum* нашел себе место и в *jus Romanorum*.

Ввиду именно этого практического значения *cautiones*, когда оспаривание их посредством *querela non numeratae pecuniae* уже невозможно, Юстиниан в своих «Институциях» (In. 3. 21) и говорит: «*sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur*» («так стало, как и теперь, что пока не может оспорить, обязывается письменным записями»). С юридической точки зрения, однако, это неточно: обязательственная сила *cautio* лежит не в *scriptura*, а в неоспоримом более предположении устной *stipulatio*, в фиктивном вербальном акте.

§ 68. 3. Контракты реальные

Если *stipulatio* и литеральные контракты суть договоры формальные, то все остальные контракты не связаны с какой — либо определенной формой, все они — договоры неформальные. Но между ними есть то различие, что одни из них для своей действительности не требуют ничего, кроме простого соглашения (*nudus consensus*) между сторонами (контракты консенсуальные), меж тем как другие получают юридическую силу только с того момента, когда на основании соглашения одна сторона передала другой ту вещь, которая была предметом договора. До этого момента соглашение само по себе значения не имеет. Так, например, договор о том, что я вам дам завтра известную сумму займа или возьму у вас какую — нибудь вашу вещь на сохранение, еще не создает никаких обязанностей ни для меня, ни для вас; если я завтра вопреки обещанию откажу вам, я никакой ответственности пред вами не подлежу. С точки зрения римского права, это будет простое *actum de contrahendo*, соглашение о будущем заключении договора, которое, как простое *actum*, иска не рождает. Поэтому в таких случаях, если стороны желали придать своему соглашению обязательную силу, они должны были облечь его в форму *stipulatio*. Без этого обязательство возникает только тогда, когда деньги займа будут даны, вещь передана на сохранение и т. д. Контракты этого рода и называются реальными («*re contrahitur obligatio*» — «обязательство создается вещью»). Позднейшее римское право знает четыре типа этих контрактов — *mutuum*, *commodatum*, *depositum* и *pignus*; но сюда надо присоединить, с одной стороны, исчезнувшую впоследствии *fiducia*, а с другой стороны, так называемые безымянные реальные контракты — так сказать, *contractus innominati*, представляющие уже образование в окончательном виде послеклассическое.

Древнейшим видом реального контракта является *mutuum*, бесформальный заем. Юридическая сущность *mutuum* состоит в том, что одна сторона (кредитор) дает другой (должнику) известное количество денег или других заменимых вещей (столько — то четвертей ржи, столько — то фунтов масла и т. д.) в собственность с тем, чтобы в назначенный срок (или по востребованию) кредитору было возвращено такое же количество таких же самых вещей (*tantundem ejusdem generis* — fr. 1. 2. D. 44. 7). Таким образом, объектом займа могут быть только вещи заменимые, то есть такие, которые фигурируют в обороте мерою, весом, счетом — *quae numero pondere mensura consistunt, quae in genere functionem suam recipiunt*.

Как мы знаем, в старом гражданском праве заем (денежный) осуществлялся в форме *pecum*. Но эта форма отталкивала своею строгостью и не годилась для обычных житейских отношений — займа небольшой суммы денег, какого — нибудь количества продуктов и т. д. Такие неформальные, так сказать, соседские, займы, несомненно, все — таки всегда заключались, хотя, конечно, в древности исковой силы не имели. С возникновением *stipulatio* их стали часто облечь в эту форму; но все же оставалось в жизни немало случаев, когда и этой формальности не соблюдали.

Хотя такой бесформальный заем, *mutuum*, как договор не имел никакой силы, тем не менее все — таки в результате его оказывалось, что одно лицо имеет в своем имуществе некоторую ценность, полученную из имущества другого. Оставить эту ценность ему в ущерб этому другому не было никаких оснований, и вот римское право уже очень рано начинает давать кредитору гражданский иск о возвращении этого недолжного обогащения. Если можно сомневаться в применении к займам этого рода *legis actio per sacramentum*, то во всяком случае установленные законами *Silia* и *Calpurnia conditiones* (*de certa credita pecunia* и *de alia certa re*) охватывали и их. Кредитор, давший займа, был, таким образом, теперь защищен, но защита эта вытекала не из признания договора займа, а из простого факта перехода ценности (*res*) из его рук в другие. Так определилась будущая природа *mutuum*, как контракта реального.

С течением времени договорная природа *mutuum* выступает значительно вперед, но многие следы первоначального воззрения сохраняются и в праве позднейшем. Иски из *mutuum* те же, что и раньше: *condictio certae pecuniae* и *condictio triticaria*. Обязательство из *mutuum* до конца остается обязательством *stricti juris* и обязательством строго односторонним: каких — либо встречных претензий (например, заимодавец дал хлеб плохого качества и тем причинил должнику убытки) должник при нем предъявлять не может. С другой стороны, и кредитор может требовать только того,

что было дано, без всяких дополнительных претензий: убытков, происшедших от несвоевременной уплаты, процентов и т. д.

Но, сохраняя эти черты своего происхождения, *mutuum* в учениях классических юристов принимает уже вполне определенный характер отношения договорного и значительно отделяется от исков из неосновательного обогащения вообще. Недостаточно для возникновения заемного обязательства простого перехода денег, говорит Павел (fr. 3. 1. 44. 7); необходимо намерение обеих сторон установить именно заем. Поэтому, например, если должник не обладал дееспособностью (например, по несовершеннолетию), необходимой для заключения договора, займа не будет: кредитор вправе будет требовать только выдачи обогащения — то есть только того, что еще в имуществе (малолетнего) должника сохранилось (например, из данных 100 только 40, если остальные 60 малолетний должник растратил).

В период империи и по отношению к *mutuum* распространился обычай письменных документов: для лучшего доказательства факта займа составлялась письменная *cautio*. Но затем и здесь значение этого письменного документа возрастало и вообще имело ту же историю, какую мы видели по поводу *stipulatio*: с ограничением возможности *querela non numeratae pecuniae* известным сроком и здесь *scriptura* могла оказаться заменой *numratio*.

Независимо от этого, законодательство периода империи интересовалось займом специально в следующих двух направлениях.

а) В конце республики — начале империи всесторонняя общественная деморализация выразилась, между прочим, и в том, что так называемая «золотая молодежь» того времени, сыновья зажиточных родителей, часто прибегали к займам у различных замаскированных ростовщиков с тем, что уплата будет произведена после смерти *paterfamilias* и получения наследства. Условия займа были при этом, конечно, самые тяжелые. Зло это приобрело такое распространение, что уже императором Клавдием был издан какой — то закон, который, по свидетельству Тацита (Ann., 11, 13), «*saevitiam creditorum coeruit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum foeneri darent*» («обуздал свирепость кредиторов, чтобы не давали деньги под процент сыновьям семейств в расчете на смерть родителей»). Но этот закон не устранил зла, и при Веспасиане произошло событие, которое глубоко взволновало общественное мнение: один из таких задолжавшихся *in mortem parentum* сыновей, теснимый кредиторами, убил своего отца. Под впечатлением этого убийства состоялось сенатское постановление, получившее впоследствии от имени убийцы — *Macedo* — название *senatusconsultum Macedonianum*. Это сенатское постановление гласит, что заем подвластному сыну (без согласия отца) никогда, даже после смерти *paterfamilias*, не может дать кредитору иска (текст в fr. 1 pr. D. 14. 6; он носит следы сенатского раздражения: «*ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri*» — «чтобы знали те, кто с дурным примером дают процентные займы, что никогда дом сына семейства не станет действительным путем возложения надежд на смерть отца»). Однако добровольная уплата сыном рассматривается, как уплата долга, и, таким образом, *senatusconsultum Macedonianum* оставляет обязательство сына в виде *obligatio naturalis*.

б) Другой вопрос, который занимал законодательство, — это вопрос о процентах, причем этот вопрос имеет значение для всех видов займа, в какую бы форму он ни был облечен (*mutuum*, *stipulatio*, литеральный контракт). При *mutuum*, ввиду указанного выше правила о том, что кредитор может требовать только того, что было дано, соглашение о процентах должно было выразиться в отдельной *stipulatio usurarum*.

Как известно, вопрос о предельной норме процентов идет еще от законов XII таблиц, которые устанавливали *maximum* в 8 1/3 % годовых и карали ростовщиков, *foeneratores*, штрафом *in quadruplum*. В 347 г. до Р.Х. неизвестный закон понизил этот *maximum* вдвое, а через пять лет *lex Genucia* запретил взимание процентов вовсе. Но этот закон скоро вышел из употребления, и в эпоху Цицерона законной предельной нормой является 12 % (*usurae centesimae*). Эта норма и оставалась в течение всего классического периода, хотя она была значительно выше обычного договорного уровня. Юстиниан законом 528 г. (с. 26. С. 4. 32) понизил эту норму до 6 %, однако, с известными отступлениями: так, для сопряженного с особым риском заморского займа (*foenus nauticum*), для которого раньше предельной нормы не существовало, Юстиниан установил 12 %; торговцы между собой могут брать до 8 %; напротив, *personae illustres* — не более 4 %. — Взимание процентов свыше предельной нормы не влечет, однако, никакого штрафа для кредитора; предписывается только излишне полученное зачитывать в погашение капитала. Сверх того, даже дозволенные проценты, когда общая сумма их достигает размеров капитала, перестают далее течь (*non ultra alterum tantum* — «не больше другого такого же [капитала]»). Наконец, Юстиниан запретил взимание процентов на проценты (так называемый *anatocismus*) — даже тогда, если кредитор готов был оставить их должнику в виде нового займа.

Все это законодательство Юстиниана о процентах, вызванное, без сомнения, самыми лучшими побуждениями, свидетельствовало, однако, о плохом понимании природы экономических явлений. Разумеется, в чрезмерно высоких процентах выражается иной раз и подлинное жадное

ростовщичество, но гораздо чаще тут примешивается элемент экономического риска. Законы о процентах, особенно в таком виде, в каком мы их видим при Юстиниане, совершенно не считаются с этим и, в конце концов, быть может, не улучшают, а ухудшают положение тех же *miseri debitores*, в интересах которых они изданы. Ростовщичество, как показывает его история везде, выливается тогда в разные скрытые формы, а риск быть избалованным перекадывается на тех же должников в виде такой или иной усиленной премии.

Значительно позже *mutuum* получили юридическое признание три других реальных контракта — *commodatum*, *depositum* и *pignus*, причем их исторической предшественницей явилась уже известная нам *fiducia*, которая сыграла для них и подготовительную роль.

Как известно, уже в старом цивильном праве потребность отдачи вещи во временное пользование, на сохранение и в залог удовлетворялась посредством *mancipatio* или *in jure cessio* этой вещи с присоединением *actum fiduciae*. Мы знаем также, что это *actum fiduciae*, в древности совершенно неискковое, было снабжено затем иском — сначала преторским, а затем и цивильным — *actio fiduciae*. Этим иском мог воспользоваться не только передавший вещь для получения ее назад — *actio fiduciae directa*, но и то лицо, которому вещь была передана, если для него возникли какие — либо убытки: например, ему был манципирован с целью сохранения раб, страдающий заразной болезнью, которую он заразил затем собственных рабов получателя; в таком случае последний имеет *actio fiduciae contraria*. Получив (уже ко времени К. Муция Сцеволы) эти иски, *fiducia* превратилась в настоящий реальный контракт, с тем, однако, различием, что соглашение о ней (*actum fiduciae*) составляло лишь элемент формальных сделок *mancipatio* или *in jure cessio* и, следовательно, само являлось формальным. Ввиду этого *fiducia* должна быть характеризована, как договор формально — реальный.

Хотя *fiducia* в изложенном виде продолжала существовать в течение всего классического периода, тем не менее, она имела большие неудобства: во — первых, то, что она требовала соблюдения формальностей *mancipatio* или *in jure cessio*, а во — вторых, то, что она была сопряжена с переходом права собственности на вещь. Всякое отчуждение вещи тем, кому она была вверена, лишало доверителя даже надежды на ее получение обратно, а личный иск — *actio fiduciae* — мог оказаться вследствие несостоятельности ответчика безрезультатным.

Вследствие этого рядом с фидуциарными соглашениями существуют и неформальные договоры отдачи вещи во временное безвозмездное пользование (*commodatum*), на сохранение (*depositum*) и в обеспечение долга (*pignus*). Лицо, передавшее вещь с этими целями, сохраняет свою собственность и потому может вытребовать ее обратно посредством *rei vindicatio*, а в случае растраты имеет и деликтные иски (*actio furti* и т. д.; для *depositum* законы XII таблиц устанавливали даже специальный иск *in duplum*). Но договор, как таковой, еще не имеет никакого значения: лицо, которому вещь была дана в пользование, не может возражать против преждевременного (вопреки соглашению) требования вещи назад, не может требовать возмещения причиненных ему убытков и т. д.

С течением времени и здесь приходит на помощь претор и начинает давать *actiones in factum*. Но основанием этих преторских исков все еще не является обязательство, возникшее из договора. Отправной мыслью претора была идея вреда, причиненного одним лицом другому: если я дал вам вещь на сохранение и вы мне ее не вернули, вы причинили мне вред; если я дал вам на сохранение большое животное, которое заразил ваших, я причинил вам вред; в обоих случаях справедливость требует, чтобы вред был возмещен. Эту цель и преследуют преторские *actiones in factum*.

Мало — помалу, однако, в обороте вырабатывается воззрение, что во всех этих случаях *bona fides* требует не только возмещения вреда, но и исполнения того, что было условлено. Если вы передали мне во временное пользование лошадь, на которой я должен был поехать по очень нужному делу, а потом оказалось, что вы дали мне лошадь заведомо негодную, вы должны возместить мне не только те действительные убытки, которые я понес, но и то, что я имел бы, если бы вы исполнили свое обещание так, как следует (так называемый положительный договорный интерес). На почве этого воззрения возникает возможность предъявлять и цивильные иски *bonae fidei*: благодаря предписанию судье судить *ex fide bona* — «*uti inter bonos bene agier oportet*», — это воззрение оборота оказывает влияние на судебный приговор. Вместе с этим было достигнуто признание наших соглашений контрактами.

Этот процесс развития, по — видимому, шел не для всех трех договоров одновременно; но, во всяком случае, в начале империи он уже закончился. Для некоторых из них долгое время *formula in factum* и *formula in jus concepta* существуют рядом (для *commodatum* и *depositum*), но чем далее, тем более последняя оттесняет первую, как более узкую. Как бы то ни было, но для классических юристов уже вне всякого спора, что *commodatum*, *depositum* и *pignus* суть вполне действительные реальные контракты — каждый со своею особою юридической физиономией.

а) *Commodatum* — ссуда — есть договор, в силу которого одно лицо (коммодант, *commodans*) передает другому (коммодатарий, *commodatarius*) известную вещь во временное безвозмездное

пользование. Объектом ссуды может быть только вещь индивидуально определенная ; этим признаком ссуда отличается от займа. Предоставление пользования должно быть безвозмездным , в противном случае договор будет не ссудой, а наймом. По своей природе *commodatum* принадлежит к договорам двухсторонним , хотя и неравносторонним (*contractus bilateralis inaequalis*). *Prima facie* из него возникает обязанность для коммодатария — вернуть вещь в неповрежденном состоянии; в случае повреждения или гибели вещи он отвечает за всякую вину с своей стороны, за *omnis culpa* . Иск коммоданта против коммодатария есть *actio commodati directa* . С другой стороны, иногда может возникнуть и требование коммодатария против коммоданта: например, данная в ссуду вещь причинила коммодатарию убытки (вышеприведенный пример с больной лошастью). По поводу этих убытков коммодант отвечает только тогда, если ему может быть поставлен в упрек умысел или грубая небрежность — *dolus* или *culpa lata* (если, например, он знал, что дает лошадь, больную заразной болезнью). Для осуществления своих претензий коммодатарий имеет *actio commodati contraria* .

От *commodatum* надо отличать *precarium* . Это есть также предоставление вещи в безвозмездное пользование, но только до востребования и без всякого обязательственного характера для дающего. По отношению к третьим лицам прекарист находится даже в лучшем положении, чем коммодатарий: он пользуется, как известно, самостоятельной посесорной защитой; но по отношению к хозяину вещи — *praesario dans* — он никаких претензий иметь не может. *Precarium* употреблялся в древности главным образом в отношениях между патронами и клиентами, бывшим господином и вольноотпущенниками и т. п.

b) *Depositum* — поклада — есть договор, в силу которого одно лицо (*deponens*, депонент) передает другому (*depositarius*, депозитарий) вещь на сохранение. Объектом *depositum* в истинном смысле также может быть только вещь индивидуально определенная . Правда, бывают случаи, когда отдаются на сохранение и вещи родовые (например, такая — то сумма денег) с тем, чтобы потом были возвращены не те же самые вещи, а *tantundem ejusdem generis*, — но тогда мы имеем так называемый *depositum irregulare* — договор, приближающийся уже по существу к займу (ибо и здесь вещи переходят в собственность того, кому даются на сохранение). *Depositum*, далее, должен быть также безвозмездным; в противном случае это будет уже не поклада, а наем. Отношения между сторонами складываются аналогично отношениям при *commodatum*: депонент имеет *actio depositi directa* о возвращении вещи, причем, однако, — так как *depositum* заключается не в интересах депозитария — последний отвечает только за *dolus* и *culpa lata*; депозитарий имеет против депонента *a. depositi contraria* , причем депонент отвечает за *omnis culpa* (то есть и за *culpa levis* — простую, легкую небрежность).

Специальными видами поклажи являются: 1) Так называемый *depositum miserabile* — поклада в случае несчастья (пожара и т. д.); при невозвращении вещи депозитарий отвечает *in duplum* . 2) *Sequestratio* — передача двумя спорящими лицами спорной вещи на время спора третьему с тем, чтобы он выдал ее тому, кто спор выиграет; особенность этой поклажи приводит к тому, что секвестрарий пользуется самостоятельной посесорной защитой.

c) *Pignus* или лучше, *contractus pigneraticius* есть залоговый договор, в силу которого одно лицо (залогодатель, он же по общему правилу и должник по обеспечиваемому долгу) передает другому (залогопринимателю, кредитору) вещь для обеспечения долга. Мы видели выше, как развивалось вещное право залогопринимателя на заложенную вещь, как он получил *actio pigneraticia in rem* . Но, помимо этого, *contractus pigneraticius* рождает известные обязательственные отношения между залогодателем и залогопринимателем, охраняемые посредством *actio pignoratitia in personam* . Основная обязанность из договора возникает для залогопринимателя: он, в случае уплаты долга, обязан вернуть вещь в неповрежденном состоянии, а в случае неуплаты должен заботиться о наиболее выгодной продаже ее и выдать излишек (*hyperocha*) залогодателю; иск последнего обо всем этом есть *actio pigneraticia (in personam) directa* . Но при известных обстоятельствах может возникнуть и ответственность залогодателя: например, заложенная вещь причинила залогопринимателю убытки; тогда последний имеет *a. pigneraticia contraria* . Так как *pignus* дается в интересе обеих сторон, то обе они отвечают друг перед другом за *omnis culpa*.

Contractus innominati . После того, как классическая система контрактов была в основных своих элементах выработана и типичные контракты, как реальные, так и консенсуальные, получили свои юридические очертания и свои имена, жизнь продолжала творить новые отношения, которые не подходили ни под один из этих носящих определенное название типов. Так, например, осталась вне этих типов мена (*rem permutatio*); неизвестно было, далее, под какой тип можно подвести договор, в силу которого одно лицо дает другому вещь с тем, чтобы оно продало ее не ниже известной цены, с правом выроченное сверх того удержать себе (*contractus aestimatorius*) и т. д. Не подходя ни под один легализованный тип, не отвечая требованиям ни одного из установленных исков, все такие договоры должны были рассматриваться, как *nuda pacta*, как соглашения неисковые.

Дело осложнялось, однако, в тех случаях, когда одна из сторон на основании такого соглашения уже свою обязанность выполнила, например, при мене свою вещь передала: нельзя же

было оставить ее без всякой защиты.

Уже издавна допускалась в случаях этого рода *condictio* о незаконном обогащении (*condictio causa data causa non secuta*): лицо, передавшее своего раба Стиха в обмен на раба Памфила, могло потребовать своего Стиха назад. Но эта *condictio* не всегда могла удовлетворить естественным требованиям справедливости: как быть, если Стих находится теперь уже в поврежденном состоянии, если вследствие отсутствия его в хозяйстве передавшего произошли какие — нибудь убытки? *Condictio* возместить эти убытки была не в состоянии.

Ввиду этого и здесь начинается тот же самый процесс, который мы наблюдали в истории трех только что описанных реальных контрактов. Сначала приходит на помощь преторский иск — *actio in factum*, который, как и там, стоит на точке зрения вреда, причиненного одним лицом другому, и преследует цель возместить эти возникшие от лишения собственной вещи убытки. Целый ряд классических юристов стоит еще только на этой точке зрения и допускает в случаях подобного рода только преторскую *actio in factum* о возмещении так называемого отрицательного договорного интереса.

Но рядом с этой точкой зрения возникает уже и другая: соглашения этого рода начинают рассматриваться, как договоры, и на основании их юристы начинают давать гражданский иск не только о возмещении убытков, происшедших от лишения собственной вещи, но и об исполнении другим контрагентом того, что им было обещано, то есть в нашем примере о выдаче раба Памфила, об уплате так называемого положительного договорного интереса. Договоры этого рода характеризуются греческим именем *synallagma* («*esse enim contractum, —* говорится в *fr. 7. 2. D. 2. 14, — quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*» — «имеется контракт, который Арист называет *συναλλαγμα*, из которого рождается право на иск»). Иск из такого договора назывался *civilis incerti actio* (с *intentio* «*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*» «что бы ни нужно было дать или сделать по этому делу в соответствии с принципом добросовестности») или обозначался описательным выражением «*praescriptis verbis agere*» — ввиду того, что в его формуле *intentio* предшествовало изложение обстоятельств дела (*praescriptio*).

Как и следовало ожидать, развитие и здесь закончилось тем же, чем оно закончилось по отношению к *commodatum*, *depositum* и *pignus* — то есть победой этой последней точки зрения. Если среди классических юристов мы еще наблюдаем разногласие, то ко времени Юстиниана и составления «Дигест» вопрос уже не вызывает сомнений: все подобные соглашения признаются договорами, и компиляторы во многих местах, где юрист говорил об *actio in factum*, произвели самые очевидные интерполяции — или прибавив пояснение «*id est praescriptis verbis*», или же после слов *actio in factum* поставив с точки зрения классических юристов совершенно немыслимое «*civilis*» (*fr. 1. 1* и *fr. 2, fr. 5. D. 19. 5*).

Так возникли безымянные контракты. Но они все же реальные контракты, так как только тогда может быть речь о их обязательности, если одна сторона свою обязанность исполнила; до этого момента есть только *nudum pactum*. — Быть может, еще классическими юристами была намечена, но во всяком случае компиляторами была легализована и попытка систематизации всего возможного разнообразия этих *contractus innominati* на четыре группы: «*do ut des*» («даю, чтобы ты дал», например, мена), «*do ut facias*» («даю, чтобы ты сделал», например, даю какую — либо вещь с тем, чтобы ты за это отпустил на волю своего раба), «*facio ut des*» («делаю, чтобы ты дал», отпускаю раба с тем, чтобы ты дал мне какую — нибудь вещь) и «*facio ut facias*» («делаю, чтобы ты сделал», отпускаю на волю моего раба с тем, чтобы ты отпустил своего).

Признанием безымянных контрактов римское право сделало большой шаг вперед по пути санкционирования всяких договоров, по пути к осуществлению принципа «*pacta sunt servanda*», — однако, только при том условии, если уже к исполнению такого нетипичного договора одной стороной приступлено.

§ 69. 4. Контракты консенсуальные и так наз. *pacta vestita*

Категории контрактов, возникающих в силу простого бесформального соглашения, относятся купля — продажа (*emptio — venditio*), наем (*locatio — conductio*), договор товарищества (*societas*) и поручение (*mandatum*).

1. *Emptio — venditio*. Как известно, в древнейшую эпоху купля — продажа совершалась посредством *mancipatio*, которая являлась общей необходимой формой для всех вещей. Позже она сделалась специальным способом для *res mancipi*, а *res nec mancipi* передавались или посредством *in jure cessio*, или посредством бесформальной *traditio*. Но во всех случаях обязательство поглощалось вещным актом передачи права собственности; простой договор о продаже не имел никакого значения.

Каким образом получила признание простая консенсуальная купля — продажа, — вопрос спорный. Одна группа ученых (Фогт, Феррини) выводят ее из тех неюридических соглашений, которые ставились только под охрану общей *fides*. Другие (Пернис Гувелин, Коста) предполагают в качестве

предварительной стадии куплю — продажу реальную, развившуюся путем, аналогичным тому, которым шло развитие *commodatum*, *depositum* и *pignus* (то есть сначала *actio in factum*, потом *actio civilis bonae fidei*). Наиболее вероятной, однако, кажется гипотеза третья. (Иеринг, Беккер, Жирар и др.) Для того, чтобы придать обязательную силу самому соглашению о продаже, стороны облекали первоначально свои обещания в две встречные *stipulationes*: продавец обещал передать вещь (*rem dare*), а покупатель — уплатить цену. Еще впоследствии мы встречаем частое употребление *stipulatio* при купле — продаже, хотя по существу это стало уже ненужным. Кроме того, некоторые явления лучше всего объясняются именно как переживания этих двух *stipulationes*. Но такой порядок не мог дать полного удовлетворения потребностям оборота, главным орудием которого является купля — продажа. Не говоря уже о формальности *stipulatio*, которая исключала возможность заключения договора на расстоянии (*inter absentes*), две самостоятельные *stipulationes* не могли передать двухстороннюю (синаллагматическую) природу купли — продажи, при которой обязательство одной стороны связано, обусловлено обязанностью другой. Мало — помалу в обороте развивается воззрение, что *bona fides* требует исполнения договора и без *stipulatio*, что уже в силу простого соглашения возникает для сторон «*dare facere oportere ex fide bona*», вследствие чего иск, поставленный (в *intentio*) на это *dare facere oportere*, стал находить в *judicio* полное удовлетворение. К концу II столетия до Р.Х. это развитие совершилось: в перечислении *actiones bonae fidei*, данном известным юристом Кв. Муцием Сцеволой (Cicer. *De off.*, 3, 17, 70), *actio empti-venditi* (как и иски из других консенсуальных контрактов) уже находится.

Но и достигнув юридического признания в качестве контракта консенсуального, *emptio — venditio* не сразу приобрела тот вид, который она имеет впоследствии: многое должно было еще быть выяснено юриспруденцией; многое из того, что впоследствии разумелось *ipso jure*, должно было первоначально прямо оговариваться сторонами.

Существенными элементами купли — продажи являются предмет (*merx*) и цена (*pretium*). Что касается первого, то объектом продажи может быть все, что имеет имущественную ценность — следовательно, не только вещи телесные (даже будущие, например, урожай будущего года), но и так называемые *res incorporales* (сервитуты, права требования, наследство и т. д.) Цена должна прежде всего состоять в известной сумме денег — *rescunia numerata*; в противном случае договор будет не куплей — продажей, а меной. Нужно, впрочем, сказать, что среди классических юристов были такие, которые и мену желали подводить под понятие купли — продажи (fr. 1. 1. D. 18. 1); но их мнение было отвергнуто. *Pretium*, далее, должно быть *certum*, то есть определенным или, по крайней мере, определимым («покупаю за столько, сколько назначит такой — то», «за столько, сколько есть в кошельке» и т. п.). Оно должно быть *verum* — то есть цена не должна быть назначена только для вида, для прикрытия дарения. Но цена определяется свободным соглашением сторон, и право не входит в обсуждение вопроса о том, справедлива ли она или нет: не требуется, чтобы *pretium* было *justum* (fr. 22. 3. D. 19. 2: «*in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere*» — «при купле и продаже допускается естественным образом покупать за меньшую цену то, что стоит дороже, продавать за большую цену то, что стоит дешевле, и таким образом допускается, чтобы стороны обходили друг друга»). В позднейшее время, однако, появилось в этом отношении одно исключение: конституция императора Диоклетиана (с. 2. С. 4. 44) дает продавцу недвижимости, получившему меньше половины его действительной стоимости, право требовать уничтожения продажи (так называемое правило о *laesio enormis*). Указ этот, во многих отношениях неясный, принадлежит к серии тех отмеченных выше наивных мер социальной политики, при помощи которых абсолютная монархия пыталась бороться с общим экономическим расстройством.

Из договора купли — продажи возникает обязательство двухстороннее и притом равномерно двухстороннее (*contractus bilateralis aequalis*). Каждая из сторон одновременно и непременно (а не только случайно, как при *commodatum* и *depositum*) является и кредитором, и должником. Эта двухсторонность выражается и в разном наименовании исков: здесь нет *actio directa* и *contraria*, а есть *actio empti* для покупателя и *actio venditi* для продавца; весь же договор в целом называется двойным именем *emptio — venditio*.

Эти две встречные обязанности связаны друг с другом: одна существует только потому, что существует другая; каждая является условием для другой. В этом заключается принципиальная сущность всякого двухстороннего, так называемого синаллагматического, договора. Римское право, однако, не сразу усвоило этот принцип и не провело его до конца.

Одним из важнейших практических вопросов в этом отношении был вопрос о том, может ли контрагент, сам не исполнив своей обязанности, предъявлять иск против другого — например, покупатель, не уплативший покупной цены, требовать передачи ему вещи. В эпоху, когда *emptio — venditio* заключалась в виде двух *stipulationes*, обязанность каждого контрагента, вытекающая из его *sponsio*, была независимой, и потому подлежала выполнению, невзирая на то, выполнил ли противник свое обязательство или нет. С превращением купли — продажи в консенсуальный контракт это соображение отпало: ответчик может предъявить так называемую *exceptio non adimpleti*

contractus . Истец, таким образом, предъявляя иск, в случае возражения со стороны противника должен или доказать, что он свою обязанность выполнил, или же предложить исполнение сейчас (fr. 13. 8. D. 19. 1: «offeri pretium ab emptore debet cum ex empto agitur» («предложить уплату цены должен покупатель при подаче иска из купли — продажи»); детали, впрочем, спорны).

Другой вопрос, с этим тесно связанный, заключался в том, кто несет риск за гибель вещи с момента заключения договора. Если вещь не была тотчас передана покупщику, то, как мы знаем, и право собственности на нее еще не перешло; собственником остается продавец. Конечно, он отвечает перед покупщиком за всякое ухудшение вещи и за ее гибель, если он в этом виновен (обе стороны при купле — продажи отвечают друг перед другом за *omnis culpa*). Если же вещь погибла без его вины, от чистого случая, то он от ответственности освобождается. Но римское право признает сверх того, что он может даже требовать от покупщика уплаты цены за вещь, которую он не доставил и доставить не может. Это выражается правилом «*periculum est emptoris*» — риск за купленную вещь переносится с момента договора на покупщика (§ 3 In. 3. 23). В этом положении несомненно отражается еще старый порядок вещей, когда купля — продажа заключалась в виде двух различных *stipulationes*, порождавших два друг от друга независимых обязательства: покупщик должен был платить, а когда он предъявлял свой иск, продавец, как невинный в гибели вещи, от ответственности освобождался.

Что касается, в частности, обязанностей контрагентов, то наименее вопросов возбуждала обязанность покупщика: он должен только уплатить покупную цену. Гораздо сложнее было дело по отношению к продавцу.

Главную целью купли — продажи было, конечно, перенесение права собственности на покупщика. Ввиду этого первой обязанностью продавца является передача вещи — *traditio* («*vacuam possessionem tradere*» — «передать свободное владение»); он обязан предоставить вещь покупщику — *habere licere* (fr. 30. 1 D. 19. 1). Но как быть, если впоследствии окажется, что продавец не был собственником и вследствие этого вещь будет у покупщика отобрана (произойдет *evictio* вещи)? Мы знаем, что при *mancipatio* продавец отвечал по специальному иску — *actio auctoritatis in duplum* . Для того, чтобы гарантировать покупщика на случай *evictio* и тогда, когда купля — продажа совершалась не в виде *mancipatio*, стали прибегать к особой *stipulatio duplae* , посредством которой продавец обещал покупщику возмещение двойной цены, если вещь будет отобрана. С течением времени ответственность за *evictio* стала рассматриваться настолько неотъемлемым элементом купли — продажи, что, если она не была исключена особым соглашением о неотвеченности, покупщик даже впоследствии (по заключении договора) мог посредством *actio empti* потребовать заключение этой *stipulatio*, а если вещь была уже отобрана, то и прямо возмещения убытков.

Другой вопрос, поставленный жизнью в связи с ответственностью продавца, был вопрос об ответственности его за недостатки проданной вещи . Старое гражданское право такой ответственности вовсе не знало. С возникновением купли — продажи в стипуляционной форме, если стороны желали установить такую ответственность, они должны были заключить об этом особое соглашение также в форме *stipulatio*. Когда купля — продажа стала консенсуальным контрактом *bonae fidei*, постепенно выработалось представление, что противно *bona fides* умолчание продавца о таких недостатках, которые ему были известны: это было похоже на обман. Ввиду этого в таком случае стали давать покупщику *actio empti* о возмещении убытков. Но за недостатки, ему неизвестные, продавец не отвечал.

Это положение было изменено эдиктом курульных эдилов . Наблюдая за порядком на рынках, эдилы предписали, чтобы продавцы рабов и животных объявляли покупщикам о всех недостатках выставленных на продажу объектов. Если бы впоследствии оказались какие — либо иные, необъявленные недостатки, то продавец отвечал независимо от того, знал ли он о них или не знал: он должен был знать. Покупщик при этом может потребовать или полного расторжения договора с возвращением вещи — *actio redhibitoria* , или же соответственного уменьшения покупной цены — *actio quanti minoris* .

Нововведение эдильского эдикта оказалось настолько практичным, что оно было распространено затем и на все другие случаи купли — продажи, став нормой общего права.

2. Второй важный договор из категории консенсуальных есть договор найма — *locatio — conductio* . Исторический процесс его развития также очень спорен. И здесь некоторые предполагают сначала наем, как реальный контракт (Коста). Другие указывают как на прообраз бесформального найма на различные государственные *locationes* (Моммзен). Вернее и здесь предположить для древнейшего времени фидуциарную *манципацию*, а затем две встречные *stipulationes* (Жирар), хотя нельзя отрицать в некоторых положениях влияния *locationes censoriae* (обычный пятилетний срок найма и т. п.). Весьма возможно, далее, что не все виды найма развивались одновременно. Во всяком случае, как было уже упомянуто, ко времени Кв. Муция Сцевола все консенсуальные контракты снабжены гражданскими исками *bonae fidei*.

Различаются три вида найма: а) Наем вещей — *locatio — conductio rei* : одна сторона — *locator rei* — обязана предоставить вещь в пользование, другая — *conductor rei* — обязана вносить

условленную наемную плату (*merx*). Название сторон, вероятно, происходят от того, что древнейшим видом договора был наем рабов и животных, выводимых на рынок: хозяин *locat servum* (сдаст раба в аренду), а берущий в наймы его уводит (*conducit*). Плата за пользование обыкновенно назначается в деньгах, но — по крайней мере, в более позднее время — встречается и в виде известной доли земледельческих продуктов — так называемых *colonia partiaria* (*colonus* — специальное название мелкого арендатора сельского участка, как *inquilinus* — название городского квартирантанимателя). Обе стороны отвечают друг перед другом за *omnis culpa*, причем, однако, в противоположность купле — продаже, даже случайная невозможность предоставления вещи лишает локатора права требовать наемную плату. Иск локатора — *actio locati*, иск арендатора (*conductor*) — *actio conducti*. b) Наем рабочей силы свободного человека на срок — *locatio* — *conductio operarum*: одно лицо, *locator*, отдает в распоряжение другого, арендатора, свою рабочую силу, свой труд (*operae*) за известное вознаграждение (наем рабочего, кучера и т. д.). c) Заказ или подряд — *locatio* — *conductio operis*: одно лицо отдает другому за известное вознаграждение такое количество своего труда, какое нужно для совершения какого — нибудь предприятия (постройка дома, перевозка или починка вещи и т. п.). Наименования контрагентов здесь меняются: заказчик называется *locator operis*, а берущий работу — *conductor operis*; причина заключается, вероятно, в том, что первоначально *locatio* — *conductio operis* состояла в мелких заказах мастерам, починках и т. п., причем эти мастера уносили вещь к себе. При этом нужно иметь в виду, что для наличности *locatio* — *conductio operis* необходимо, чтобы материал был дан заказчиком; если мастер должен сделать вещь из собственного материала, то такой договор рассматривается уже как купля — продажа. По поводу обоих последних видов найма нужно сказать, что в римском праве они далеко не получили надлежащего развития. Рабский труд значительно мешал распространению найма свободной рабочей силы и вообще низводил личный наем на степень чего — то мало достойного. В особенности это отразилось на крайнем несовершенстве норм относительно *l. — c operarum*. Только работы низшего порядка могли быть объектом найма — *operae locari solitae*. Труд учителя, художника, врача и т. д. — *operae liberales* (свободные профессии) — по воззрению римлян, не может быть отдаваем в наймы за плату; он должен быть безвозмездным. Но это воззрение не могло оставаться до конца ненарушимым, и уже в период империи найден был обходный путь: вознаграждение — *honorarium* — могло быть взыскиваемо *extra ordinem* (вне обычного порядка судопроизводства). В области морской перевозки должно быть отмечено довольно раннее заимствование из греческого права в виде так называемого *lex Rhodia de jactu*, Родосского закона об авариях. Если для спасения корабля и груза часть последнего будет выброшена за борт (*jactus*), то убыток разлагается пропорционально на всех, в спасении заинтересованных, то есть на хозяина корабля и прочих товарохозяев. 3. *Societas*, или договор товарищества. Историческое развитие его, несомненно, пошло от так называемого *consortium*, то есть соглашения между братьями после смерти их отца не разделяться и продолжать вести хозяйство сообща. Это происхождение отражается и в позднейшем праве в том, что вообще отношения между *socii* носят на себе печать особой *fraternitas* (братство, доверительность, fr. 63 pr. D. 17. 2); так, например, *socii* отвечают друг перед другом только за такую внимательность и заботливость, которую они проявляют в своих собственных делах — за так называемую *culpa in concreto*, за *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (таким образом, *socius* вообще небрежный не будет отвечать за свою обычную небрежность, хотя за ту же небрежность перед посторонними он будет отвечать). С течением времени развились следующие виды *societas*. Самую полную общность, общность всего имущества (даже доставшегося случайно, например, по завещанию от постороннего) создает *societas omnium bonorum*; это непосредственное продолжение старинного *consortium*. Ограниченнее *societas quaestus*: она охватывает только имущество, приобретаемое хозяйственной деятельностью (следовательно, наследства остаются раздельными). Еще уже *societas unius negotiationis*: она составляется только для одной какой — нибудь экономической деятельности — например, сообща ведется торговое дело (имения, дома и пр. остаются отдельными). И, наконец, самую низшую ступень составляет *societas unius rei*, временное товарищество для одной какой — нибудь сделки, например, только для покупки сообща имения. Во всяком случае, *societas* имеет строго личный характер, разрушается смертью товарища, а также в любой момент может быть прекращена по требованию одного из *socii*. Иск товарищей между собой — *actio pro socio*. 4. Наконец, последний консенсуальный договор — поручение, *mandatum*: одно лицо поручает другому выполнение какого — нибудь дела или целого ряда дел. *Mandatum* по своей юридической структуре имеет много сходного с *commodatum*, *depositum* и *pignus*: оно также является договором двухсторонним, но не равносторонним. Поэтому и при нем одно лицо — дающий поручение, мандант, имеет *actio mandati directa* об исполнении поручения или о возмещении причиненных неисполнением убытков, а другое лицо, *mandatarius*, имеет *actio mandati contraria* — например, об издержках, понесенных при исполнении поручения. *Mandatum* также должно быть непременно безвозмездным, в противном случае это будет уже личный наем. Сверх того, *mandatum* проникнуто личным характером: оно уничтожается смертью манданта или мандатария; равным образом оно может быть уничтожено свободным отказом со стороны того или другого контрагента. По объему своему *mandatum* может быть также различным: поручение может касаться

только совершения какого — нибудь одного дела (например, я прошу вас отнести письмо, купить мне книгу), и в таком случае того, кому дано поручение, называют *procurator specialis*; но оно может быть и более общим (я назначаю вас своим управляющим), и тогда говорят о *procurator generalis*. Ближайшая история возникновения *mandatum* неясна. Ввиду сходства в юридической конструкции некоторые (например, Жирар) предполагают для *mandatum* тот же процесс развития, который прошли *commodatum*, *depositum* и *pignus*. Другие (например, Влассак, Коста) думают, что *mandatum* выработалось из преторского эдикта *de negotiis gestis* (о ведении чужих дел). Нужно признать, что в нормах о *mandatum* нет никаких следов реального характера, вследствие чего последнее предположение кажется более вероятным. Специальным видом *mandatum* является так называемый *mandatum qualificatum* или *mandatum pecuniae credendae* — поручение дать взаймы или вообще открыть кредит третьему лицу. В случае неуплаты долга этим третьим лицом давший в кредит, как лицо, потерпевшее убытки при исполнении поручения, может обратиться к автору поручения с *actio mandati contraria* о возмещении их. Вследствие этого *mandatum pecuniae credendae* является также известной формой поручительства. *** *Pacta*. Все прочие соглашения, кроме указанных типичных и так называемых *contractus innominati*, суть, как известно, *pacta nuda*, исковой силы не имеющие. Однако эти *pacta* не вовсе лишены всякого значения. Преторский эдикт, относящийся еще к концу второго — началу первого столетия республики, обещал: «*pacta conventa... servabo*» («буду следовать установленным пактам», fr. 7. 7. D. 2. 14). Это обещание отнюдь не обозначало дарования исковой силы всяким *pacta*; оно обозначало только создание *exceptio pacti* — вид *exceptio doli*. Но в дальнейшей истории под влиянием различных обстоятельств некоторые из *pacta* приобрели и исковую силу, вследствие чего их называют *pacta vestita*. При этом различают обыкновенно три категории их — *pacta adjecta*, *praetoria* и *legitima*.

1. *Pacta adjecta*. Это — соглашения, присоединенные к какому — либо главному договору. При этом надо различать, присоединены ли они к этому последнему при самом его заключении — *in continenti*, или же лишь впоследствии — *ex intervallo*. В первом случае они — часть главного договора и могут быть осуществлены иском из этого договора. Так, например, при продаже было условлено, что в случае, если покупатель пожелает, в свою очередь, продать вещь, он прежде всего должен предложить ее продавцу (право преимущественной покупки — fr. 75. D. 18. 1); при неисполнении продавец может предъявить *actio venditi*. Или при заключении *stipulatio* было условлено, что, пока должник платит проценты, долг не будет требовать; хотя бы даже об этом не было упомянуто в самом тексте *stipulatio*, соглашение будет иметь силу (fr. 4. 3. D. 2. 14). Иначе будет обстоять дело, если *pactum* было присоединено *ex intervallo*. Такое *pactum* будет иметь значение только тогда, если оно имеет целью облегчить положение должника — *ad minuendam obligationem* («для уменьшения обязанности»): например, соглашение об отсрочке или о невзыскании долга вовсе (*pactum de non petendo ad tempus* или *in perpetuum*). Если же оно меняет содержание обязательства или усиливает обязанность должника — *ad augendam obligationem*, то оно само по себе значения не имеет. Если стороны желают этого, они должны произвести *novatio obligationis*, то есть уничтожить старое обязательство вовсе, заменив его новым. — Как видим, *pacta adjecta* в большинстве случаев, где они имеют значение, создают только *exceptio* (которая при *actiones bonae fidei* даже подразумевается). В тех же немногих случаях (первый пример с правом преимущественной покупки), где они приводят к иску, они рассматриваются не как самостоятельные *pacta*, а как составная часть главного договора.

2. *Pacta praetoria*. В некоторых, однако, случаях претор в своем эдикте снабдил *pacta* и самостоятельным иском — *actio in factum*; такие *pacta* и называются *pacta praetoria*. Таковы: а) *Constitutum debiti* (подтверждение долга). В силу тех или других причин долг уже существующий мог быть впоследствии подтвержден самим должником (*constitutum debiti proprii*) или третьим лицом (*constitutum debiti alieni*). Такое подтверждение рождало новый иск — *actio de pecunia constituta*. Особенное значение подобное подтверждение имело тогда, когда оно касалось долга не искового (я обещаю кредитору уплатить мою *obligatio naturalis*) или когда оно давалось третьим лицом (я обещаю уплатить вам долг какого — нибудь вашего должника). Последний случай — *constitutum debiti alieni* — может быть также способом установления поручительства. б) *Receptum*, причем в преторском эдикте *de recepto* имеются в виду три различных случая: 1) *receptum argentarii*, обещание банкира уплатить чей — либо долг — случай, аналогичный *constitutum debiti alieni* и Юстинианом слитый с последним; 2) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*: принятие вещей пассажиров хозяевами кораблей, гостиниц и постоялых дворов возлагает на них повышенную ответственность за их сохранность; они освобождаются только при наличности так называемой непреодолимой силы (*vis maior* — стихийных бедствий: кораблекрушения, наводнения, пожара и т. д.); 3) *receptum arbitri*: принявший на себя обязанности третейского судьи должен их выполнить, причем, однако, претор вынуждает к этому не иском, а мерами административной власти. 3. *Pacta legitima*. Некоторые из соглашений получили исковую силу в позднейшем, императорском праве непосредственно в силу закона. Таково установление приданого (*pactum dotis*), но главное всего дарственное обещание — *donatio*. *Donatio* может быть совершено самым различным образом: путем непосредственной передачи вещи, путем прощения долга, путем дарственного обещания; последнее не только в период республики, но и в праве классических юристов было действительным только тогда, если оно было

облечено в форму *stipulatio*. Простое *Pactum donationis* юридической силы не имело. Независимо от этого римское право уже издавна установило и прямое ограничение дарений. *Lex Cincia*, закон 204 г. до Р.Х., запретила вообще дарения свыше некоторой, нам неизвестной, суммы; только известные лица от этого запрещения освобождались (*exceptae personae* — когнаты до 6-й степени, свойственники и т. д. — *fr. Vat. 298* и сл.). *Lex Cincia*, однако, была *lex imperfecta*: она не устанавливала последствий своего нарушения. Ввиду этого впоследствии претор стал давать *exceptio* или *replicatio legis Cinciae*: если дарение еще не было осуществлено, а только обещано (посредством *stipulatio*), то против иска об исполнении даритель имеет *exceptio*; если же подаренное было передано, то даритель мог потребовать обратно и на возражение о дарении ответить *replicatio legis Cinciae*. Однако, *exceptio* и *replicatio legis Cinciae* погашались смертью дарителя: если он умер, не потребовав назад, наследники оспаривать дарение не могли. Ко времени абсолютной монархии *lex Cincia* вышел из употребления, но взамен была установлена необходимость для дарственных актов так называемой судебной *insinuatio*; всякое дарение должно быть заявлено перед судом и занесено в реестр. Требование это было введено впервые императором Констанцием Хлором и подтверждено Константином. Юстиниан ограничил, однако, необходимость *insinuatio* лишь дарениями свыше 500 *solidi*; дарственные обещания ниже этой суммы действительны и без этой формальности. Благодаря этому и простое *Pactum donationis* получило исковую силу. Таково было развитие римской системы обязательств из договоров. Мы видим, что оно шло многими отдельными путями; каждый тип контракта вырабатывался самостоятельно, хотя и не без связи с другими. В конце концов, несмотря на принципиальное признание только типичных договоров, римское право ко времени Юстиниана поставило обязательственную систему уже так широко, что почти всякое соглашение получало в ней правовую охрану. С одной стороны, к этому вело общее признание *contractus innominati*: если одна сторона свое обязательство исполнила, то вопрос о соответствии договора тому или другому типу отпадает, и можно требовать исполнения договора другим контрагентом. С другой стороны, к тому же вело облегчение стипуляционной формы: с тех пор, как последняя не требует прежних стереотипных выражений, редкий договор, заключаемый *inter praesentes*, не может быть истолкован как *stipulatio*. Вышеприведенные слова преторского эдикта «*pacta conventa servabo*» нашли себе, таким образом, если не полное, то почти полное, если не принципиальное, то практическое осуществление.

В. Обязательства внедоговорные

§ 70. Обязательства из деликтов

Обязательства из деликтов также подвергаются, начиная со второй половины республики, весьма существенным изменениям. С одной стороны, реформируются деликты старого гражданского права, с другой стороны, преторским эдиктом создаются новые. Ответственность за деликты освобождается от наиболее острых элементов старой мести; рядом с ответственностью в виде штрафа (*actiones poenales*) появляется в известных случаях простая обязанность возместить причиненный вред (*actiones rei persecutoriae*); иногда возмещение вреда и штраф комбинируются в одном иске (*actiones mixtae*). Но старое представление о деликтной ответственности, как о чисто личной, отражается еще в том, что в принципе и теперь наследник деликвента отвечает лишь в пределах своего обогащения от данного конкретного деликта (*Gai. IV, 112*: «*Est certissima juris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere*» — «есть вернейшая норма права, чтобы не подавать и не предоставлять штрафные иски из деликтов против наследника»; *fr. 38. D. 50. 17*). Рассмотрим прежде всего, какие изменения произошли в области деликтов старого гражданского права.

I. Деликты гражданского права . 1) *Injuria*. Положение законов XII таблиц об *injuria* были радикально реформированы преторским эдиктом. При этом эдикт обобщил казуистические нормы этих законов (*edictum generale*) и тем дал возможность юриспруденции развивать и расширять самое понятие *injuria*, распространяя его почти на всякие посягательства против человеческой личности. Вместе с тем были изменены самые последствия деликта. Принцип талиона, признаваемый законами XII таблиц для случая *membrum ruptum*, окончательно отжил свой век; неподвижные нормы штрафов (300 ассов, 25 ассов) не считались с особенностями каждого конкретного случая, а с развитием богатств оказались и чрезмерно низкими (у Авла Геллия (20, 1, 13) сообщается о некотором Л. Верации, который за удовольствие считал (*pro delectamento habebat*) ходить по улицам и раздавать пощечины; за ним шел раб с мешком, полным денег, и тут же выплачивал каждому по 25 ассов). Ввиду всего этого преторский эдикт, отменив неподвижные таксы, установил *actio injuriarum aestimatoria* («оценочные иски из личной обиды»). При наличности *injuria atrox* (дерзкая или жестокая обида) претор сам в каждом конкретном случае определял ту сумму штрафа, к которой должен быть приговорен обидчик: в других случаях это предоставлялось судье *in judicio*. — Рядом с этой

гражданской ответственностью с течением времени возникает и ответственность уголовная. Lex Cornelia de injuriis установила такую ответственность для случаев *pulsare, verberare, vi domum introire* («ударять, избивать, силой врываться в дом»); позднее императорское законодательство распространило ее и на другие случаи, вследствие чего в позднейшем праве потерпевший всегда может выбирать между *actio aestimatoria* и уголовным преследованием (§ 10 In. 4. 4: «In summa sciendum est de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel civiliter» — «в целом потерпевшему надо знать, что при любой личной обиде он может обратиться либо к уголовному преследованию, либо к гражданскому процессу»).

2. *Furtum*. Важнейшей реформой в области *furtum* была отмена личной ответственности (*ductio* со всеми ее последствиями) во всех тех случаях, где она по старому праву наступала — то есть при *furtum manifestum* и при *quaestio lance et licio*; для всех этих случаев претор установил ответственность *in quadruplum* (*actio furti manifesti, actio furti prohibiti* и *non exhibiti*). Остальные иски — *actio furti nec manifesti in duplum, actio furti concepti* и *oblata in triplum* претором были сохранены. В период империи, однако, частный обыск, а вместе с тем и все связанные с ним иски выходят из употребления, так что в конце концов остаются только *actio furti manifesti in quadruplum* и *actio furti nec manifesti in duplum*.

Но эти иски имеют только штрафной характер; они — *actiones poenales*. Помимо их, потерпевший всегда мог вытребовать украденную вещь посредством *rei vindicatio*, а если вещи у вора уже не было, то — его ценность посредством особой *condictio furtiva*.

3. *Damnum injuria datum*. Ответственность за уничтожение и повреждение чужих вещей была заново опеределена особым законом Аквилы, *lex Aquilia* — вероятно, 287 г. до Р.Х. Закон этот содержал в себе три главы. Глава первая постановляла, что тот, кто убьет чужого раба или «*animalia quae recens numero sunt*» (то есть животное, принадлежащее к категории *recus* — лошади, быки, овцы и т. д.), должен уплатить хозяину высшую цену, которую имела вещь в течение последнего года. Глава вторая устанавливала ответственность *ad stipulator'a*, причинившего вред *stipulator'y* недолжным прощением требования. Глава третья снова возвращалась к вопросу о повреждении вещей и говорила, что тот, кто ранит чужого раба или *recus* или уничтожить какую — либо иную вещь, должен возместить хозяину высшую цену ее в течение последнего месяца. При этом *lex Aquilia* устанавливала, по — видимому, указанную ответственность в форме *manus injectio* («*damnas esto*»; отсюда впоследствии для *actio legis Aquiliae* сохранилось правило, что в случае отрицания ответчик приговаривается *in duplum: lis infitiando crescit in duplum*). Возмещение высшей цены, которую имела вещь в течение последнего года или месяца, носило первоначально только характер известного приема для определения убытков; но несомненно, что иногда эта высшая цена могла оказаться для ответчика и штрафом (в размере разницы между высшей ценой и нынешней стоимостью). На этом основании Юстиниан отнес этот иск к *actiones mixtae*. Для ответственности по *lex Aquilia* не требуется, чтоб вред был нанесен умышленно (*dolo*); достаточно и простой небрежности (*culpa levis*).

Lex Aquilia явилась базисом для дальнейшей работы юриспруденции. Закон этот ограничивал понятие *damnum injuria datum* очень узкими рамками: согласно его тексту, для наличности ответственности необходимо было *damnum corpore corpori datum*, то есть повреждение телесной вещи, совершенное непосредственным физическим воздействием на нее виновника (*frangere, ruptere* — ломать, бить.). Другие случаи, например, отравление ядом раба или замаривание голодом скота, лежали уже вне этого понятия: здесь было не «*occidere*», а только «*causam mortis praestare*» («не «убить», а только «предоставить причину смерти»», fr. 7. 6. D. 9. 2; Gai. III. 219).

Ввиду этого перед юриспруденцией стоял вопрос, как быть со случаями, не подходившими под букву *lex Aquilia*, и среди классических юристов можно заметить два течения. Одни из них полагали, что следует все же случаи подобного рода подчинять правилам *lex Aquilia*, и давали здесь *actio legis Aquiliae utilis* — иск с *condemnatio* на высшую стоимость вещи и с удвоением в случае *infitiatio* («отрицание иска»). Другие, напротив, предпочитали давать здесь преторский иск *actio in factum* (примыкающий к *actio doli*) на простое возмещение убытков; при этом иске не было удвоения ответственности, но зато не было и ограничения его высшей стоимостью в течение года или месяца (ибо убытки могут быть выше разницы между нынешней и бывшей стоимостью). Ко времени Юстиниана, по — видимому, эти колебания разрешились тем, что во всех случаях, где вред причинен самой вещи (*damnum corpori datum*), каким бы образом он ни был причинен (хотя бы и не *corpore datum*), ответственность определяется по правилам *lex Aquilia*; в других же случаях, где вещь физически остается неповрежденной, а только теряется для его владельца (например, бросаю вашу вещь в море), где, таким образом, нет *damnum corpori datum*, — там дается *actio in factum* (§ 16. In. 4. 3).

II. Деликты преторского права. Чрезвычайная расшатанность общественного порядка в последнем столетии республики вызвала со стороны преторов оживленную деятельность и привела к созданию новых видов деликтов.

1. *Rapina*, грабёж. С точки зрения гражданского права грабёж не выделялся из *furtum*, и грабитель отвечал как *fur manifestus* или как *nec manifestus*, смотря по тому, был ли он захвачен на

месте преступления или нет. Практически это приводило к тому, что грабитель обыкновенно отвечал как *fur nec manifestus*, так как он обыкновенно скрывался. Для усиления репрессии претор Лукулл в 76 г. до Р.Х. установил особый иск — *actio vi bonorum raptorum in quadruplum* («иск в отношении грабежа имущества, направленный на компенсацию в четверном размере»). Этот иск, вероятно, являлся первоначально иском чисто штрафным (то есть, кроме него, была возможна *rei vindicatio* и *condictio furtiva*), но при Юстиниане он уже *actio mixta* (pr. In. 4. 2: «*in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit*» — «в иске о четверном размере содержится и истребование похищенного, так что сам штраф составит трехкратную стоимость похищенного»). Во всяком случае, по истечении года со дня грабежа ответственность понижается до простого возмещения убытков.

2. *Metus*, угрозы. Тот, кто вынудит угрозами у другого какую — либо ценность, согласно эдикту претора Октавия, приблизительно того же времени, подлежит *actio quod metus causa*, также с ответственностью *in quadruplum*. Но этот иск есть *actio arbitraria*: ответчик, выдав полученное по предложению судьи добровольно, от ответственности освобождается.

3. *Dolus*, обман, мошенничество. Для случаев этого рода претором и известным юристом Аквилем Галлом в 66 г. до Р.Х. был установлен инфамирующий иск — *actio doli* — на простое возмещение вреда. В некоторых случаях, для устранения инфамирующих последствий, *actio doli* заменяется простою *actio in factum*. Как *actio doli*, так и примыкающая к нему *actio in factum* были затем широко использованы классическими юристами для тех случаев, где они затруднялись в подыскании подходящего иска. Благодаря чрезвычайно эластичному понятию *dolus*, под него можно было легко подвести самые разнообразные отношения, вследствие чего *actio doli* и *actio in factum* в значительной степени играли роль исков субсидиарных.

Указанные виды исчерпывали всю деликтную систему позднейшего римского права. Как видим, и здесь система строится не на каком — нибудь общем и едином понятии деликта, а на отдельных типах его. Для иска о возмещении вреда надо было подвести его под тот или другой из этих типов. Впрочем, и здесь (как при контрактах) позднейшее римское право, в особенности благодаря указанным *actio doli* и *actio in factum*, практически удовлетворяло почти всем запросам своего времени.

§ 71. *Quasi* — контракты и *quasi* — деликты

Контрактами и деликтами не исчерпывалось все безконечное разнообразие обязательств и, как мы знаем, римская юриспруденция, а за ней и Юстиниан, пытались свести все эти внеконтрактные и внеделиктные обязательства к категориям *quasi* — контрактов и *quasi* — деликтов. Выше было указано, что этот прием систематизации не выдерживает научной критики: свести все *obligationes ex lege*, все «*variae causarum figurae*» («различные виды оснований») к каким — нибудь общим принципам едва ли возможно. Однако некоторые из римских *quasi* — контрактов и *quasi* — деликтов заслуживают здесь упоминания.

1) *Obligationes quasi ex contractu* (Inst. 3. 27). Сюда относятся прежде всего: а) иски из неосновательного обогащения — *condictiones sine causa* в широком смысле слова. Вообще *condictio*, ведущая свое начало от *legis actio per conductionem*, есть абстрактный иск *stricti juris*, идущий на *dare oportere*. Иск этот применялся в самых разнообразных отношениях; мы видели его применение при *mutuum*, при литеральных контрактах, при *stipulatio*. Этот же иск применялся юриспруденцией и к тем случаям, когда кто — либо без основания обогатился на чужой счет, когда кто — либо владеет чужой ценностью *sine causa*. При этом, разумеется, возникал вопрос о том, когда можно сказать, что лицо обогатилось на чужой счет без достаточного к тому основания — *sine causa*, так как сплошь и рядом одно лицо делается богаче на счет другого, и право, тем не менее, незаконного обогащения не усматривает (например, при дарении, безвозмездной ссуде и т. д.). Не давая какого — либо общего принципиального решения этого вопроса, римская юриспруденция постепенно установила следующие случаи неосновательного обогащения: 1) *Condictio indebiti* — платеж долга не существующего: в ошибочном убеждении, что я вам должен, я вам уплачиваю; теперь я могу уплаченное потребовать обратно. 2) *Condictio ob causam datorum* или *condictio causa data causa non secuta*: я дал вам что — либо с тем, чтобы вы с своей стороны что — либо исполнили, при неисполнении отпадает *causa* для дальнейшего удержания вами переданного. Мы уже видели эту *condictio* в истории *contractus innominati*. 3) *Condictio ob injustam* или *ob turpem causam*: передано что — либо для цели, запрещенной законом (*causa injusta* — например, уплачены проценты свыше законной нормы) или для цели, противной нравственности (*causa turpis*; но *turpitudinis* не должна быть на стороне дающего). 4) Целый ряд других случаев, которые нельзя было подвести под перечисленные *condictiones*, оставался под общим именем *condictiones sine causa* (например, случай займа у малолетнего: заем, как договор, недействителен, но взявший все же обогатился *sine causa*). Основанием для характеристики всех случаев неосновательного обогащения, как *quasi* — контрактов, послужило некоторое общее сходство отношений, возникающих здесь между сторонами, с отношениями при *mutuum*.

b) *Negotiorum gestio* — ведение чужих дел без поручения: например, я во время вашего отсутствия предпринимаю необходимый ремонт вашего дома. При известных условиях (*negotium utiliter gestum*) *negotiorum gestor* имеет право на возмещение произведенных им издержек, для чего ему предоставляется *actio negotiorum gestorum contraria*. В свою очередь хозяин — *dominus negotii* — имеет *actio negotiorum gestorum directa* по поводу причиненных ему убытков и т. п. (fr. 3 pr. D. 3. 5, fr. 5 pr. D. 44. 7). Отношения, возникающие из *negotiorum gestio*, во многом аналогичны *mandatum*. Иски из *negotiorum gestio* были установлены первоначально преторским эдиктом, но в эпоху классических юристов они уже *actiones in ius et bonae fidei*.

Кроме исков из неосновательного обогащения и *negotiorum gestio*, к обязательствам *quasi ex contractu* относилась еще случайная общность имущества, так называемая *communio incidens* (например, при слиянии вин, принадлежавших разным лицам), где отношения складывались аналогично *societas*; отношения между опекуном и опекаемым — *tutela*, и отношения между наследником и отказополучателем по поводу *legata*.

2) Из *obligationes quasi ex delicto* следует упомянуть: а) ответственность судьи за небрежное выполнение своих обязанностей перед тяжущимися в силу правила *iudex litem suam facit* (см. § 25). — б) *Actio de effusis et dejectis*: если из дома будет что — либо вылито или выброшено на площадь или улицу и этим будет причинен какой — либо вред, то хозяин помещения отвечает за этот вред, хотя бы и не он был непосредственным виновником. — в) *Actio de positis et suspensis*: претор дает всякому желающему *actio popularis* против хозяина дома, если у этого дома что — либо поставлено или повешено так, что может упасть и тем причинить вред проходящим (плохо повешенная вывеска и т. п.); иск идет на штраф в десять *solidi*. — г) Иск против *nautae, saurones* и *stabularii* за *dolus* или *furtum*, совершенные их слугами на корабле, в гостинице или постоялом дворе по отношению к проезжающим (Inst. 4. 5).

Список отношений, которые с таким же логическим основанием могли бы быть причислены к *quasi* — контрактным или *quasi* — деликтным, можно было бы увеличить во много раз, но такое причисление не имело бы никакой — ни теоретической, ни практической — ценности. Все внедоговорные и внеделиктные обязательства лучше всего могут быть познаны в связи с теми основными институтами, к которым они примыкают (в связи с институтом опеки, завещания, брачными и родственными отношениями и т. д.).

С. Погашение и перенесение обязательств

§ 72. Погашение обязательств

Общим принципом старого римского права в вопросе о погашении обязательств является принцип *contrarius actus*. Подобно тому как обязательство не могло быть установлено простым соглашением или простой передачей вещи или денег, а необходим был формальный акт *per aes et libram, stipulatio* и т. д. — так же точно и погашено обязательство не могло быть иначе, как при помощи такого же формального акта, только противоположного содержания. «*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*» («как контракт был заключен, таким порядком он и может быть расторгнут»), — говорит еще юрист классического времени Помпоний (fr. 80 pr. D. 46. 3). Простое исполнение, простой платеж не были достаточны для уничтожения обязательственной связи. Вследствие этого, как мы знаем, пехит должно было быть прекращено посредством акта *per aes et libram*, при котором говорит и действует уже должник, заявляя о своем освобождении и передавая кусок металла кредитору в знак платежа. Вследствие же этого стипуляционное обязательство должно было быть прекращено посредством обратного вербального акта — *acceptilatio verbis*: должник спрашивал у кредитора «*quod ego tibi debeo, habes ne acceptum?*», на что кредитор отвечал: «*Habeo*» («принимаешь ли то, что я тебе должен? — Принимаю»). Равным образом, литеральный, книжный долг погашался посредством *acceptilatio litteris*, то есть занесения отметки о получении в графе «*acceptum*» («принято»).

Все эти формальные акты погашения обязательств были по существу актами абстрактными, способными покрывать не только действительное исполнение обязательства, не только действительный платеж, но и разные другие *causae liberationis*, например, прощение долга.

С течением времени начинает получаться признание и простой платеж, простая *solutio*. Вероятно, это прежде всего и естественно случилось для обязательств неформальных, возникающих *re*, то есть раньше всего для бесформального *mutuum*: раз обязательство должника покоится на том основании, что в его имуществе находится ценность кредитора, то в случае уплаты это основание само собой отпадает. Признание простой *solutio* естественно также для *obligationes bonae fidei*: требование вторичного платежа только потому, что первый платеж не был облечен в гражданскую форму, противоречило *bona fides*. Но затем простой платеж приобретает погашающую силу и по отношению к обязательствам формальным (*stipulatio* и т. п.) — первоначально, вероятно,

посредством *exceptio*, а затем (к концу республики) и *ipso jure*.

Очень рано входит в обычай удостоверять платеж посредством письменных расписок. Усиление значения письменных документов вообще в период империи приводит к усилению доказательной силы и этих расписок. В случае выдачи расписки в ожидании платежа, если на самом деле платежа затем не последовало, кредитор имеет также *querela non numeratae pecuniae* в течение законного срока. Однако необходимости удостоверять платеж распиской не существовало. Только Юстиниан предписал, что обязательство, заключенное в письменной форме, требует или письменной расписки, или платежа в присутствии пяти свидетелей (с. 18. С. 4. 20).

С тех пор как бесформальная *solutio* была признана для всех обязательств, формальный акт *assertilatio* стал употребляться почти исключительно в целях прощения долга. Но и здесь рядом с этим формальным прощением появилось неформальное — в виде преторского *actum de non petendo*, которое дает должнику *exceptio pacti*. Это *actum de non petendo* имеет, кроме бесформальности, еще и то удобство, что может принимать в себя различные оговорки. Так, возможно *actum de non petendo* под известным условием, возможно *actum de non petendo in perpetuum*, то есть прощение долга навсегда, и *actum de non petendo ad tempus*, то есть отсрочка; при обязательствах с несколькими соучастниками (несколько должников) возможно прощение всем — *actum de non petendo in rem* — и только отказ взыскивать долг с данного лица — *actum de non petendo in personam*.

Кроме погашения обязательства односторонним прощением кредитора, двухсторонние консенсуальные контракты могут быть уничтожены добровольным соглашением обоих контрагентов — *contrarius consensus*.

Обязательство может быть, далее, погашено путем обновления — *novatio*: старое обязательство по соглашению сторон заменяется новым, причем такая *novatio* обыкновенно совершалась посредством *stipulatio*. Цели обновления могут быть различны. Прежде всего возможно, что с обновлением связывается смена участников обязательства — *novatio inter alias personas*. Кредитор, например, желает передать свое требование другому лицу (*delegatio*): тогда это другое лицо спрашивает должника: «*Quod tu Titio debes, spondesne mihi dare?*», на что должник отвечает: «*Spondeo*» («Обещаешь ли дать мне то, что ты должен Тицию? — Обещаю»). Или должник желает вместо себя поставить другое лицо (*expromissio*); тогда кредитор спрашивает нового должника: «*Quod mihi Titius debet, spondesne dare?*», на что последний отвечает: «*Spondeo*» («Обещаешь ли дать то, что мне должен Тиций? Обещаю»). В обоих случаях старое обязательство погашается окончательно, а взамен его возникает новое.

Возможна, однако, *novatio* и без смены лиц — *novatio inter easdem personas*: стороны вносят по взаимному соглашению те или другие изменения в обязательство; так как последующие *pacta* (*pacta ex intervallo*) по общему правилу силы не имеют, то необходимо *novatio*. Или кредитор желает, например, давая должнику отсрочку, заменить имеющийся у него иск *bonae fidei* более строгим иском из *stipulatio*: «*Quod tu mihi ex empto debes, spondes ne dare? — Spondeo*» («То, что ты мне должен из договора купли — продажи, обещаешь ли дать? — Обещаю») и т. д. Очень часто, наконец, *novatio* употреблялась в целях ликвидации целого ряда деловых отношений между сторонами наподобие *transscriptio a re in personam* литеральных контрактов: люди, находившиеся между собой в деловых отношениях, к концу года, например, подводят итог и затем, ликвидируя эти старые отношения, на место всей суммы их ставят одно обязательство на *saldo*. Формула такой ликвидационной *stipulatio* была выработана известным юристом Аквиллием Галлом (*stipulatio Aquiliana*). За ликвидацией могла последовать и *assertilatio* (fr. 18. 1. D. 46. 4).

В позднейшем праве обязательство может быть погашено также посредством зачета двух встречных требований — *compensatio*; но более раннему времени эта идея чужда: каждое требование должно было идти своим процессуальным путем. Только медленно и с большим трудом *compensatio* нашла себе доступ в римское право.

Период республики и первое время империи знает зачет встречных требований только в немногих исключительных случаях: а) При обязательствах *bonae fidei* судья мог по своему усмотрению, приговаривая ответчика, вычесть его встречные требования из того же правоотношения (*ex eadem causa*: например, приговаривая покупателя к уплате покупной цены, вычесть из нее убытки, причиненные несвоевременным доставлением вещи). б) *Argentarius*, предъявляя иск против своего клиента, должен был сам вычесть все встречные требования последнего — *cogitur cum compensatione agere*: его иск, таким образом, будет в то же время и окончательной ликвидацией всех их деловых отношений. в) *Vendorum emptor*, то есть покупатель с аукциона всего имущества несостоятельного должника, предъявляя иск к его должникам, обязан *cum deductione agere*, то есть вычесть долги купленной им массы ответчику. — Но все это были только исключения.

Дело меняется со времени императора Марка Аврелия: в силу его рескрипта во всех случаях ответчик может потребовать принятия к зачету его встречного требования хотя бы *ex alia causa*, посредством *exceptio doli*, ибо «*dolo facit qui petit, quod redditurus est*» («злоумышленно поступает тот, кто домогается того, что должно быть возвращено», fr. 173. 3. D. 50. 17). Ответчик, желающий

компенсировать, должен был, таким образом, заявить о своем требовании еще *in iure* и потребовать внесения в формулу *exceptio doli*, так как без этого *judex* сам *in iudicio* его встречного требования во внимание не примет. С другой стороны, в силу общего значения *exceptio doli* будет включена в формулу, она всегда приведет к полному оправданию ответчика — даже тогда, если встречное требование значительно ниже требования истца. Ввиду этого заявление со стороны ответчика *exceptio doli* обыкновенно принуждало истца тотчас же ограничить свой иск только разностью, выделив остальное в отдельный процесс в связи с заявленным встречным требованием.

С переходом к экстраординарному процессу, не знающему ни формул, ни деления на *jus* и *iudicium*, возражение о *compensatio* не связывается более с начальным моментом процесса: оно может быть заявлено в любой стадии его. С другой стороны, отпало и формальное основание для полного оправдания ответчика, если его встречное требование было ниже требования истца. Ввиду этого Юстиниан предписал в таких случаях судье, произведя зачет, приговаривать ответчика к платежу разности (§ 30 *In. 4. 6*). При этом, раз ответчик заявляет требование о зачете, расчет производится так, как если бы оба встречные требования были погашены уже с того момента, когда возникла их встречность (*compensabilitas*); это и обозначает выражение «*ipso iure compensatur*».

Из других способов погашения обязательств следует упомянуть о *confusio* (слияние в одном лице кредитора и должника — например, вследствие наследования), о погашении некоторых из них смертью (активно не наследуем, например, иск из *injuria*; пассивно не наследуемы, как было уже сказано, все *actiones poenales*), и, наконец, о погашении иска вследствие *litis contestatio* или вследствие (погасительной) давности его непредъявления. Старые гражданские иски никакой давности не подлежали — были *actiones temporales*; император Феодосий установил общую погасительную давность в 30 или 40 лет. Однако, погашение иска давностью не влечет полного уничтожения самого обязательства: оно только низводится до степени *obligatio naturalis* (последнее, впрочем, спорно).

§ 73. Перенесение обязательств

В древнейшую эпоху, когда обязательство представлялось строго личной связью между двумя лицами, ни о каком перенесении требования или долга речи не могло быть. Лишь по мере того, как в обязательстве все более и более выступал на первый план имущественный элемент, могла возникнуть потребность в подобном перенесении и мысль о его возможности. Часто, например, кредитор, нуждаясь в наличных деньгах и имея требование, срок которому еще не наступил, мог бы реализовать его сейчас путем продажи другому лицу. Точно также и должник мог желать передать свой долг в связи с теми или иными деловыми отношениями. Вообще, по мере того, как торговый оборот развивается, развивается и циркуляция требований.

Когда потребность этого стала ощущаться в Риме, она на первых порах удовлетворялась обходным путем. Древнейший способ для этой цели, выработанный еще в эпоху *legis actiones*, есть описанная выше *novatio obligationis* в виде *delegatio*, если дело шло о переуступке требования другому кредитору, и *expromissio*, если переносился долг на другого должника (*Dai. II. 38*). На этот способ имел значительные неудобства. Первое из них состояло в необходимости согласия противной стороны: без участия должника, без его ответа на стипуляционный вопрос нового кредитора *novatio* совершиться не могла. При перенесении долга с одного должника на другого (*expromissio*) необходимость согласия кредитора понятна: вместо одного должника, вполне надежного и состоятельного, кредитор может получить другого, быть может, несостоятельного. Но при переуступке требования (*delegatio*) интересы должника не страдают: ему все равно, кому платить; между тем он даже по своему капризу мог помешать необходимой переуступке. — Второе существенное неудобство состояло в том, что при *novatio* не старое требование переходило к новому кредитору, а взамен старого возникало новое. Вследствие этого с погашением старого обязательства погашались его *ipso* и все его *accessoria* — например, поручительство, залоговое право и т. д.; если стороны желали снабдить ими и новое требование, они должны были установить их заново, что при известных условиях было уже нелегко (например поручитель уже не хотел давать своего согласия).

Ввиду всего этого, хотя *delegatio* и *expromissio* продолжали существовать и далее (для передачи долга *expromissio* осталась до конца почти единственной формой), но оборот не мог на них остановиться и искал новых средств.

Такое средство было найдено в институте процессуального представительства (*Gai. II. 39*): кредитор делал того, кому он желал переуступить свое требование, своим когнитором или прокуратором; другими словами, он поручал ему взыскание по своему требованию, давал ему *mandatum agendi*, с тем, что взысканное он может удержать себе — *procurator in rem suam*. Благодаря такому приему, недостатки *novatio* отпадали: новый кредитор только осуществлял старое требование, и для *mandatum agendi* согласия противной стороны не требовалось. Но взамен их этот способ имел другие, не менее существенные неудобства. Новый кредитор действовал только на основании *mandatum*, а *mandatum*, как известно, погашалось смертью каждой из сторон и могло быть

в любой момент взято назад. С другой стороны, старый кредитор все еще оставался кредитором и, следовательно, мог, невзирая на уступку, получить платеж, простить долг и т. д. Положение нового кредитора было, таким образом, очень непрочным. Оно делалось прочным лишь с момента предъявления иска, то есть с момента *litiscontestatio* : право кредитора уже переходило к его наследникам в случае его смерти, не могло быть взято назад мандантом и т. д.; но момент переуступки мог далеко отстоять от срока платежа и, следовательно, от момента возможного предъявления иска.

Таким образом, жизнь выработала два способа, но оба они нуждались в усовершенствовании. Первый способ — *delegatio*, — как способ формальный, труднее поддавался изменениям, и римское право периода империи пошло по пути усовершенствования второго. Необходимо было при этом сделать положение нового кредитора, с одной стороны, независимым от старого, а с другой стороны, более прочным по отношению к должнику. Это было достигнуто следующим образом.

В первом направлении, при наличности уступки требования стали давать новому кредитору иск уже независимо от наличности действительного *mandatum*, следовательно, не обращая внимания на смерть или уничтожение поручения; новый кредитор (*cessionarius*) получает *actio utilis suo nomine*. Впервые это было допущено рескриптом императора Антонина Пия (Антонин Пий — римский император с 138 г. по 161 г., основатель династии Антонинов, получил прозвище «Пий» — «благочестивый» и рассматривался античными авторами как один из образцовых императоров, так же, как и его предшественник император Адриан, Антонин Пий вел активную законодательную политику) для покупателей наследства, как целого (*fr. 16 pr. D. 2. 14*), а затем и для приобретателей отдельных требований (*с. 2. С. 4. 10*).

Во втором направлении около того же времени установилось правило, что, если должник будет уведомлен о состоявшейся уступке требования, он обязан воздерживаться от платежа старому кредитору (*цеденту, cedens*). Сделав такое уведомление, *denuntiatio*, цессонарий может теперь быть и в этом отношении спокойным (*с. 3. С. 8. 41*).

В таком виде и осуществляется переуступка требований (*cessio obligationis* или *nominis*) в позднейшем римском праве.

Однако, на почве того общего расстройтва общественной и экономической жизни в период абсолютной монархии, о котором приходилось уже неоднократно упоминать, возникли некоторые особые ограничения *cessio*. Так, указ императоров Гонория и Феодосия 422 г. (*с. 2. С. 2. 13*) запрещает переуступку требований лицам «более могущественным» — *potentiores*, очевидно, с целью не ухудшать фактического положения должников. — Еще более решителен указ императора Анастасия — *lex Anastasiana* 506 г. (*с. 22 С. 4. 35*), запрещающий покупателям требований взыскивать с должников более того, что они заплатили сами. Указ этот имел своею целью борьбу с профессиональными скупщиками — спекуляторами, но вместе с тем ударил по всему обороту требований. Если покупается требование, которому срок еще не наступил, то очевидно, что покупатель предложит всегда меньше номинальной цены обязательства, причем в разнице скажется не только сумма процентов, которые мог бы получить покупатель за свои уплачиваемые теперь наличные деньги, но и общий или меньший риск будущего взыскания. Запрещая покупателям взыскивать более того, что они заплатили сами, *lex Anastasiana* упускала совершенно из виду этот момент риска и, конечно, при последовательном применении могла только привести к полному прекращению циркуляции требований. Но, разумеется, и этот закон вызвал разнообразные практические обходы, о которых свидетельствует сам Юстиниан в указе, подтверждающем *lex Anastasiana* (*с. 23. С. 4. 35*).

Глава IX История отношений семейственных

§ 74. Общая история брака

Новейшими исследованиями в области социологии неоспоримо доказано, что семья, как постоянный, по идее своей, пожизненный, союз между мужчиной и женщиной, отнюдь не является и исконным, так сказать, человечеству прирожденным, институтом. Появлению семьи в его указанном значении предшествовал долгий период иных форм отношений между полами и, по — видимому, первым зародышем семьи было похищение жен из чужого племени. Симуляция похищения, играющая такую большую роль в брачных обрядах почти всех народов, а также различные легенды, служат тому подтверждением. Есть они и в истории римского права — например, известная легенда о похищении сабинянок.

Как бы то ни было, но память римского народа не сохранила никаких следов периода, предшествовавшего установлению семьи. Правда, некоторые из современных исследователей усматривают историческую противоположность между патрициями и плебеями, между прочим, и в различии их семейного строя: патриции жили уже патриархальным строем, меж тем как плебеи еще

оставались в стадии матриархата, — но эта гипотеза отнюдь не опирается на сколько — нибудь прочные данные.

С тех пор как мы знаем что — нибудь о римлянах, мы находим у них уже прочно сложившийся патриархальный строй, в основе которого лежит моногамная семья с абсолютным домовладыкой во главе, власть которого (первоначально носящая общее название *manus*) объединяет все элементы семьи в одно крепкое целое.

Эта патриархальная семья *cum manu* над женой устанавливалась посредством брака в троякой форме (Gai. 1. 110 и сл.).

Первая из этих форм — *confarreatio*. Это есть акт религиозный; совершается он в присутствии десяти свидетелей, которых считают за представителей десяти курий, при участии жрецов (*pontifex maximus* и *flamen Dialis*) и состоит в целом ряде различных сакральных обрядов, сопровождаемых «*certis et solemnibus verbis*» («ясными и торжественными словами»). Среди этих обрядов центральное место занимает освящение и вкушение женихом и невестой особого хлеба — *panis farreus*, откуда и самая форма получила свое название.

Вторая форма — *coemptio*, то есть покупка жены у ее *paterfamilias* или у ее опекуна. Как и всякая покупка в то время, она совершается в форме *mancipatio*: в присутствии пяти свидетелей и весовщика (*libripens*) с весами жених произносит соответствующую формулу и затем передает металл домовладыке невесты. Но, по — видимому, этому акту *mancipatio* предшествовал обмен вопросами о согласии; сначала жених спрашивал невесту «*an tu mihi materfamilias esse velis*» («желаешь ли ты быть у меня матерью семейства?») и получал от нее утвердительный ответ; затем такой же вопрос предлагала она. Вероятно, эти обоюдные ответы о согласии давались также в известных, обрядами санкционированных словах; по — видимому, обычной фразой невесты было: «*ubi tu Gaius, ibi ego Gaja*» («где ты Гай, там я Гая»). Но во всяком случае юридический момент акта лежал не в этих брачных обрядах, а в акте *mancipatio*. Весьма возможно, что в более раннее время *coemptio* была подлинной реальной покупкой жены, но уже очень рано она стала простой формой — *imaginarium venditio* (воображаемая продажа).

Историческое соотношение этих двух форм между собой неясно; многие ученые (Жирар, Коста и др.) считают *confarreatio* формой специально патрицианской, а *coemptio* формой, возникнувшей у плебеев и лишь впоследствии ставшей общей. Думают даже, что *confarreatio* навсегда осталась для плебеев недоступной.

Помимо этих двух форм, *manus* над женщиной, а следовательно и семья, могла быть установлена *usu* («пользованием»), то есть фактическим брачным сожителем в течение года. Мы имеем здесь применение к семейственным отношениям вещь — правового института давности: подобно тому как владение вещь в течение двух лет для недвижимости и одного года для *res ceterae* превращалось в собственность, так и здесь сожителем в течение года давало мужу *manus* над женой. В древнейшем своем применении *usus* имел, вероятно, свою цель санкционировать брак, заключенный с каким — нибудь пороком в форме, или брачное сожителем, возникнувшее вовсе бесформально, например, путем похищения.

Брак, возникнувший одним из указанных способов, есть брак *cum manu*: жена, как в личном, так и имущественном отношении подпадает под власть мужа (или его *paterfamilias*), занимает место дочери — *filiae locum optinet* (Gai. 1. 111). Она входит всецело в состав его *familia*, делается агнаткой как его самого, так и всех его родственников. Вместе с тем она окончательно порывает все агнатические связи со своей прежней семьей, делается для своих родителей, братьев и т. д. юридически чужой со всеми последствиями такого отчуждения (теряет права наследования и т. д.). Как *filia*, она подлежит власти своего мужа со всеми атрибутами ее абсолютности.

Только такой строго патриархальный брак *cum manu* был известен римлянам в древнейшее время. Но уже в эпоху XII таблиц стал намечаться брак иного характера. Законы XII таблиц, санкционируя установление *manus* посредством *usus*, говорят в то же время, что жена может воспрепятствовать установлению *manus*, прервать течение давности удалением из дома мужа на три ночи — *usurpatio trinoctio*. Законы XII таблиц имеют при этом в виду, очевидно, не полный разрыв сожителем, а только устранение *manus*: пробыв три ночи вне дома мужа, жена снова возвращается к нему и продолжает совместную жизнь; к концу года снова уйдет на три ночи и т. д. Таким образом, брачное сожителем будет продолжаться всю жизнь, с тем только отличием от обыкновенного брака, что жена все время будет свободной от власти мужа, будет юридически для него чужой, сохраняя свое прежнее положение в старой семье.

Конечно, с строго юридической точки зрения, такое сожителем не должно было бы считаться в собственном смысле браком; тем не менее римское право уже ранней эпохи признало его за *matrimonium iustum* (законный брак): дети от такого сожителем считаются не внебрачными детьми, а детьми законными; они подлежат власти (*patria potestas*) отца, входят, как агнаты, в его семью и т. д. Жена, мать этих детей, есть *uxor* своего мужа, а не наложница, но только она не подлежит *manus mariti*, стоит в брачном сожителем рядом с мужем, как существо свободное и самостоятельное.

Каким образом произошло признание брака *sine manu* за *matrimonium iustum* и где реальный корень его в истории, мы не знаем. По мнению некоторых (например, Майр), он возник впервые в браках между патрициями и плебеями до общего признания между ними *jus connubii* (права законного брака, то есть до *lex Canuleia*). Как бы то ни было, но появление этого нового брака знаменует собою в римской истории крупнейший поворотный пункт. В непроницаемом единстве староримской патриархальной семьи была пробита первая брешь: если прежде *paterfamilias* закрывал собою всех членов своей семьи, над которыми он властвовал со всею юридической неограниченностью, то теперь в браке *sine manu* жена вышла из этой патриархальной оболочки и стала рядом с мужем, как личность самостоятельная. Вместе с тем впервые возник вопрос о юридическом определении отношений между этими двумя самостоятельными личностями. Если ранее, в браке *cum manu*, семейственные отношения представляли лишь разновидность вещных (*manus* принципиально равна *dominium*), то только в браке *sine manu* появились впервые отношения особенного, семейственного характера.

Появление брака *sine manu* не уничтожило сразу брака *cum manu*; как мы уже видели много раз в истории римского права, и здесь новая форма сначала стоит только рядом со старой и лишь постепенно выступает на первый план, побеждая старую своей внутренней силой. Долгое время оба вида брака существуют рядом, но уже во второй половине республики брак *sine manu* делается преобладающим. Старые формы установления *manus* постепенно вымирают. Ранее ругих пришел в забвение *usus*. *Confarreatio* поддерживается в жизни дольше тем, что для занятия некоторых сакральных должностей (например, *flamen Dialis*) необходимо было рождение в конфарреационном браке. Но уже в начале империи в этом отношении встречаются большие затруднения: круг возможных кандидатов суживается все более и более; очевидно, *manus mariti* отпугивает жен от этой формы. Ввиду этого в 23 г. по Р.Х. издан был закон, освобождающий *confarreatio* от этого гражданского последствия, и в таком виде (без *manus*) *confarreatio* продолжала встречаться вплоть до полного исчезновения язычества. Наконец, *coemptio* сохраняется также еще в эпоху классических юристов (Гай говорит о ней, как о форме практической), но уже не как способ установления настоящего брака, а как *coemptio fiduciaria* в целях приобретения женщиной некоторых льгот — например, для освобождения от законных опекунов и для замены их опекуном по избранию (*tutela evitanda gratia*: женщина выходит фиктивно замуж, вследствие чего опека агнатов над ней прекращается; вслед за тем ее фиктивный муж реманципирует ее тому, кого она желала бы иметь своим опекуном; этот последний эманципирует ее в свою очередь, но, как *manumissio*, остается ее опекуном — *Gai. I. 115*). Однако, с IV столетия по Р.Х. *coemptio* уже и в этом искусственном виде не встречается.

Таким образом, уже в эпоху классических юристов единственным видом настоящего брака является брак *sine manu*. Его историческое происхождение объясняет и всю его юридическую природу. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания *manus*, новый брак заключается и в позднейшее время путем простого брачного соглашения («*nuptias consensus facit*» — «взаимное согласие создает брак», *fr. 15. D. 35. 1*), за которым следует привод жены в дом мужа — *deductio in domum*, — сопровождаемый, конечно, различными бытовыми обрядами, но все эти обряды юридического значения не имеют. Полная бесформальность брака, при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака *sine manu*. Эта бесформальность сохранилась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания.

Как сожительство, зиждущееся на свободном соглашении мужа и жены, брак *sine manu* может быть и прекращен свободным желанием любого из супругов. И в этом отношении должна быть отмечена глубокая разница между двумя видами брака. Брак *cum manu*, сущностью которого являлась односторонняя власть мужа, мог быть расторгнут только по одностороннему же решению мужа (но не по желанию жены); единственным ограничением служила только необходимость соблюдения принципа *contrarius actus*: брак, заключенный посредством *confarreatio*, мог быть расторгнут посредством такого же сакрального акта *diffarreatio*, брак коэмпционный — посредством *remancipatio*. Брак *sine manu*, напротив, мог быть расторгнут не только по взаимному согласию обоих супругов (*divortium mutuo dissensu*), но и односторонним заявлением как со стороны мужа, так и со стороны жены (*repudium*). Каких — либо законных причин для развода совершенно не требовалось.

В конце республики, под влиянием общего морального распада, семейная жизнь пережила особенно острый кризис. Разврат вне семьи и в семье приобрел ужасающие размеры; отношения брачные стали сплошь и рядом уродливыми; супруги старались избежать детей; свободой разводов стали злоупотреблять, преследуя при этом чисто спекулятивные цели. Для борьбы со всем этим император Август издал ряд весьма репрессивных законов. Такова прежде всего *lex Julia de adulteriis*, закон 18 г. до Р.Х., устанавливающий наказания за прелюбодеяния (*relegatio*); наказаниям подвергаются не только непосредственные виновники, но и попустители; в качестве таковых подлежат наказанию муж и отец виновной жены, если они не возбуждают преследования. В связи с

этим находится другой закон либо того же 18 г. до Р.Х., либо 4 г. по Р.Х. (спорно) — *lex Julia de maritandis ordinibus*, внесший целый ряд весьма существенных положений в область брачного права. Этот закон был дополнен затем в 9 г. по Р.Х. по предложению консулов Папия и Поппея, причем эти дополнения у позднейших юристов объединяются с предыдущим законом под общим именем *lex Julia et Papia Poppaea*.

Вся совокупность брачного законодательства Августа наложила свой отпечаток на всю дальнейшую историю римских семейственных отношений и вызвала к жизни целый ряд весьма существенных юридических явлений.

Карая *adulterium* и *stuprum*, Август изъясил от наказания тот случай, когда сожителство имеет внебрачный характер вследствие препятствий, полагаемых самим законом — например, вследствие запрещения браков между лицами сенаторского сословия и вольноотпущенниками. Сожителство при таких условиях, если оно сопряжено с брачными намерениями обеих сторон и если ни одна из них не состоит в законном браке, не подлежит наказанию — *extra poenam legis est* («не подпадает под кару закона»). Такое сожителство называется конкубинатом и отличается от всех прочих случайных связей; дети, рожденные от конкубината, хотя и не являются законными, но зато отличаются и от незаконных (*spurii* или *vulgo concepti*); они — *liberi naturales*. С течением времени им предоставляются даже известные ограниченные права наследования, право быть известным образом узаконенными и т. д. Вследствие этого на конкубинат начинают смотреть, как на некоторый суррогат брака, и Павел в своих *sententiae* (II. 20. 1) говорит даже, что «*concubina ab uxore solo dilectu separatur*» («конкубина отличается от жены единственно выбором», хотя это и далеко не точно). Так рядом с браком в истинном смысле слова возникло брачное сожителство, так сказать, низшего порядка — некоторые *inaequale conjugium*. Но оно является, конечно, только редким исключением.

Борясь, далее, с склонностью к безбрачию и бездетности, Август прибег к следующей чрезвычайной мере. *Lex Julia et Papia Poppaea* устанавливает прямую обязанность для всех мужчин в возрасте от 25 до 60 лет и для всех женщин в возрасте от 20 до 50 лет состоять в браке и иметь детей. Лица, не выполняющие этой обязанности, подвергаются известным и весьма существенным ограничениям: не состоящие в браке (*coelibes*) не могут вовсе ничего получать по завещаниям, а состоящие в браке, но не имеющие детей (*orbi*), могут получать только половину. Все то, что они получить не могут (*incapaces*), является *caducum* и идет или в пользу других лиц, назначенных в том же завещании, или же в казну. При этом Август определяет даже количество детей, которое необходимо иметь, чтобы не считаться за бездетных: для мужчин достаточно одного ребенка, а для женщин нужно три (для вольноотпущенниц даже четыре). Женщины, удовлетворяющие этому требованию, имеющие так называемое *jus trium liberorum* («право трех детей»), помимо неограниченного права получать по завещаниям, пользуются и другими преимуществами. — Но этот столь решительный закон, разумеется, своей цели достигнуть не мог, и если впоследствии положение дела в этом отношении улучшилось, то в зависимости от некоторого общего улучшения в состоянии римского общества, а не от кар закона. Своими постановлениями о *caduca lex Julia et Papia Poppaea* вызвал только разнообразные средства для своего обхода и большую путаницу. Тем не менее, правила эти существовали в течение всего классического периода и были отменены только Константином.

Наконец, законодательство Августа обратило внимание и на отношения между супругами во время брака, и на вопрос о его расторжении. Ниже мы познакомимся с некоторыми реформами в области отношений по поводу приданого (*dos*), которые имели целью гарантировать жену от произвольных распоряжений со стороны мужа. В вопросе о разводе Август, не затрагивая самого принципа свободы разводов, в *lex Julia de adulteriis* предписал, чтобы расторжение брака было объявляемо в присутствии семи свидетелей, причем обыкновенно это делалось в виде вручения разводного письма — *libellus repudii*. За этим чисто формальным ограничением, свобода разводов сохранилась в римском праве до самого конца. Правда, вопрос о причинах развода не остается вовсе безразличным; развод без основательной причины (*sine justa causa*) влечет за собой для стороны виновной известные имущественные штрафы: если жена подала повод к разводу своим поведением или если она дала развод без всякого повода со стороны мужа, она теряет в пользу последнего свое приданое; если в том же повинен муж, он теряет в пользу жены так называемое *donatio propter nuptias*. Но этим исчерпывается все: брак даже при полном отсутствии причин будет расторгнут; какой — либо проверки основательности причин со стороны суда или какого — нибудь иного учреждения римское право до конца не знало. «*Libera matrimonia esse*» («браки свободны», с. 1 С. 8. 38) — такова общая основная идея римского свободного брака от первого момента его появления в истории до законодательства Юстиниана, и даже христианская религия в Риме этого принципа не уничтожила. Таким последовательным проведением принципа равенства и свободы обеих сторон в браке римское право явило чрезвычайно любопытный пример разрешения трудной и острой проблемы.

Вступление во второй брак по прекращении первого (хотя бы путем развода) в течение всего республиканского и классического периода не встречало никаких препятствий со стороны закона и не навлекало на вступившего в новый брак супруга никаких ограничений. Даже напротив, *lex Julia et*

Раріа Рорраеа лиц, не вступивших в новый брак по прошествии известного времени после прекращения первого, подвергал правилам об *incapacitas* (неспособность наследовать по завещанию). В послеклассическом праве, однако, появляются уже известные ограничения, имеющие своей целью оградить интересы детей от первого брака: *agens binubus* (супруг вступивший в брак во второй раз) лишается права распорядиться всем тем, что он получил от первого брака (так называемым *lucra nuptialia*); он может только этим имуществом пользоваться; после же его смерти оно должно во всяком случае перейти к его детям от первого брака. Кроме того, своему новому супругу он не может ни подарить, ни завещать более того, что он оставляет каждому из своих детей от первого брака.

Вдова, вступающая во второй брак, должна сверх того соблюсти так называемый траурный год, то есть промежуток в 10 месяцев со времени прекращения первого. Целью этого ограничения является, с одной стороны, соблюдение известного пиетета к покойному мужу, а с другой стороны, устранение так называемых *turbatio sanguinis*, то есть затруднений в определении того, кто должен считаться отцом ребенка, если таковой родится в течение 10 месяцев по прекращении первого брака. Но предписание о траурном годе не создает препятствия абсолютного: брак, заключенный вопреки ему, не будет ничтожным; только вдова, нарушившая траурный год, подвергается известным карам, — *infamia*, потере *lucra nuptialia*, ограничениям в сфере наследования.

Таковы основные явления в общей истории римского брака. В ряду других народов не только старого, но и нового мира Рим занимает в этом отношении совершенно исключительное место. Везде развитие брачных отношений начиналось с патриархальной семьи, в которой муж имеет неограниченную власть над женой, и везде это историческое развитие сводилось к постепенному ослаблению этой власти: идея права мужа над личностью жены сменяется идеей опеки над нею; а эта последняя — идеей главенства мужа в общесемейных делах. Везде права жены постепенно выросли, но старые, пережитые стадии власти и опеки мужа долго оставляли и до сих пор оставляют свои следы в юридическом положении замужней женщины. Римское право, знавшее в начале также только патриархальный брак с *manus mariti*, созданием брака без *manus* совершило сразу огромный исторический прыжок и надолго опередило другие народы в развитии брачных отношений: оно сразу создало брак, в котором ни о каких правах мужа над личностью жены, даже ни о какой опеке над нею нет речи; оба супруга равны друг другу и независимы один от другого.

С другой стороны, римское право смотрит на этот брак, как на союз совершенно свободный, зиждущийся только на продолжающемся согласии супругов; по желанию каждого он может быть расторгнут. Всякий контроль государства, приводящий по необходимости — то в большем, то в меньшем количестве случаев (при отсутствии законных причин развода) — к принудительному продолжению брака, римскому праву был противен. Как бы ни относиться к этой трудной проблеме, во всяком случае и здесь римское право далеко оставляет за собою все, даже самые современные, законодательства и свидетельствует о том, что признание полной свободы разводов отнюдь не ведет ни к разрушению семьи, ни к гибели общества.

§ 75. Отношения между супругами

Общее различие в юридической природе брака *cum manu* и *sine manu* сказывается, естественно, и в различном построении как личных, так и имущественных отношений между супругами.

При браке *cum manu*, как было уже указано, жена всецело подчинялась власти мужа и юридически находилась в положении его дочери. Вследствие этого в личном отношении она подлежала юридически неограниченному праву мужа: он мог вытребовать ее от всякого третьего лица, даже от родителей и даже против ее воли, посредством *vindicatio*; он мог продать ее в рабство и эксплуатировать ее рабочую силу посредством отдачи *in mancipium*; он имел ничем не ограниченное право наказания, достигающее до *jus vitae ac necis*. Конечно, фактически муж ограничивался общественным мнением; право продажи жены уже в древности (за исключением *mancipium*) вышло из употребления; в случае серьезных поступков жены было в обычае привлекать к суждению о наказании родственников (*judicium domesticum*), — но юридически муж все же оставался полновластным господином над самой личностью жены. Тот же принцип подчинения определяет и имущественные отношения между ними. Все, что жена имела до брака и что она приобрела после брака, принадлежало мужу, как полному и бесконтрольному собственнику. Быть может, в более позднее время, когда уже рядом существовал брак без *manus* с его особым имущественным режимом, в подражание ему и при браке *cum manu* мужья оставляли женам их имущество в более или менее свободное пользование, но юридически положение этого имущества определялось нормами о *rescissum*. В случае несостоятельности мужа и оно шло на удовлетворение его кредиторов; равным образом, оно могло быть отобрано самим мужем в любой момент. Взамен этой имущественной несамостоятельности жена наравне со своими детьми имела наследственное право после своего мужа и всех его агнатических родственников.

Совершенно иначе складывались отношения при браке *sine manu*, построенном на принципе самостоятельности и независимости жены по отношению к мужу.

В области личных отношений, как известно, ни о какой власти мужа нет речи. Жена сохраняла свое прежнее семейное положение: она оставалась *persona sui juris*, если была таковой до брака; она подлежала *patria potestas* своего отца, если он был жив. Никакой дисциплинарной власти над женой муж не имеет; равным образом, он не имеет никакого права требовать ее привода судом, если она ушла от него и не желает возвращаться. Правда, муж имеет *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* (интердикт о выдаче и увозе жены, предоставляемый претором по требованию мужа против лица, у которого находится жена), но лишь против третьих лиц, которые удерживают ее против ее воли. Разумеется, общность супружеской жизни, единство семейных дел требовали на случай несогласия между супругами признания известной решающей роли за голосом мужа (например, в вопросе о выборе местожительства семьи, о способе воспитания детей и т. д.); но это главенство в общесемейных делах далеко от идеи права на самую личность жены.

Соответственно тому же общему принципу регулируются и имущественные отношения супругов. В основе их естественно лежит принцип раздельности: имущество мужа и имущество жены составляют две совершенно независимые друг от друга массы. Все, что жена имела до брака и что она получила во время брака (своим трудом, путем наследования от родственников по старой семье и т. д.), принадлежит ей (если она *persona sui juris*), составляет ее свободное имущество, которым она может пользоваться и распоряжаться, не испрашивая на то согласия мужа и не отдавая ему никакого отчета. Это имущество впоследствии стало обозначаться греческим термином *παράφερρα*, *parapherra*.

Для того, чтобы не только формально, но и материально гарантировать имущественную независимость супругов друг от друга, чтобы очистить брачное согласие от всяких материальных соображений, римское право уже издавна («*moribus*» — обычаями) дополнило эту систему раздельности запрещением дарений между ними («*ne venalicia essent matrimonia*», «*ne mutuo amore invicem spoliarentur*» — «да не будут браки продажными», «да не осквернятся при взаимной любви», fr. 1, 2 и 3 pr. D. 24. 1). *Donatio inter virum et uxorem* («дарение между мужем и женой») ничтожно; подаренное первоначально мог требовать назад не только сам супруг, но и его наследники; и только *oratio Antoniniana* (Каракаллы) установила, что, если подаривший умер, не потребовав обратно, *donatio convalescit* («дарение подтверждается», fr. 32 D. 24. 1).

За исключением дарений, супруги могут вступать друг с другом в какие угодно юридические отношения — покупать, занимать и т. д.; жена может даже поручить мужу управление всем его собственным, *параферральным* имуществом. Вследствие этого между ними могут быть и соответствующие иски. Однако, особая близость между супругами отражается в некоторых отступлениях от общих норм. Так, супруги отвечают друг перед другом за вину (небрежность), где такая ответственность имеет место, не в ее абстрактном масштабе *diligens paterfamilias* («бережливого отца семейства»), а за так называемую *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, то есть за обычную для данного супруга внимательность, за ту, которую он применяет к своим собственным делам. Супруги, далее, не могут предъявлять друг против друга *инфамирующих* исков; в случае необходимости им даются аналогичные иски, не влекущие за собой *infamia*: например, вместо *actio furti* — *actio rerum amotarum*, вместо *actio doli* — *actio in factum* и т. д. Наконец, при взысканиях друг против друга супруги имеют так называемое *beneficium competentiae*: они могут требовать, чтобы им было оставлено столько, сколько необходимо, чтобы они не нуждались («*ne egeant*»).

Но эта последовательно проведенная система имущественной раздельности модифицируется двумя параллельными институтами: *dos* — со стороны жены и *donatio propter nuptias* — со стороны мужа.

1. *Dos*. Издержки общей семейной жизни (содержание семьи и т. д.) лежат в принципе на муже; и жена и дети в крайнем случае могут требовать от мужа и отца выдачи им содержания (*alimentatio*). Но уже издавна, с самых первых моментов появления брака без *manus*, вошло в обычай давать мужу при самом заключении брака особое приданое, которое и носит название *dos*. Таким образом, не все имущество жены и не его *ipso* делается приданым: *dos* — это только то имущество, которое специально выделено мужу или самой женой, или ее *paterfamilias*, или, наконец, лицом посторонним. Если приданое дается отцом жены, оно носит название *dos profecticia*; если самой женой или посторонним лицом, оно называется *dos adventicia*. Но во всяком случае приданое должно быть установлено каким — нибудь специальным актом — «*dos aut datur aut dicitur aut promittitur*» («приданое или дается, или устанавливается, или обещается»). Первоначальным назначением *dos* было вспомоществование мужу в несении общесемейных расходов (*ad manrimonii opera sublevanda*), но затем к этой функции прибавилась другая: *dos* гарантирует до известной степени мужа от неосновательного развода со стороны жены.

Однако, *dos* имеет в римском праве свою длинную историю. Первоначально приданое переходило в полную собственность мужа и навсегда: оно не подлежало возвращению ни в случае смерти жены, ни даже в случае беспричинного развода со стороны мужа. Общеизвестная редкость

разводов являлась причиной того, что вопрос о судьбе *dos* ни в жизни, ни в законодательстве не ставился.

Но к концу республики, когда вместе с общим падением нравов усилились разводы, указанное положение вещей обнаружило большие неудобства; неограниченная свобода разводов создавала возможность различных злоупотреблений со стороны мужа: вступив, например, в брак и получив *dos*, он мог тотчас же дать жене развод; брак мог стать, таким образом, средством для самой низкой спекуляции с целью получения *dos*. Ввиду этого возникла необходимость так или иначе юридически обеспечить интересы жены.

Прежде всего об этом стали заботиться сами заинтересованные лица. Жена или ее родители при самом заключении брака и установлении приданого требовали от мужа в форме *stipulatio* обеспечения того, что в случае развода или смерти мужа *dos* будет возвращена жене или установителю. Это обеспечение носило название *cautio rei uxoriae*. При наступлении предусмотренных в *cautio* условий жена или иной установитель *dos* имели против мужа или против его наследников обычный строгий иск — *actio ex stipulatu*. Часто при этом передаваемое мужу приданое при самом установлении оценивалось и как бы считалось мужу проданным за известную сумму денег, которую он и обязывался вернуть на случай развода (*dos venditionis causa aestimata*).

Обычай подобных *cautiones* мало — помалу укрепился настолько, что даже тогда, когда *cautio* была упущена, стало казаться несправедливым (противным *bona fides*, — Пернис; деликным со стороны мужа, — Эсмейн), если муж, давая жене развод без всякого с ее стороны повода, удерживал себе ее приданое. Выразителем этого формирующегося правовоззрения и здесь прежде всего явился претор, который стал давать жене *actio rei uxoriae* — иск, идущий на *id quod aequius melius erit* («то, что будет более справедливо»). Вскоре, однако, этот иск превратился в *actio civilis* и *bonae fidei*. При толковании этого иска, при обсуждении того, чего требует в наших отношениях *bona fides*, и были выработаны юриспруденцией ближайшие нормы классического дotalьного права. Основные положения его сводятся к следующему.

Если брак прекращался смертью жены, то приданое по общему правилу оставалось мужу, разве что оно было установлено ее отцом (*dos profecticia*) и отец был еще в живых. Если брак прекращался смертью мужа, то приданое возвращалось всегда жене или ей совместно с отцом. Оно возвращалось также тогда, если брак был прекращен разводом по инициативе мужа или по его вине; но оно оставалось мужу, если развод дала жена без всяких поводов со стороны мужа или если она вызывала развод своим поведением. Однако, во всех тех случаях, когда муж должен вернуть приданое, он может сделать при известных условиях некоторые вычеты из него — так называемые *retentiones* (*propter liberos* — на содержание детей, которые остаются на его попечении; *propter res amotas* — по поводу вещей, растроченных женой; *propter mores* — по поводу каких — либо проступков жены и т. д.; — *Ulp. reg. VI*).

Таким образом, обязанность мужа возвращать *dos* в случае прекращения брака была признана. Но муж все же считается собственником приданого и потому может растратить его во время брака; даже более того — он может отчуждить его нарочно с намерением дать затем жене развод. Конечно, жена будет иметь в таком случае обязательственное требование к мужу; но это требование может оказаться безрезультатным (например, в случае несостоятельности мужа). Для того, чтобы еще полнее гарантировать жену, *lex Julia de adulteriis* в особой главе *de fundo dotali* воспретила мужу отчуждение дotalьных недвижимостей (находящихся в Италии) без согласия жены, причем под запрет стали подводиться не только акты прямого отчуждения, но и все те, которые могли привести впоследствии к отчуждению — например, залог (*Gai. II. 63*). Благодаря этому запрещению, главная составная часть *dos* была освобождена от указанных выше возможностей. Сверх того, требование жены было снабжено *privilegium exigendi*, то есть правом на преимущественное удовлетворение перед другими личными кредиторами мужа.

Юстиниан пошел еще далее в том же направлении. Если в классическом праве муж удерживал *dos* еще в случае смерти жены, то Юстиниан предписал и здесь возвращение приданного ее наследникам. Таким образом, в позднейшем римском праве *dos* остается мужу лишь в случае развода по вине жены, в качестве штрафа для последней. Кроме того, Юстиниан запретил отчуждение дotalьных недвижимостей даже при согласии жены. Наконец, он уничтожил различие между *actio ex stipulatu* и *actio rei uxoriae*, предписав, чтобы иск о возвращении приданого был всегда *actio ex stipulatu*, но чтобы этот иск обсуждался по началам *bonae fidei*, причем прежние правила о *restitutio dotis* были подвергнуты значительным изменениям (были отмечены все прежние *retentiones* мужа). *Privilegium exigendi* превратилось в подлинную законную ипотеку жены на все имущество мужа.

Благодаря обязанности возвращать приданое и запрещению *alienatio*, уже в классическую эпоху муж, хотя юридически и оставался собственником *dos*, но фактически являлся не чем иным, как простым пользователем *dos* на время брака (*ususfructus maritalis*). Права жены на *dos* непрерывно росли, и римские юристы стали говорить: «*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*» («хотя приданое находится в имуществе мужа, однако оно принадлежит жене», *fr. 75. D. 23. 3*). Тем не менее и в праве Юстиниана собственником *dos* в принципе является муж.

2. *Donatio propter nuptias*. Уже издавна были в обычае предбрачные подарки жене со стороны мужа (*donationes ante nuptias*), но они приобрели особое значение после того, как выяснилась вторая — штрафная — функция *dos*. Если жена на случай неосновательного развода с своей стороны рискует потерей приданого, то в интересах равенства и справедливости было желательно, чтобы муж также, получая *dos*, выделял из своего имущества известную часть, по стоимости приблизительно равную *dos*, для подобной же гарантии жены. Это и стало мало — помалу если не юридической обязанностью мужа, то во всяком случае правилом общественного приличия: требовать такой *donatio* ни невеста, ни ее родители не могли. Но в силу запрещения дарений между супругами, *donatio* эта должна была во всяком случае совершиться до брака (*donatio ante nuptias*), иначе дарение будет ничтожно. Нормы относительно *donatio ante nuptias* не получили, однако, в эпоху классического права полного развития; лишь законодательство самых последних императоров (Юстина и Юстиниана) придало этому институту более законченную физиономию (§ 3 In. 2. 7). Прежде всего было позволено в интересах установления указанного равенства совершать *donatio* не только до брака, но и после его заключения, вследствие чего Юстиниан предписал называть наш институт *donatio propter nuptias*. Но это название не вполне соответствует действительности в том отношении, что настоящего дарения здесь нет: муж сохраняет собственность на подаренные объекты; он ими пользуется, как и раньше, и, если брак протечет без всяких потрясений, *donatio propter nuptias* не проявит себя ничем. Все назначение *donatio propter nuptias* заключается именно только в гарантии жены на случай развода: тогда она не только может потребовать назад свою *dos*, но и *donatio propter nuptias*. В интересах наилучшей гарантии жены относительно получения *donatio*, на выделенные мужем имущества было также установлено запрещение их отчуждать.

Так постепенно складывалась римская система имущественных отношений между супругами. Принцип юридической раздельности имущества, ничему не мешающий при браках хороших, но наилучшим образом гарантирующий обоих супругов при браках плохих, принцип, и в настоящее время признанный еще немногими законодательствами (но в том числе — нашим русским), лежит в основе этой системы. Встречные институты *dos* и *donatio propter nuptias*, удовлетворяя потребности в некоторых гарантиях на случай развода, создают в то же время на основе раздельности нечто вроде единого общесемейного имущества, служащего экономическим базисом семьи и, притом, — вследствие неотчуждаемости входящих в его состав недвижимостей, — базисом очень прочным. Обе стороны супружеского союза — самостоятельность супругов и созданное браком единство семьи — приняты римским правом одинаково во внимание.

§ 76. Отношения между родителями и детьми

Отношения между родителями и детьми на всем протяжении римской истории определялись идеей *patria potestas*, патриархальной и односторонней власти отца. Если в области отношений между супругами мы видели в римском праве полный разрыв с принципами старого патриархального строя, то в области отношений к детям эти патриархальные принципы сохранялись с гораздо большим упорством, чем даже в истории других народов. По собственному признанию римских юристов, такой власти над детьми, как римляне, не знал ни один доступный их наблюдению народ (Gai. I, 55: «*Quod jus proptium civium romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*» — «это право сугубо римское: ведь нет никакого другого народа, который имел бы такую власть над детьми, какую имеем мы»). Конечно, с течением времени эта власть значительно изменилась и ослабела, но многие патриархальные заветы сохранили свое значение до конца.

Так, прежде всего, римское право знает только *patria potestas* — только власть отца, а не родителей вообще. Мать по отношению к своим детям от того же брака никаких родительских прав не имеет — не только при жизни мужа, но и после его смерти. При старом браке *cum manu* мать, как известно, находилась в положении сестры своих детей, после смерти мужа семья распадалась на новые самостоятельные семьи, по отношению к которым мать никаких прав власти не приобретала; она сама делалась теперь *persona sui juris*, но попадала под опеку своего ближайшего агната, чаще своего же собственного сына. — При браке без *manus*, мать не была даже агнаткой своих детей: юридически она была для них чужой. Лишь с течением времени, с постепенным признанием родства когнатического, ее отношения к детям получают некоторую юридическую физиономию: мать и дети получают взаимные права наследования друг после друга. В период империи признается затем право на содержание (алименты), а также, — по крайней мере, в известных случаях, — и право матери быть опекуной над своими детьми. Но этим все и исчерпывается: каких — либо прав, присущих *patria potestas*, например прав на пользование известными имуществами детей, она не имеет.

Юридические отношения между родителями и детьми мыслятся, далее, только на почве законного брака и законной семьи. Дети незаконные, внебрачные в древнейшем римском праве, построенном исключительно на принципе родства агнатического, стояли вообще вне всяких юридических связей: они были чужими не только своему естественному отцу, но и матери. С

признанием родства когнатического положение их по отношению к матери и ко всем материнским родственникам изменилось: они получили права наследования наравне с детьми законными, так как *cognatio*, кровное родство, по римским представлениям, не зависит от наличия законного брака и «*mater semper certa est*» («мать всегда известна»). Что же касается отца, то «*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*» («отец тот, на кого указывает свадьба», fr. 5. D. 2, 4), вследствие чего юридически у детей внебрачных его нет вовсе, хотя бы даже фактически он был всем известен. Ни он не имеет, поэтому, *patria potestas*, ни дети не имеют по отношению к нему никаких прав. Более льготное положение занимают только *liberi naturales*, дети от конкубината: они имеют право на *alimenta* и даже известное ограниченное право наследования после своего *pater naturalis*; но о *patria potestas* и здесь нет речи.

Таким образом, почти вся юридическая сторона отношений родителей к детям сводится к *patria potestas*. Но эта *patria potestas* в течение веков весьма существенно изменила свое содержание.

В древнейшее время это была, как уже неоднократно упоминалось, абсолютная власть патриархального домовладыки, самодержца в своей семье. Она охватывала как самую личность детей, так и все их имущественные приобретения. В личном отношении от воли *paterfamilias* зависело, прежде всего, сохранить ли жизнь своему новорожденному ребенку или нет: он мог даже выбросить его. Отец имел, далее, право продавать своих детей или в полное рабство *trans Tiberim*, или внутри государства *in mancipium (jus vendendi)*. Он имел, наконец, юридически неограниченное *jus vitae ac necis* («право жизни и смерти»). Конечно, и здесь фактическое положение детей были иное, но юридически отец — неограниченный властелин самой личности дитяти. В имущественном отношении *filii familias*, как известно, есть *persona alieni juris*: он имеет гражданскую правоспособность, но только не для себя, а для своего отца. Все, что он приобретает, делается *eo ipso* собственностью отца; за обязательства же детей отец не отвечает; только за деликты отец несет нокальную ответственность: он обязан или возместить причиненный детьми вред, или выдать их потерпевшему (*noxae dedere*).

Таков был исторический отправной пункт; дальнейшее развитие заключается в постепенном ослаблении этой абсолютной власти в обоих направлениях, как личном, так и имущественном.

1. В личном отношении. Право выбрасывать новорожденных детей (*jus exponendi*), по сообщению Дионисия Галикарнасского, было запрещено (кроме *monstra* — «уродов») уже Ромулом. Но, вероятно, в этом сообщении имеется в виду только веление обычая и религии, а не права; *jus exponendi* существует еще в более позднюю эпоху и окончательно оно было уничтожено только в период империи (с. 7 С. 9. 16). — *Jus vendendi trans Tiberim* исчезло уже очень рано, но даже и продажа детей *in mancipium* (в кабалу) в законах XII таблиц подверглась серьезному ограничению. Они ограничивали это право только троекратным его осуществлением: после отдачи *in mancipium* в третий раз сын освобождался от отцовской власти — «*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*» («сын будет свободен от отцовской власти после троекратной продажи»). так как закон говорил только о сыновьях, то *interpretatio* признали, что для прочих подвластных (для дочерей, внуков и т. д.) достаточно однократной продажи. Однако, ограничению подвергается только продажа посредством *mancipatio*; простая *venditio*, по — видимому, встречалась и значительно позже: по крайней мере, даже классические юристы допускают ее возможность на случай безысходной крайности («*contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia*» — «учитывая крайнюю необходимость и ради пропитания», *Pauli sent.* 5. 1. 1) равным образом, подтверждается эта возможность и указом Константина (с. 2. С. 4. 43). — Наконец, рядом императорских указов отнимается у отца и *jus vitae ac necis*: последний в этом ряду указ Константина (с. 1. С. 9. 17) приравнивает сыноубийство к *raticidium* вообще. В то же время подвергается известному контролю даже дисциплинарная власть отца (*jus coercendi*): согласно указу императора Траяна, власти могут принудить отца, злоупотребляющего своими правами, освободить сына от *patria potestas* (fr. 5. D. 37. 12), и вообще в императорское время стали возможны жалобы детей магистратам в порядке, *extraordinaria cognitio*. Благодаря всем этим ограничениям *patria potestas* над личностью детей к концу развития утратила почти всю свою патриархальную остроту.

2. В имущественном отношении рост самостоятельности детей на первых порах идет теми же путями, какие были отмечены выше по поводу рабов. Так же точно, как ирабам, отцы часто выделяли своим достигшим возраста детям известное имущество для самостоятельного хозяйствования — *peculium*; точно так же деятельность сыновей могла дать при известных условиях основание для ответственности отца (так называемые *actiones adjecticiae qualitatis*: *actio de peculio, institoria, exercitoria, quod jussu* и *de in rem verso*). Здесь нужно повторить все то, что было сказано выше о рабах.

Но затем положение детей начинает все более и более отделяться от положения рабов и идти своей собственной дорогой. Первым шагом в этом смысле было установление времен Цезаря или Августа, в силу которого все то, что сын — воин (*filii familias miles*) приобрел на войне (*in castris*) или по поводу военной службы (*occasione militiae*) подлежит его свободному пользованию и распоряжению, как его собственное, независимое от отца, имущество. Это имущество получило

название *peculium castrense* ; оно было первым признанием имущественной самостоятельности детей, хотя и в узком круге специальных отношений. Сын мог даже это имущество завещать, и лишь в случае его смерти без завещания оно переходило к отцу не в порядке наследования, а *jure peculii* (fr. 11. D. 49. 17). Вообще по отношению к *peculium castrense* «*filiis familias vice patrum familiarum funguntur*» («сыновья действуют в качестве отцов семейства», fr. 2. D. 14. 6).

Когда с переходом к абсолютной монархии все виды государственной службы были уравнены, правила о *peculium castrense* были перенесены на имущество, приобретенное сыном на службе гражданской, на так называемое *peculium quasi castrense* . Это *peculium*, как и *peculium castrense*, составляет свободное имущество сына, по отношению к которому отец никаких прав не имеет.

Новый ряд ограничений имущественной стороны *patria potestas* открыл указ Константина, в силу которого все то, что получено детьми (уже не только сыном) по наследству от матери (*bona materna*), должно считаться их собственностью, которую отец распоряжаться не вправе: он сохраняет только право пожизненного пользования (с. 1. С. 6. 60). Указом императора Аркадия и Гонория (с. 2. С. 6. 60), то же положение было распространено на *bona materni generis* — на имущество, полученное от родственников с материнской стороны; указом Феодосия и Валентиниана — на *lucra nuptialia* . Наконец, Юстиниан все эти многочисленные исключения обобщил: отцу принадлежит только то, что сын приобретает *ex re patris* , то есть оперируя с имуществом отца; все же остальное, каким бы образом оно ни досталось сыну, составляет его собственность, отцу имеет лишь право пожизненного пользования (§ 1. In. 2. 9). Все такое имущество (в него не входит *peculium castrense* и *quasi castrense*, которое остается даже вне пользования отца) носит название *bona adventicia* . Но даже и при этом имуществе право пожизненного пользования может быть исключено прямым постановлением того, кто это имущество сыну передает (кто ему дарит или завещает); тогда оно называется *bona adventicia irregularia* .

Таким образом, в конце развития и в имущественном отношении от старой безусловности *patria potestas* осталась только его тень в виде права пожизненного пользования отца некоторыми видами имуществ. Правда, и эта тень имеет большое практическое значение; тем не менее имущественная самостоятельность детей признана. Вместе с тем, первоначальное юридическое единство семьи разрушено: семья теперь с юридической стороны не единство, а союз лиц, из которых каждое представляет самостоятельного субъекта прав, могущего иметь особое имущество, выступать стороной в процессе и заключать юридические сделки.

Установление *patria potestas* . *Patria potestas* возникает, прежде всего, естественным образом вследствие рождения ребенка в законном браке. По отношению к детям незаконным она может быть установлена только путем узаконения *legitimatio* ; но эта *legitimatio* появилась только в период абсолютной монархии и только для *liberi naturales*. Постепенно возникли три способа такого узаконения: а) Со времени Феодосия и Валентиниана — *legitimatio per oblationem curiae* , узаконение посредством представления *filius naturalis* в ордо местных декурионов в связи с наделением его известным имущественным цензом (это одна из привилегий, которыми правительство желало привлечь к несению тяжелой в то время повинности по заведованию местными делами). б) Со времени императора Анастасия — *legitimatio per subsequens matrimonium* , посредством последующего вступления родителей в законный брак. в) И наконец, со времени Юстиниана — вообще *legitimatio per rescriptum principis* , узаконение посредством специального императорского указа.

По отношению к детям чужим возможно было установление *patria potestas* путем усыновления , которое будет или *argogatio* , если усыновляется *persona sui juris*, или *adoptio* , если усыновляется *persona alieni juris*.

а) *Argogatio* в древности совершалась в народных собраниях по куриям при участии *pontifex maximus* и в присутствии как усыновителя, так и усыновляемого. По расследовании обстоятельств усыновления и по удостоверении в согласии обоих заинтересованных, *pontifex* предлагал народному собранию *rogatio* об усыновлении («*Velitis jubeatis Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo*» — «пожелайте и прикажите квириты, чтобы Луций Валерий Луцию Тицию стал сыном по закону и праву так, как если бы был рожден от этого отца и матери фамилии, и чтобы в отношении него была власть жизни и смерти как у отца в отношении сына. Об этом так, как я сказал, прошу вас, квириты», Gell., 5, 19, 9). Таким образом, *argogatio* совершалась в форме специального закона. Ввиду этого усыновлять и быть усыновляемыми в такой форме могли только лица имеющие право участвовать в народных собраниях: поэтому не могли усыновлять женщины, нельзя было усыновить женщин и несовершеннолетних. С течением времени вместе с падением роли *comitia curiata* законодательный характер акта *argogatio* стерся: усыновление превратилось в простой, только публичный, акт частной воли. Вместе с тем (со времен императора Антонина Пия) стало возможно и усыновление несовершеннолетних. С окончательным исчезновением *comitia curiata* *argogatio* стала совершаться *per rescriptum principis* («по рескрипту императора»).

b) Усыновление *persona alieni juris*, *adoptio* в тесном смысле, совершается в форме частной сделки, искусственно образованной старыми юристами на основании указанного выше положения законов XII таблиц: «*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*». Отец усыновляемого продавал его посредством *mancipatio* какому — нибудь постороннему доверенному человеку; этот последний тотчас же отпускал сына на волю посредством *manumissii vendicta*. Затем опять следовала вторая *mancipatio* и вторая *manumissio*. Наконец — третья *mancipatio*: после нее сын уже свободен от *patria potestas*; но третья *manumissio* уже не делается, ибо тогда это была бы полная *emancipatio* (см. ниже); сын пока считается *in mancipio* доверенного лица. Тогда выступает лицо, желающее усыновить, *adoptator*, и предъявляет для формы против доверенного *vindicatio in patriam potestatem* (то есть *vindicatio filii*); доверенный на суде молчит, вследствие чего претор *addicit* усыновляемого усыновителю. В результате этого сложного акта *patria potestas* кровного отца прекратилась и усыновленный вступает в семью усыновителя на правах его законного сына. В этой форме *adoptio* могла применяться и к женщинам и к несовершеннолетним, причем для дочерей и внуков достаточно было однократной *mancipatio*. Юстиниан уничтожил необходимость всех этих формальностей, заменив их простым заявлением перед судом. Вместе с тем он значительно ослабил действие *adoptio*: прежнее прекращение старой *patria potestas* было сохранено им только для случаев усыновления каким — нибудь восходящим родственником (например, дедом со стороны матери); во всех же остальных случаях *patria* получает право законного наследования после усыновителя (*adoptio minus plena*).

Кроме указанных видов *argogatio* и *adoptio*, мы встречаем в дошедших до нас памятниках конца республики — начала империи случаи усыновления в завещании, *adoptio testamentaria*, о которой юристы ничего не говорят. Но было ли это подлинное в юридическом смысле усыновление или нет — это вопрос доныне невыясненный.

Прекращение *patria potestas*. Остатком старого патриархального характера *patria potestas* даже в самом позднем римском праве является ее пожизненность: она прекращается нормально только смертью отца. Ни достижение сыном совершеннолетия, ни основание им своего собственного отдельного дома и хозяйства не только не прекращают отцовской власти, но даже не влияют на ее ослабление. Лишь приобретение сыном известного звания уничтожает ее; таковыми званиями в языческом Риме являлось звание *flamen Dialis*, а для дочери звание весталки, в позднейшее императорское время — звание консула, *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *magister militum* или епископа.

Но *patria potestas*, как право одностороннее, может быть прекращена искусственным путем — освобождением сына самим отцом, что называется *emancipatio*. Форма *emancipatio* была также образована посредством искусственного применения упомянутого правила законов XII таблиц о троекратной продаже: отец, желавший эманципировать сына, совершал троекратную *mancipatio* его доверенному лицу, а это последнее три раза отпускало его на волю. В результате сын делался *persona sui juris*, приобретал хозяйственную самостоятельность, но зато утрачивал всякие наследственные права по своей семье. Последнее ограничение, впрочем отпало, когда наследственное право было перестроено по началам когнатического родства. В императорское время и здесь старые формальности были отменены: император Анастасий установил возможность *emancipatio per rescriptum principis* (так наз. *emancipatio Anastasiana*), а Юстиниан предписал вообще для *emancipatio* заявление перед судом (так называемая *emancipatio Justiniana*). В виде награды за добровольный отказ от своих отцовских прав (*praemium emancipationis*) отец и после *emancipatio* сохраняет право на пользование половиной имущества сына.

§ 77. Опекa и попечительство

Во всяком обществе могут оказаться лица, имеющие права (правоспособные), но не обладающие достаточной степенью разумения и зрелостью воли для самостоятельного управления своими делами (недееспособные). Таковы — несовершеннолетние и безумные; таковыми же являются согласно старым воззрениям женщины; наконец таковыми же признаются и расточители. Если все эти лица находятся под чьей — либо семейной властью, если они — по римской терминологии — суть *personae alieni juris*, то особого вопроса о их охране не возникает: они, во — первых, по старому праву никакого своего имущества не имеют, а во — вторых, они находят естественную охрану в лице своего *paterfamilias*. Иное дело, если они такой естественной семейной охраны не имеют, если они *personae sui juris*: тогда для права возникает вопрос об организации для них искусственной защиты, о создании суррогата семейной охраны. Этой цели и служит везде институт опеки и попечительства. Но этот институт также имеет свою длинную историю, в течение которой он резко изменил свой характер.

В древнейшее время, когда еще сильны родовые связи, опека над лицами недееспособными составляет дело родственников, причем в институт опеки на первом плане стоит не забота о подопечном, а забота о его имуществе в интересах его ближайших наследников. Для этих последних,

конечно, важно, чтобы то имущество, которое может к ним прийти в порядке законного наследования, не было в руках малолетнего, безумного и т. д. растрчено или расхищено. Вследствие этого опека имеет характер некоторой предварительной охраны возможного в будущем наследства («*ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarent*» — fr. 1 pr. D. 26. 4). Эта основная идея древней опеки отражается на всем ее построении.

Прежде всего, порядок призвания к опеке совпадает с порядком призвания к наследованию («*eo tutela redit, quo et hereditas pervenit*», — fr. 73. pr. D. 50. 17): естественным опекуном является ближайший наследник. А так как в древнейшее время наследование определялось только порядком агнатического родства (*hereditas legitima*), то и естественным опекуном являлся ближайший агнат. Это так называемая *tutela legitima*.

Но уже законы XII таблиц предоставляют *paterfamilias* в своем завещании изменить этот законный порядок и назначать для своих малолетних или слабоумных детей какого — либо иного опекуна: «*uti paterfamilias legassi super pecunia tutelave rei suae, eia jus esto*» («если отец семейства узаконит опекуновство в отношении своих дел, то это будет правом»). Во таком случае мы имеем *tutela testamentaria*. Здесь уже возможно несовпадение опекуна с ближайшим наследником опекаемых; подобно тому, как завещатель может лишиться своего законного наследника ожидаемого им наследства, так же точно он может лишиться его и права опеки.

Опека, далее, в это древнейшее время есть не обязанность, а право опекуна, ставящее его во властное положение по отношению к опекуемому и его имуществу. Опекун имеет власть, подобную власти *paterfamilias*. Так, Ливий опеку над женщинами прямо называет *manus* (Liv. 34. 2. 11); законы XII таблиц, говоря о попечительстве над безумными, употребляют выражение «*potestas*»; даже еще юрист последнего столетия республики, Сервий Сульпиций Руф, определяет опеку как «*vis ac potestas in capite libero*» («силу и власть в отношении личности ребенка»), оттеняя этим связываемую уже с правом обязанность.

Мало по — малу этот элемент обязанности, заботы, все более и более выступает на первый план, и положение опекуна коренным образом изменяется; самые права его являются лишь средством для выполнения лежащей на нем обязанности. Не охранение своих возможных в будущем прав, а забота о чужих правах составляет общую задачу его деятельности. Ввиду этого в источниках позднейшего права опека определяется уже как некоторое «*opus*» (бремя) для опекуна, как некоторое «*munus*» (обременение, pr. In. 1. 25 и In. 1. 17).

При этом опека является *munus publicum*, общественной повинностью, в двойном направлении.

Прежде всего, в этом определении заключается мысль о том, что опека в смысле заботы о лицах, которые сами о себе заботиться не могут, есть общая обязанность государства. Эта мысль была совершенно чужда старой опеке: если у малолетнего или безумного не было ни опекуна по закону (вследствие отсутствия родственников), ни опекуна по завещанию, то он в старом праве вовсе оставался без опеки, так как не было лиц, которые имели бы на нее право. во второй половине республики точка зрения государства меняется. *Lex Atilia*, закон неизвестного времени, но во всяком случае до 186 г. до Р.Х. (до *senatusconsultum de Bacchanalibus*), предписала в таких случаях назначать опекуна магистратам — именно претору *cum majore parte tribunorum plebis*, то есть при участии народных трибунов. Так как *lex Atilia* имела в виду только Рим и Италию, то впоследствии *Lex Julia Titia* (или два закона — *lex Julia* и *lex Titia* ?) возложила в провинциях ту же обязанность на провинциальных правителей. Таким образом, рядом с двумя старыми видами опеки, *tutela legitima* и *testamentaria*, появился третий — так называемая *tutela dativa* (хотя термин *dativa* применяется иногда и к *tutela testamentaria*).

Вместе с тем постепенно усиливается контроль государства над деятельностью опекунов. Во многих случаях они должны на те или другие акты испрашивать разрешение властей. Опекунские дела разрастаются настолько, что делаются специальной компетенцией известных органов власти; таковыми являются в период империи сначала консулы, потом особые *praetores tutelares*, а в провинциях провинциальные правители при участии органов муниципального самоуправления. Эти последние несут даже субсидиарную ответственность перед опекаемым за плохое управление рекомендованных ими опекунов.

С другой стороны, опека делается *munus publicum*, общественной обязанностью, и для отдельных граждан. Если раньше быть опекуном составляло право, от которого каждый мог свободно отказаться и которое можно было свободно переуступить (*in jure cessio tutelae* по отношению к женщине засвидетельствована еще классическими юристами), то теперь это — обязанность, освобождения от которой можно просить только при наличии известных уважительных причин (*excusationes*) и о переуступке которой путем частного соглашения не может быть речи.

Одним словом, опека изменяется в самом своем существе и в позднейшем императорском праве принимает приблизительно тот вид, который она имеет в законодательствах современных.

Римское право различает исстари два вида опеки: опеку в собственном смысле, *tutela*, и попечительство, *cura*, но принципиального различия между обоими видами нет. Разница сводится

только к тому, что в тех случаях, когда необходимо при заключении сделки согласие опекуна, это согласие при *tutela* выражается в форме *auctoritatis interpositio*, а при *cura* в виде простого *consensus curatoris*. *Auctoritatis interpositio* давалась непременно тотчас же при самом заключении сделки опекаемым и в виде ответа опекуна на соответствующий вопрос контрагента («*Auctor ne fis? — Auctor fio?*»), меж тем как *consensus curatoris* мог быть дан и не *in continenti*, а ранее или позже волеизъявление самого опекаемого.

Роль опекуна (*tutor*) или куратора (*curator*) может быть различна, смотря по характеру недееспособности, послужившей основанием для учреждения опеки. Иногда эта недееспособность будет полной (малолетний, безумный); тогда опекун или попечитель должен вполне заменять подопечного, должен самостоятельно вести все его дела. В других же случаях недееспособность будет лишь частичной (несовершеннолетний, расточитель); тогда акты чистого приобретения, только улучшающие положение опекаемого (так называемые *negotia lucrativa* — например, принятие подарка), последний может совершать и сам; для всех же остальных актов (отчуждение имущества, вступление в обязательство и т. д.) необходимо согласие опекуна или попечителя; в таких случаях роль опекуна будет лишь ролью подкрепляющей действия опекаемого.

Когда опекуну приходилось заменять опекаемого и самому вести все его дела, то для древнего права возникало затруднение в том, что оно не знало представительства при заключении сделок, то есть возможности заключения сделки одним лицом от имени и на счет другого. Вследствие этого опекун или попечитель обыкновенно действовал, как *negotiorum gestor*: он заключал все сделки на свое имя и лишь уже затем (например, по достижении малолетним возраста) переносил все приобретения права на подопечного. Но это затруднение отпало, когда в эпоху формулярного процесса претор стал давать *actiones utiles* с перестановкой субъектов: тогда опекаемый получал прямо иски против лиц, заключивших сделку с его опекуном.

Первоначально опекун, заведая делами опекаемого, не был ничем ограничен в своей деятельности: он мог заключать всякие сделки, мог продавать вещи опекаемого, закладывать их и т. д. Средствами для защиты интересов опекаемого были только или *accusatio suspecti tutoris*, возбуждение кем — либо уголовного преследования против подозрительного опекуна, которое может повести к его отстранению, или же *actio rationibus distrahendis* — иск, предъявлявшийся по окончании опеки и имевший деликтный характер: опекун, растративший имущество опекаемого, отвечал *in duplum*, как *fug nec manifestus*; но, как иск деликтный, *actio rationibus distrahendis* в случае смерти опекуна не могла быть предъявляема против его наследников.

Эти средства с течением времени были признаны недостаточными, и преторский эдикт еще в конце республики создает новые иски: для отношений по поводу опеки — *actio tutelae directa* и *contraria*, а для отношений по поводу попечительства — *actio negotiorum gestorum*, а также *directa* и *contraria*. При помощи *actio directa* опекаемый по окончании опеки (или новый опекун при смене) может требовать отчета от опекуна и возмещения своих убытков не только от него самого, но и от его наследников, и не только в случае растраты, но и в случае нерадивости или бездеятельности. При помощи *actio contraria* опекун, в свою очередь, может требовать от опекаемого уплаты понесенных им расходов: но вознаграждения за ведение опеки римское право не знало.

Для лучшего обеспечения интересов опекаемых к этим искам присоединяются затем дополнительные средства: во — первых, входит в обычай требовать от опекуна при самом вступлении его в должность обеспечения — *satisfatio rem pupilli salvam fore*, а, во — вторых, в период империи признается законная ипотека опекаемого на все имущество опекуна.

Но все эти средства могут оказаться безрезультатными при несостоятельности опекуна. Ввиду этого усиливающаяся забота государства об интересах опекаемых приводит мало — помалу к различным ограничениям опекуна в самой его деятельности. Так, уже гражданское право запретило опекуну акты дарения. Гораздо большее значение имеет сенатское постановление 195 г. по Р.Х., известное под названием *oratio divi Severi* (fr. 1. D. 27. 9): оно запретило опекунам и попечителям отчуждение сельской недвижимости опекаемого (*praedia rustica* и *suburbana*), кроме некоторых случаев, в которых, однако, необходимо предварительное разрешение со стороны опекунских властей (*decretum de alienando*). Император Константин распространил затем это запрещение на другие более ценные вещи, так что в конце концов роль опекуна свелась к роли простого хранителя имущества да к ведению текущих неотложных дел.

При несомненном общем характере опеки и попечительства во всех тех случаях, где они имеют место, все же в отдельных видах опеки замечаются известные различия.

1. *Tutela impuberum* и *cura minorum*. Наиболее частый случай недееспособности — это несовершеннолетие. Человек правоспособен уже с самого момента своего рождения: он может тотчас же оказаться обладателем огромного состояния и участником самых сложных юридических отношений. Но очевидно, что признать за ним тотчас же и дееспособность нельзя. Вследствие этого всякое право уже с самых древних времен откладывает дееспособность человека до достижения им известной степени физической и психической зрелости. Вопрос заключается только в том, какими признаками определить наступление этой зрелости, достижение совершеннолетия.

Обычный для нас прием — установление известного, для всех одинакового возраста — древнему праву чужд: решающим признаком там является обыкновенно достижение физической, половой зрелости — момента, когда ребенок превращается в мужа. Момент этот не для всех людей одинаков, вследствие чего определение этого момента для каждого отдельного лица составляет обыкновенно дело его семьи, и признание совершеннолетним выражается в каких — либо внешних знаках — смене детской одежды на одежду взрослых и т. п. Также точно и римское право долгое время различие между *puberes* и *impuberes* строило на этом единственном признаке половой зрелости. Но если с этим неопределенным признаком мог мириться примитивный оборот, то с развитием экономической и деловой жизни он оказывался решительно непригодным; условия этой жизни требовали установления какого — либо определенного, для всех одинакового, возраста совершеннолетия. Для женщин этот вопрос был фиксирован обычаем несколько ранее, чем для мужчин: уже в эпоху классических юристов совершеннолетие наступает для них с достижением 12 лет. Относительно же мужчин мы еще среди классических юристов встречаем разногласие: сабиньянцы стоят еще всецело на старой точке зрения («*qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit*»), меж тем как прокульянцы признают совершеннолетними всех, достигших 14 лет; есть рядом и среднее мнение (Приска), в силу которого необходимо достижение 14 лет, но сверх того и половой зрелости (*Ulp. reg. XI. 28*). Ко времени Юстиниана перевес склонился на сторону мнения прокульянцев, которое и было санкционировано в «*Corpus*» (pr. Jn. 1. 22).

Но между ребенком только что родившимся и юношей, приближающимся к *pubertas*, есть масса промежуточных ступеней: человек, возрастая, постепенно приобретает способность ориентироваться — сначала в вещах более простых, а потом и более сложных. Конечно, со всеми этими переходными стадиями право считаться не может, но игнорировать известные крупные различия оно не в состоянии. Так и римское право различает среди несовершеннолетних две группы — *infantes* и *infantiae majores*. *Infantes* — это первоначально дети, которые еще не могут говорить, — «*qui dari non possunt*»; позже, однако, и здесь был установлен возрастной признак — достижение 7 лет. Дети от 7 до 14 лет суть *infantiae majores*.

В зависимости от возраста опекаемого различна и роль опекуна. *Infantes* никакого участия в гражданском обороте не принимают; всякое волеизъявление их ничтожно, оно даже не может быть основанием для согласия опекуна. Вследствие этого их всецело заменяет опекун, который и ведет их дела в описанных выше условиях. За детьми от 7 до 14 лет, напротив, уже признается известная способность разума, вследствие чего сделки чистого приобретения они могут совершать даже сами, без согласия опекуна; во всех же остальных случаях они действуют при участии опекуна, который дает свою *auctoritas*.

По достижении 12 или 14 лет человек считается совершеннолетним (*pubes*) и, следовательно, может вести свои дела самостоятельно. Однако, этот возраст (или, в период республики, возраст половой зрелости), бывший, быть может, достаточным в эпоху простых отношений, уже с половины республики стал обнаруживать свою недостаточность, Якобы совершеннолетние дети 14–15 лет начали все чаще и чаще служить объектом для эксплуатации. В виду этого около 190 г. до Р.Х. был издан особый закон — *lex Plaetoria*, — который устанавливал *judicium publicum* (то есть уголовное преследование) против лиц, которые воспользовались неопытностью юношей, достигших совершеннолетия, но не достигших 25 лет (*minores viginti quinque annis*). Претор затем расширил применение этого закона и стал давать не только в случаях явного обмана (*circumscriptio*), но и вообще в случаях невыгодности сделки, *exceptio* или *restitutio in integrum* (*propter minorem aetatem*). Благодаря этому возникла новая категория — *minores*, которые пользуются особым покровительством закона.

Но это покровительство имело и свою обратную сторону. Деловые люди, зная, что *minor*, если найдет потом для себя сделку невыгодной, может ее уничтожить путем *restitutio in integrum*, естественно стремились воздерживаться от отношений с ним, предпочитая иметь своим контрагентом лицо, по отношению к которому такая возможность не имеет места. Это могло существенно отзываться на самих *minores*, вследствие чего они стали привлекать к участию в своих сделках особых попечителей — *curatores*. Участие куратора (его *consensus*) устраняло возможность последующего оспаривания сделки и гарантировало в этом отношении контрагентов. Первоначально подобные *curatores* привлекались каждый раз *ad hoc*, но затем в период империи (в особенности со времен императора Марка Аврелия) они делаются постоянным учреждением (fr. 1. 3. D. 4. 4) — в том смысле, что входит в обычай испрашивать куратора в виде постоянного и общего пособника при всех деловых отношениях *minor*'а. Император Диоклетиан предписал даже, что, раз куратор испрошен, всякая сделка (не чистого приобретения), заключенная самим *minor*ом без его участия, недействительна (с. 3. С. 2. 21).

Однако, обязанности испрашивать куратора для *minores* не существует; это вопрос их воли. Если куратор не испрошен, *minor* сохраняет свою дееспособность, как совершеннолетний; он может, как прежде, просить о *restitutio in integrum*. Впрочем, такие *minores* без попечителей в позднейшем праве составляют исключение, и Юстиниан говорит в своих Институциях в виде общего правила:

«*Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt*» («юноши и девушки до наступления 25 лет получают попечителей», рг. Jn. 1. 23). Возраст полного совершеннолетия таким образом фактически отодвинулся до 25 лет, а положение лиц от 14 до 25 лет почти сравнялось с положением *infantiae majores*.

2. *Tutela mulierum*. Второй случай, где римское право знает *tutela*, есть опека над женщинами. Женщина в старое время, и не только в римском праве, считается недееспособной даже тогда, когда она не находится ни под властью отца ни под властью мужа. Причина этого заключается не столько в какой — нибудь грубости нравов, сколько в характере примитивного правопорядка: как мы знаем, в древнее время обладание правом и защита его предполагали способность субъекта владеть оружием.

Женщина вследствие отсутствия такой способности всю жизнь свою должна была находиться под опекой своего ближайшего агната или того лица, которое назначено ей опекуном в завещании отца или мужа. Первоначально, конечно, и опека над женщинами имела реальное значение и безусловный характер *manus*, но с течением времени, с изменением самих условий правовой жизни, она все более и более утрачивает свой смысл и отмирает. Уже в конце республики она имеет только формальное значение. Женщина сама ведет свои дела и лишь для некоторых актов, по преимуществу старого гражданского характера, нуждается в *auctoritas* своего опекуна (ведение *legis actio*, отчуждение *res mancipi* и т. д. — *Ulp. reg. XI. 27*). При этом отказ опекуна в *auctoritas* не имеет уже решающего значения: его согласие, по жалобе женщины, может быть вынуждено претором (*Gei. 1. 190*). Вследствие всего этого, так как *tutor mulieris* никаких дел не ведет, то он ни за что и не отвечает: *actiones tutelae* здесь никакого применения не имеют.

Но и в таком виде опека над женщинами к началу империи начинает казаться стеснительной и ненужной, и Гай (*Gai. 1. 190*) говорит уже, что она не имеет под собой основания — «*nulla pretiosa ratio*»; обычное «вульгарное» («*quae vulgo creditur*») мнение, будто женщины вследствие присущей им *levitas animi* (легкомыслие) делаются часто жертвой обмана, по его мнению, есть мысль «*magis speciosa quam vera*» («более благовидная, чем истинная»). Вследствие этого *tutela mulierum* постепенно исчезает из жизни. Уже *lex Julia et Papia Poppaea* освобождает от опеки женщин, имеющих *jus liberorum*. Эдикт императора Клавдия отменяет вообще главный случай опеки — *tutela legitima* (*Gai. I. 157*). Последние редкие случаи опеки по завещанию мужа или отца (*tutela dativa* к женщинам никогда не применялась) стали даже юридически невозможными после указа императора Гонория и Феодосия, который всем женщинам даровал *jus liberorum* (с. 1 С. 8. 58).

Но уничтожение опеки над женщинами отнюдь не обозначает полного управления их с мужчинами. Целый ряд юридических функций оставался до конца для женщин закрытым «*feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt*» («женщины отстранены от всех официальных действий публичного и частного характера», fr. 2 рг. D. 50. 17). Они не могут занимать никаких должностей с публичным характером, не могут выступать за других на суде, не могут быть опекунами (кроме матери и бабки по отношению к своим собственным детям и внукам). С другой стороны, они имеют некоторые привилегии. Так например, они могут в некоторых случаях ссылаться на неведение закона, на *ignorantia juris*, наравне с *minores XXV annis*, солдатами и *rustici* (крестьяне, fr. 9 рг. D. 22. 6): это признано за ними «*propter sexus infirmitatem*» («вследствие слабости пола»). Сюда же должно быть отнесено и *senatusconsultum Velleianum*, сенатское постановление времени императора Клавдия (46 г. по Р.Х.), которое объявляет недействительной всякую *intercessio* женщины, то есть всякое принятие ею на себя ответственности за чужой долг (поручительство, предоставление вещи в залог и т. д.). Мотивом этого закона является также «*imbecillitas sexus*», слабость, излишняя доверчивость женщины (fr. 2. 1 и 2. D. 16. 1). Как видим, то «вульгарное» мнение, о котором говорил Гай, оказывало влияние на законодательство и до конца сохранило в нем свои следы.

3. *Cura furiosi* — попечительство над безумными и сумасшедшими (*furiosi, dementes, mente capti*) — известна уже законам XII таблиц, которые постановляли: «*Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*» («если человек впадет в безумие и не будет кому о нем позаботиться, пусть будет власть агнатов и гентилей над его имуществом»). Таким образом, попечительство и здесь было делом ближайшего родственника и наследника, причем оно давало ему *potestas* над личностью и имуществом опекаемого. Дальнейшее развитие шло описанным выше путем в смысле все более и более интенсивного контроля правительства и в праве Юстиниана опекун к безумному обыкновенно назначается уже властью (§ 3 Jn. 1. 23). Безумный вовсе лишен дееспособности, вследствие чего *curator* заменяет его вполне, но со всеми теми ограничениями, которые были указаны выше. Разумеется, назначению попечителя предшествовало расследование психического состояния больного со стороны магистрата, от которого зависело установление опеки. В светлые промежутки (*lucida intervalla*), когда к сумасшедшим возвращается сознание, они вполне дееспособны.

4. *Cura prodigi* — попечительство над расточителем — также известна уже законам XII таблиц (fr. 1 рг. D. 27. 10). По заявлению лиц заинтересованных (прежде всего, конечно, ближайших родственников) магистрат, впоследствии претор, производил расследование и, если признавал

наличность расточительной склонности, налагал на расточителя запрещение — *interdictio*. Обычная формула такого запрещения гласила: «*Quando tibi (tu?) bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perdis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*» («поскольку ты имущество отцовское и дедовское расточительством своим губишь и ведешь детей своих к нищете, по этой причине запрещаю тебе распоряжаться этим имуществом», *Paul. sent. 3. 4a. 7*). Как видно из этой формулы, запрещение первоначально касалось только имущества, полученного по наследству — «отцовского и дедовского», которое должно было перейти и к детям расточителя; но с течением времени запрещение было распространено на всякое имущество вообще. Подвергнутый *interdictio* расточитель ограничивался в своей дееспособности и ставился под надзор куратора. Сам он мог заключать только сделки чистого приобретения, для всех же остальных он нуждается в *consensus curatoris* (согласие попечителя).

Кроме рассмотренных основных случаев попечительства, в более развитом римском праве мы встречаем целый ряд других, когда по тем или другим причинам преторской властью временно назначается попечитель: например, *curator bonorum* несостоятельного должника; *curator* наследства, пока оно не будет принято наследниками; *curator ventris* для охранения интересов имеющего родиться ребенка и т. д.

Глава X История наследования

§ 78. Общий ход развития римского наследственного права

Со смертью лица возникает вопрос о судьбе его имущества и вообще его юридических отношений — требований, долгов и т. д. согласно нашим нынешним представлениям, в случае смерти имущество покойного не распадается на свои составные части, а сохраняя свое прежнее единство, переходит к известным лицам — наследникам, которые и вступают во все правоотношения покойного, делают собственниками его вещей, кредиторами и должниками по его обязательствам. Такой переход имущества в целом, такое преемство во всей совокупности правоотношений, мы и называем наследованием.

Изложенное представление о наследовании, проникающее все наше современное право, в значительной степени обязано своей выработкой римскому праву, которое впервые сформулировало и последовательно провело мысль об универсальном характере наследственного преемства. «*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit*» («наследование есть ничто иное как получение в целом права которым обладал умерший»), говорят совершенно определенно источники (*fr. 62. D. 50. 17*). Однако, идея наследования, как универсального преемства, отнюдь не является врожденной человечеству; она вырабатывалась в долгом процессе исторического развития и в самом римском праве она установилась, хотя и рано, но все же, по — видимому, не сразу.

Со смертью человека выпадает субъект прав; вследствие этого, с точки зрения примитивного правосознания, вещи, принадлежавшие покойному, делаются безхозяйными, требования теряют своего кредитора, долги своего должника. Ни о каком наследовании, преемстве не может быть речи: имущество покойного рассыпалось на свои составные части, из которых одни (требования и долги) погибли, другие — материальные вещи, — как нечто никому не принадлежащее, могут быть захвачены всяким желающим.

Даже в римском праве мы встречаем отголоски этого примитивного представления. Мы знаем уже, что даже в позднейшем Риме обязательства из деликтов принципиально не переходили на наследников; но мы знаем также, что древнейшими обязательствами вообще были именно обязательства из деликтов. Мы знаем далее, что в случаях *capitis deminutio* требования и долги *capite deminutus* по старому гражданскому праву прекращались, а *capitis deminutio* в древнейшей своей стадии есть не что иное, как гражданская смерть. Наконец, что касается вещей, то любопытным в этом отношении представляется общее учение классических юристов о том, что *res hereditariae*, пока наследство не принято наследником, суть вещи ничьи — «*nullius in bonis sunt*» (*fr. 1 pr. D. 1. 8*) — и что, поэтому, захват их не составляет *furtum* — «*rei hereditariae furtum non fit*» («не происходит кражи наследства», *fr. 6. D. 47. 19, fr. 69. D. 47. 2*). Это положение не значит, однако, что захвативший наследственную вещь в эту классическую эпоху делает ее собственником (наследник может ее виндигировать), но важно то, что самое понятие *furtum* здесь не применяется и захвативший не отвечает, как *fur*. Это правило может быть понято только как переживание отдаленной эпохи.

Но отсутствие наследования и расхищение вещей умерших мыслимо только в самом примитивном социальном состоянии, когда общество представляет группу изолированных индивидов и не имеет внутри себя никаких более тесных ячеек. Положение меняется, когда возникает патриархальная семья и на ее основе патриархальный род. Индивид окружен теперь

концентрическими кругами лиц, с которыми он связан единством происхождения и родства и которые ближе к нему, чем все другие члены общества. Семья представляет тесный союз лиц, связанный общностью жизни, имущества и религиозного культа. Самая принадлежность имущества в значительной степени имеет характер семейной собственности: мы знаем, что в древнейшее время земля считается принадлежащей не столько отдельному *paterfamilias*, сколько семье, как таковой. При таких условиях естественно, что в случае смерти домовладыки о безхозяйности семейного участка и всего того, что с ним связано, не может быть уже речи: он еще при жизни домовладыки принадлежал всем представителям семьи. Религия и, в частности, культ предков привносят новый мотив: загробное спокойствие умершего нуждается в постоянной заботе живущих, в аккуратном выполнении *sacra*; кому же ближе всего благо души покойного, как не его потомкам, и кто имеет наибольшее право на его имущество, как не те, которые будут нести эту заботу?

Под влиянием всех этих мотивов безхозяйность оставшегося имущества заменяется переходом его к ближайшим родственникам. Но, как показывает история, с этим отнюдь еще не связан переход обязательств и в особенности долгов. Мы упоминали уже о случаях (*capitis deminutio* — например, *arrogatio*, *conventio in manum*), когда в римском праве переход вещей (к *arrogator*'у и т. п.) не сопровождался *ipso jure* ответственностью по долгам. Конечно, развитие экономической жизни не может мириться с таким порядком: весь гражданский оборот находился бы при нем в зависимости от случайности (смерти контрагента). Необходимо, чтобы ответственность по долгам следовала за имуществом и переходила на наследников.

Римское право рано сделало и этот последний шаг, причем придало наследственному преемству характер не имущественной только ответственности наследством, а личной ответственности самого наследника — даже его собственным имуществом. Причиной этому явилось, по — видимому, старинное, выработавшееся на почве религиозных верований, представление римлян о преемстве личности. «Трансцендентное представление о бессмертии индивида в его потомстве было отправным пунктом римского наследственного права» (Миттейс — *Mitteis L. Romisches Privatrecht. I. S.* — считает преемство в долгах результатом жреческого обычного права). Идея преемства личности не покидает затем римское право до самого конца, повторяясь в изречениях различных времен («*Hereditas... personam defuncti sustinet*» — «В наследстве продолжается личность умершего», fr. 34. D. 41. 1; «*nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit*» — «По нашим законам некоторым образом считается одним лицом наследник и тот, кто ему передал наследство», *praef. Nov.*, 48) и придавая римскому наследственному периоду некоторые особые, яркие черты — например, невозможность отречения от наследства для *sui heredes* и т. д.

Как бы то ни было, но понятие наследования, как универсального преемства, определяет римское наследственное право уже со времен старого *jus civile*. Рядом с этим универсальным преемством, *hereditas*, то же *jus civile* знает и сингулярное преемство на случай смерти в виде отказов (*legata*): наследодатель может в своем завещании возложить на наследника обязанность выдать что — либо тем или другим лицам. Такие отказы дают этим лицам только известные единичные права, не возлагая на них ни прав ни обязанностей наследника.

Зародившись на почве семейного и родового строя, наследование на первых порах имеет характер некоторого естественного и частной волей неотменимого порядка. Наследниками являются естественно и необходимо те лица, которые ближе к покойному в порядке патриархального родства: если покойный оставил детей, они вступают в его имущество; если детей нет, наследство переходит к тем лицам, с которыми покойный прежде составлял одну семью и т. д. вплоть до исчерпания рода. Порядок призвания к наследованию определяется таким образом самым порядком родства; это последнее составляет естественный закон наследования и в этом смысле можно говорить, что в древнейшее время существует только наследование по закону — *hereditas legitima*. Этот законный порядок вначале стоит выше всякой частной воли и имеет характер неотменимости. К этой эпохе в истории всякого народа может быть применено изречение, которым характеризуется древнее германское право: «*solus deus heredem facere potest non homo*» («только бог может сделать наследником, а не человек»).

Мало — помалу, однако, значение индивида растет, семейный характер собственности ослабляется, права домовладыки по распоряжению имуществом усиливаются. Вслед за правом распорядиться имуществом при жизни возникает его право распорядиться им на случай смерти; другими словами, развивается свобода завещания. Но развивается она у разных народов по — разному: у одних процесс развития проходит быстрее, у других медленнее. Свобода завещания при этом часто признается ранее по отношению к одним имуществом (благоприобретенным) и лишь позже по отношению к другим (наследственным, родовым); завещание на первых порах имеет то характер отдельных выдач из наследства, то характер раздела наследства между законными наследниками, то характер усыновления наследника. Яркую и разностороннюю картину медленного и постепенного развития завещательной свободы представляет, например, история германского права. Что же касается римского права, то в нем завещание является уже институтом, старого *jus civile*.

Законы XII таблиц знают *testamentum*, как акт, отстраняющий порядок законного наследования («*si intestato moritur*»... — «если умирает без завещания»), и санкционируют предсмертные распоряжения *paterfamilias*: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*». Хотя, как увидим ниже, вопрос о полной свободе завещаний в эпоху XII таблиц может быть спорным, тем не менее не подлежит сомнению, что уже по законам XII таблиц завещание, по крайней мере при известных условиях, отстраняет законное наследование, заменяя преемника по закону преемником по назначению завещателя. Рядом с *hereditas testamentaria*.

Но характерной чертой римского права при этом является правило: «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*» (fr. 7. D. 50. 17; исключение только для солдат — fr. 6. D. 29. 1): наследование по завещанию непременно исключает наследование по закону; оба порядка вместе действовать не могут («*earum rerum naturaliter inter se pugna est*» — fr. 7. cit). Если бы, например, завещатель назначил наследника только на 1/2 своего наследства, другая половина пойдет также к нему, а не к наследнику по закону. Правило это, вероятно, возникло на почве *interpretatio* положений законов XII таблиц («*si intestato moritur*...»), но затем настолько прочно вошло в общее правосознание, что стало казаться естественным.

Хотя таким образом, свобода завещаний установилась в Риме уже очень рано, но старый принцип семейной собственности вовсе не исчез без следа. То же самое старое *jus civile*, которое предоставляет домовладыке право передать свое имущество, кому угодно, налагает на него в то же время известные ограничения в пользу его подвластных, членов его семьи. С течением времени эти ограничения растут, причем невыполнение требуемых законом условий может повести к недействительности завещания, к наследованию вопреки ему, к *hereditas contra tabulas testamenti*. В основе всех этих ограничений лежит мысль о праве известных, близких к наследодателю, лиц на некоторое обязательное, необходимое участие их в наследстве. Вследствие этого система римского наследственного права дополняется третьим видом наследования — наследованием необходимым.

Дальнейшее развитие римского наследования находится под сильным влиянием преторского права. Подобно тому, как почти во всех областях гражданского права рядом с гражданскими институтами претор создал свои особые, преторские, институты, так же точно и в области наследования система гражданской *hereditas* восполняется и исправляется системой преторского института *bonorum possessio*.

Сущность *bonorum possessio* состоит в том, что претор дает известным лицам ввод во владение наследством, предоставляя им для получения наследственного имущества особый интердикт — *interdictum quorum bonorum* (*interdictum adipiscendae possessionis*). При этом иногда этот ввод во владение имеет только временный, предварительный характер: явится другое лицо — например, гражданский наследник, — и владелец должен будет выдать наследство ему; *bonorum possessio* окажется таким образом *sine re* (без вещи, Ulo. reg. 28. 13). В других случаях *bonorum possessio* является окончательным и неотъемлемым владением того, кто его испросил, причем иногда таким окончательным владельцем будет тот, кто имеет гражданское право на наследование (*bonorum possessio* служит тогда *juris civilis adjuvandi gratia*), а иногда и совершенно другое лицо, которому претор дает владение, восполняя или исправляя гражданскую систему (*juris civilis supplendi* или *corrighendi gratia*).

Если *bonorum possessio* дается иному лицу, чем гражданский наследник, если *bonorum possessio* наступает *juris civilis corrighendi gratia* («ради исправления гражданского права»), тогда на почве этой коллизии возникают уже известные нам отношения, когда одно лицо будет иметь *nudum jus Quiritium* («голос квинитское право»), а другое будет охраняться *tutitione praetoris* («попечением претора»). Лишить гражданского наследника его качества *heres* претор не может, но он может сделать его положение, как наследника, *sine effectu* («без реального наполнения»): отказывая ему в исках, он может превратить его право в *nudum jus*. С другой стороны, сделать *bonorum possessor*'а гражданским наследником, дать ему *jus Quiritium*, претор также не может, но он может, предоставляя ему иски, как *actiones utiles*, создать для него положение, аналогичное наследованию — поставить его *heredis loco*, *heredis vicem* («в положение наследника»). *Bonorum possessor* будет иметь, если не квинитскую, то бонитарную собственность на наследственные вещи, будет кредитором и должником по наследственным обязательствам и т. д. Именно благодаря такой возможности претор и мог оказать свое реформирующее влияние на всю область наследования.

Вопрос о происхождении *bonorum possessio*, однако, и доныне является вопросом спорным, Каким образом претор пришел к мысли о вмешательстве в систему гражданского наследования, какие соображения руководили им? По мнению одних (Савиньи), *bonorum possessio* появилась впервые тогда, когда обнаружились особенно яркие противоречия гражданской системы изменившимся условиям (например, устранение от наследования эманципированных сыновей); для исправления этих противоречий — следовательно, сразу *juris civilis corrighendi gratia* — претор и стал давать свой ввод во владение. По мнению других (Вандеров, Дернбург, Жирар и др.), *bonorum possessio* возникла сначала в качестве провизорного ввода во владение на время спора о наследстве между двумя претендентами, — подобно тому как, по мнению некоторых, посессорные интердикты вообще

возникли из провизорного владения вещью по случаю *re vindicatio*. По мнению третьих (Гушке), *bonorum possessio* явилась вначале для урегулирования давностного завладения наследством: если гражданский наследник, не вступал в наследство, оно могло быть захвачено всяким, причем по истечении года захвативший приобретал все права гражданского наследника (*usucapio pro herede*); для того, чтобы устранить захват наследства лицами, не имеющими к тому никаких оснований, претор и стал давать ввод во владение по своему усмотрению. Наконец четвертые (Лейст, Зомм и др.), опираясь на аналогичные явления аттического права (то есть греческого права Афинского государства), полагают, что *bonorum possessio* возникла впервые в применении к наследникам, не принадлежавшим к семье покойного (*heredes extranei*) и потому не бывших очевидными, бесспорными наследниками: ввиду не очевидности их наследственных прав («*si de hereditate ambigitur*» — «если относительно наследования есть сомнения») они и должны были испросить себе предварительно у претора ввод во владение.

В конечном счете, ввод во владение наследственной массой и осуществляющий его интердикт *quibus bonorum* имели тот же общий источник, из которого вышли преторские средства вообще, то есть идею охраны гражданского мира и порядка. Если наследник принадлежал к семье покойного (был *suus heres*) и находился в момент смерти в его доме, то он уже *eo ipso* оказывался во владении наследством и ни в каком особом вводе со стороны претора не нуждался. Всякие посягательства на захват наследства могли быть отражены им при помощи обыкновенных владельческих интердиктов. Иным было положение наследника, *suus* или *extraneus*, — все равно, если он не находился в доме вообще в хозяйстве, покойного в момент его смерти: ему еще надо было овладеть наследством. Попытка к такому овладению могла встретить сопротивление со стороны тех, кто, не имея никакого права, наследством уже владеет; применение собственной силы было для наследника средством неверным, а с точки зрения общественного мира нежелательным. Ввиду этого претор и обещал свое содействие тем лицам, которые явятся к нему и в общем, суммарном порядке *causae cognitio*) докажут ему (или, по крайней мере, сделают для него вероятным) свое наследственное право. Но претор на первых порах преследовал только единственную цель — дать ввод во владение вероятному гражданскому наследнику, то есть *juris civilis adjuvandi gratia* («для поддержания гражданского права»).

Скоро, однако, различные несовершенства гражданской системы заставили его выйти за пределы этой скромной роли. Одну из исторических особенностей этой системы составляло отсутствие так называемого *successio graduum et ordinum* («преемственность классов и степеней (наследников)»): если ближайший наследник не принимал наследства, то оно не переходило к дальнейшему по порядку родства, а делалось выморочным и потому в древнейшее время бесхозяйным. Такое положение естественно должно было скоро показаться ненормальным, и претор стал давать *bonorum possessio* следующему в порядке родственнику, действуя здесь уже *juris civilis supplendi gratia* («для дополнения гражданского права»).

Наконец, претор сделал и последний в принципиальном отношении шаг: он стал давать в некоторых случаях *bonorum possessio* вопреки гражданскому наследственному праву — *juris civilis corrigendi gratia*. Так, например, в старое время, когда патриархальная семья представляла еще подлинное реальное явление, было естественно, что дети, ушедшие из этой семьи, например, *filii emancipati* («эманципированные сыновья»), от наследования устранялись. Но с течением времени это устранение их и возможность, что вследствие этого наследство перейдет к другим, часто очень далеким, родственникам, стало казаться несправедливостью, и претор дает эманципированным сыновьям *bonorum possessio*, исправляя этим гражданскую систему соответственно изменившемуся правосознанию среды.

На первых порах претор давал *bonorum possessio* по предварительном личном расследовании обстоятельств дела (*causae cognitio*) посредством своего личного конкретного решения (*decretum*), вследствие чего и самая *bonorum possessio*, таким образом полученная, есть *bonorum possessio decretalis*. Мало — помалу, однако, в преторской практике выработались известные определенные правила относительно того, когда *bonorum possessio* следует давать, и преторы стали вносить эти правила в свой эдикт. Для получения *bonorum possessio* теперь было достаточно доказать только наличность тех обстоятельств, которые указаны в эдикте, и *bonorum possessio* будет дано «согласно эдикту» — *bonorum possessio edictalis*. Благодаря этим все время развивающимся правилам преторского эдикта, преторская система *bonorum possessio* самым существенным образом влияла на римское наследственное право, причем совместное действие *hereditas* и *bonorum possessio* продолжается не только в течение всего классического периода, но и в позднейшее время — вплоть до Юстиниана.

Но не один претор приложил свой труд к усовершенствованию наследственного порядка. Весьма важный принцип новейшего необходимого наследования был установлен в конце республики или начал империи в практике центумвирального суда, которому подлежали споры о наследовании.

Равным образом, не оставалось в стороне и законодательство. Уже периоду республики принадлежат некоторые отдельные законы, разрешавшие те или другие вопросы наследования

(например, законы об ограничении свободы отказов). В период принципата на место *leges* выступают *senatusconsulta*, целый ряд которых относится к наследственному праву. С усилением императорской власти и в нашей области на первый план выступают императорские указы.

Под влиянием всех этих факторов римское наследственное право мало — помалу далеко отошло от тех оснований, на которых строилась старая цельная система гражданского права. В бесконечном количестве пунктов она была изменена как преторским эдиктом, так и многочисленными отдельными законами, вследствие чего ко времени Юстиниана римское наследственное право, особенно наследование по закону, представляло собою систему чрезвычайно сложную и запутанную. Во время работ по составлению «*Corpus Juris Civilis*» Юстиниан еще не нашел возможным произвести общее перестроение наследования на новых началах, вследствие чего в «*Corpus*» мы находим еще нагромождение различных исторических слоев. Но он сделал это своими позднейшими указами, новеллами, из которых основное значение имеют новеллы 118 (543 г.) и 127 (548 г.), реформирующие наследование по закону, и новелла 115 (542 г.), регулирующая необходимое наследование.

§ 79. История римского тестаменты

Как мы видели выше, наследование по завещанию появляется в истории позже наследования по закону. Но с тех пор как оно появилось, оно очень скоро заняло в Риме первенствующее значение: уже законы XII таблиц начинают свои положения о наследовании по закону условием: «*si intestato moritur*» («если умирает без завещания»), предполагая, очевидно, завещание, как нечто нормальное. В более позднем праве это первенствующее значение завещания еще более возросло, и если известная характеристика Фердинанда Лассалю — «для Римлянина завещание было тем же, чем для египтянина его надгробный памятник», — представляется некоторым преувеличением, то во всяком случае не подлежит сомнению, что с точки зрения общего духа римского права наследование по завещанию стоит на первом месте.

Однако, характер древнейшего римского завещания является в высокой степени спорным.

По свидетельству Гая (II. 101), древнейшее римское право знало два вида завещаний: *testamentum calatis comitiis* и *testamentum in procinctu*.

Testamentum calatis comitiis — это завещание, совершаемое в народных собраниях по куриям, созданных и происходящих под председательством *pontifex maximus*. По свидетельству Гая, *comitia* создавались с этой целью два раза в году — вероятно, 24 марта и 24 мая. В присутствии всего народа завещатель устно изъявлял свою волю, то есть прежде всего назначал себе наследника, к чему затем мог присоединить и разные другие распоряжения, и обращался к народу с просьбой, которая, вероятно, гласила приблизительно так: «*ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*» («так предоставляю, так говорю, так свидетельствую, поэтому, Квиристы, разрешите мне такое завещание»). В несколько более позднее время это обращение к народу и самое участие народа было только простою формальностью, но несомненно, что в древности это было не так. Но каково реальное историческое значение всего этого акта перед народным собранием, это и есть вопрос, вызывающий разногласия.

Значительная группа ученых, обращая внимание на то, что как *testamentum*, так и усыновление (*argrogatio*) совершались одинаково в *comitia calata*, и опираясь на аналогичные явления в греческом праве, думает, что древнейшее римское завещание есть не что иное, как *argrogatio* будущего наследника, введение его в семью наследодателя и превращение его таким путем в наследника законного. Такая *argrogatio* допускалась, вероятно, первоначально только в случае бездетности завещателя и представляла искусственное восполнение недостающих *sui heredes*. С точки зрения этой теории наследование по завещанию органически примыкало к наследованию по закону, являлось только его продолжением.

Но эта теория наталкивается на целый ряд возражений с точки зрения несходств *argrogatio* и *testamentum* в вызываемых ими последствиях. Главнейшее несходство заключается в том, что *argrogatio* вызывает *capitis deminutio* усыновляемого и разрыв агнатических связей с прежней семьей, меж тем как для лица, назначенного наследником, подобные последствия не наступают. Представители теории *argrogatio*, впрочем, пытаются парализовать это возражение тем, что *testamentum* представляет уже *argrogatio* в ослабленной форме.

Нельзя отрицать того, что в форме *argrogatio* возможность иметь избранного наследника могла удовлетворяться и удовлетворялась часто; быть может, даже это был исторически древнейший суррогат *testamentum*; весьма вероятно, далее, значительное влияние *argrogatio* на некоторые стороны в положении наследника, назначенного завещанием. Но во всяком случае *argrogatio* не есть *testamentum*, и, пока римское право знало только такой способ назначения преемника, оно не знало завещания в собственном смысле.

Testamentum calatis comitiis является, однако, подлинным завещанием, отличным от *argrogatio*, уже в эпоху законов XII таблиц: если бы завещание было усыновлением, законы XII таблиц не могли

бы отличать наследника по завещанию от *sui heredes*, как они это делают в своем известном положении о наследовании по закону «*si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*» («если умирает без завещания тот у кого нет своего наследника, пусть его имущество возьмет ближайший агнат»). Очевидно, таким образом, уже к этому времени *testamentum* представляет совершенно особый акт, имеющий своей целью поставить назначенного наследника после смерти завещателя в положение его универсального преемника. Но для этого, так как такое назначение врезается в общий строй семейных, родовых и даже общегосударственных отношений, так как оно затрагивает сакральные интересы, необходима санкция всего народа в *comitia calata*. *Testamentum calatis comitiis* есть, таким образом, по своему древнейшему существу не что иное, как особый сепаратный закон, подобный *argrogatio*, *sooptatio in patriciis* и т. д. Возникнув исторически позже *argrogatio*, *testamentum calatis comitiis* явилось прямым средством для удовлетворения той потребности, которой *argrogatio* ранее служила только косвенно.

На первых порах участие народа в завещаниях было реальностью и в том смысле, что народ мог и отклонить *rogatio* завещателя; лишь с течением времени *testamentum calatis comitiis* превратилось в простой, только публичный, акт частной воли. С этим превращением также связан спорный вопрос о том, достиг ли этого пункта римский тестамент уже в эпоху XII таблиц или нет. Законы XII таблиц говорят: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*». Между тем как сами римские юристы относили полную свободу завещательных распоряжений уже к этому положению законов XII таблиц (fr. 120. D. 50. 16: «*Verbis legis XII tabularum his «uti legassit suae rei ita jus esto» latissima potestas tributa videtur*» «представляется, что полнейшая сила была предоставлена словам законов XII таблиц «как распорядится [наследодатель] своим имуществом, то путь будет правом»»), целый ряд современных ученых думает, что это положение имело более узкое содержание. Оно обозначало только, что лишь распоряжение завещателя относительно опеки над своими детьми и относительно отдельных выдач из «*rescupia*» должны быть непременно утверждены народным собранием: самое же назначение наследника и распоряжение относительно «*familia*» подлежать еще обсуждению и решению народа, причем народ может их и отвергнуть. — Как бы то ни было, но если не в законах XII таблиц, то несомненно довольно скоро после них участие народа превратилось в простую формальную санкцию.

Вторую форму древнейшего завещания представляет *testamentum in procinctu*, то есть завещание перед тем же народом, но только на поход, перед сражением. *Procinctus*, военный строй, представляет естественную замену мирных *comitia calata*, когда они невозможны.

Как видим, обе формы староримского завещания представляют завещание публичное и гласное: воля завещателя должна быть изъявлена во всеулышание перед народом и потому будет известна каждому. Это обстоятельство представляет, конечно, известное неудобство для завещателей, которые часто желали бы не предавать заранее гласности свои посмертные распоряжения. Кроме того, каждая форма имела свои специальные неудобства: «*testamentum calatis comitiis* — то, что оно могло быть совершено только в известные сроки (и именно всего два раза в году), а *testamentum in procinctu* было недоступно для стариков, уже не участвующих в войсках. Между тем именно для стариков и для лиц, впавших в болезнь, потребность в завещании была особенно сильна.

Ввиду этого скоро после законов XII таблиц в эпоху *interpretatio*, для удовлетворения этой потребности было создано *testamentum per aes et libram* или *testamentum per mancipationem* (Gai. II. 102 и сл.). Здесь мы имеем искусственное приспособление *mancipatio* для целей завещательных распоряжений. Завещатель передавал посредством *mancipatio* все свое имущество какому — либо доверенному лицу — *familiae emptor*у, причем этот последний брал на себя обязанность выполнить те распоряжения, которые будут сообщены тут же завещателем. В присутствии, как обыкновенно, пяти свидетелей и *libripens*a *familiae emptor*, держа в руках кусочек меди, произносил формулу *mancipatio*, приспособленную для данного случая: «*Familiam pecuniamque tuam endo mandata tua custodelaque mea esse aio et ea quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere aeneaque libra esto mihi empti*» («я утверждаю, что твоя семья и имущество по квинтскому праву находятся под моей охраной и опекой и в соответствии и с тем правом по которому ты можешь составить завещание по закону нашего государства все это да будет куплено мной медью и весами. — Гай. II. 104»). Произнеся формулу, он ударял медью по весам и передавал завещателю. Вслед затем выступал завещатель и излагал свои распоряжения, заканчивая их таким же обращением к свидетелям, с каким завещатели обыкновенно обращались к народу: «*ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*». Эти устные распоряжения составляли *mancipatio*, присоединенную к *mancipatio* и действительную в силу известного правила XII таблиц: «*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto*».

Устное изложение посмертных распоряжений могло быть заменено письмом, то есть начертанием на навоощенных табличках (*tabulae testamenti*). Завещатель после совершения *mancipatio* предъявлял душеприказчику (*familiae emptor*) и свидетелям заранее приготовленные *tabulae* и говорил «*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor*» («это так как на

таблицах и воске начертано так даю, так говорю, так удостоверено») и т. д. Вслед затем *tabulae* завязывались шнурком и припечатывались печатями как завещателя, так и всех присутствующих семь лиц (пять свидетелей, *libripens* и *familiae emptor*), причем возле этих печатей каждый ставил свою надпись (*obsignatio* и *superscriptio*). Эта письменная форма *nuncupatio* давала то преимущество, что содержание завещания могло быть теперь неизвестно даже свидетелям и участникам акта.

На первых порах завещательная *nuncupatio* была только привеском *mancipatio*, которая имела полное юридическое значение. Вследствие акта продажи все имущество завещателя тотчас же делалось собственностью душеприказчика, но собственностью для известной цели; в этом отношении *testamentum per mancipationem* имеет тот же характер, что и *fiducia*. После смерти завещателя *familiae emptor* оказывался в положении *heres — heredis loco* — и должен был выполнить все его распоряжения. При этом, в отличие от обыкновенной *fiducia*, выполнение этих распоряжений находилось не под защитой только *fides*, а под защитой *jus strictum* — в силу правила: «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*». Вследствие этого все те лица, которым в завещании было что — либо отказано (*legatum*) — так же, как при *testamentum calatis comitiis*, — имели непосредственное требование против душеприказчика.

С течением времени положение дел меняется. Роль акта *mancipatio* все более и более падает до степени простой формальности: теперь уже она является формальным привеском *nuncupatio*. Вместе с тем изменяется и положение душеприказчика; наследником обыкновенно назначается в завещании другое лицо, он же превращается в простого фигуранта или, как говорит Гай (II. 103), «*dicis gratia propter veteris juris imitationem adhibetur*» («для виду ради имитации древнего правового установления присоединяется»). В таком виде и существует манципационное завещание еще в эпоху Гая, меж тем как старые формы — *testamentum calatis comitiis* и *in procinctu* — вышли из употребления уже в конце республики.

Хотя манципационное завещание могло быть по — прежнему изъявлено и устно, тем не менее во второй половине республики оно обыкновенно выражается в письменной форме *tabulae*. Эта письменная форма делается настолько общераспространенной, что претор в своем эдикте нашел возможным объявить, что он даст *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* тому, кто представит письменное завещание, запечатанное столькими печатями, сколько требует закон: «*Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*» («если возникает спор о наследовании и таблички с завещанием скрипленные положенным по закону количеством печатей приносятся ко мне, в соответствии с завещаниям на табличках преимущественное владение дам»). Но сначала полученная на основании *tabulae bonorum possessio* имела только условный характер: если эти *tabulae* не были укреплены актом *mancipatio*, то есть не были выполнены формальности гражданского завещания, и если гражданский наследник (обыкновенно наследник по закону) предъявит иск о наследстве, то *bonorum possessio* окажется *sine re* («без имущества»): наследство должно быть возвращено. В период принципата, однако, манципационные формальности настолько уже утратили свой смысл, что рескриптом Антонина Пия было предписано давать *bonorum possessor*у против *hereditatis petitio* гражданского наследника *exceptio doli*; *bonorum possessio* стало, таким образом, *cum re* («с имуществом»). Вместе с этим приобрело в качестве преторского тестамена полную юридическую силу простое письменное завещание, предъявленное семи свидетелям (Gai. II. 119–120).

Этот письменный тестамент был подтвержден затем (и вместе с тем превращен в гражданский) указом императора Феодосия II и Валентиниана III (439 г.), причем в связи с изменением писчего материала (вместо *tabulae* — пергамент или папирус) центр тяжести был перенесен с печатей на подпись: для действительности завещания необходимо теперь, чтобы документ был подписан самим завещателем и семью свидетелями (с. 21. С. 6. 23). Это и есть нормальное частное завещание позднейшего римского права.

Но и устное завещание не исчезло. Пока не вышла из употребления *mancipatio*, завещание могло по — прежнему совершаться в форме устной *nuncupatio* после мнимой продажи наследства. В период абсолютной монархии, когда *mancipatio* отпала, было в целом ряде указов (с. 21. 4. С. 6. 23. § 14 In. 2. 10) признано, что имеет полную силу завещание, объявленное устно в присутствии тех же семи свидетелей.

Таким образом, обыкновенное частное завещание в праве Юстиниана может быть совершаемо и устно, и письменно, но при обязательном участии семи свидетелей, причем в обоих случаях требуется, чтобы участие это было одновременным (так называемый *unitas actus*), чтобы все совершение акта протекло без перерывов.

В некоторых случаях формальности, необходимые для совершения завещания, несколько модифицируются. Так, если завещатель слеп, то необходимо участие нотариуса (*tabularius*). Если завещание совершается во время эпидемии (*testamentum tempore pestis conditum*), когда одновременное присутствие многих может быть опасно, *unitas actus* не требуется. Если завещание содержит только раздел наследства между законными детьми (*divisio inter liberos*), то достаточно

собственноручного письма завещателя без всяких свидетельских подписей. Наибольшее отступление представляет завещание солдат (*testamentum militis*), которые «*propter nimiam inperitiam*» («вследствие чрезмерного невежества», Gai. II. 109) освобождены от соблюдения всяких формальностей.

Рядом с описанными формами частного завещания в период абсолютной монархии появляются и формы публичного завещания, то есть совершаемого при участии органов государственной власти. Таковы: *testamentum apud acta conditum*, то есть завещание, изъявленное перед судом и занесенное в протокол, и *testamentum principi oblatum*, то есть врученное на хранение императору.

Но, кроме соблюдения формы, римское завещание должно было удовлетворять целому ряду других — материальных — условий. Некоторые из этих условий на протяжении истории менялись; другие оставались неизменными от начала до конца.

Неизменным оставалось прежде всего требование особой завещательной правоспособности — так называемой *testamentifactio* — как для завещателя (*testamentifactio activa*), так и для назначаемого наследника (*testamentifactio passiva*). Но условия этой *testamentifactio* менялись. Упомянем лишь о некоторых из них. Так например, женщины, даже *sui juris* и даже *tutore auctore*, долгое время вовсе не могли совершать завещания — вероятно, потому, что в древнее время для них была недоступна ни форма *calatis comitiis*, ни форма *in procinctu*. Но и после того, как появилась форма *per mancipationem*, женщины, находящиеся под опекой, долго еще не могли совершать завещания даже *tutore auctore*, и лишь император Адриан дал им эту возможность. С исчезновением опеки над ними они приобрели полную *testamentifactio activa*. С другой стороны, один из республиканских законов — *lex Voconia* 169 г. до Р.Х. запретил гражданам первого класса (то есть с цензом выше 100 тысяч сестерциев) назначать женщин наследницами, чем в этих пределах (то есть только по отношению к гражданам первого класса) лишил их *testamentifactio passiva*. Но этот закон в период империи вышел из употребления, и таким образом женщина в праве Юстиниана по отношению к завещаниям уравнилась с мужчиной. — Далее, старое право требовало, чтобы личность назначаемого наследника была *persona certa* для завещателя: завещание в пользу *persona incerta* было недействительно. Вследствие этого долгое время было невозможно назначение наследником лица, еще имеющего родиться — так называемого *postumus*. Но затем такое назначение было допущено — сначала для собственных имеющих родиться детей завещателя (*postumi sui*), а потом и для всех вообще (*postumi alieni*). На том же основании было невозможно назначение юридических лиц, и лишь позднейшее право допустило здесь ряд исключений.

Неизменную историческую особенность римского тестаментанта составляет также требование, чтобы он заключал в себе непременно *institutio heredis*, то есть назначение наследника. Это последнее есть «*caput et fundamentum testamenti*». («голова и основание завещания», Gai. II. 229): без него все завещание будет недействительно (Иначе Кнеп F. Gai Institutiones. Вып. II. 1912. S. 191 и сл., Вып. III 1913. S. 368. и сл., по его мнению, *institutio heredis* вообще была чужда древнейшему манципационному завещанию, которое знало только отдельные выдачи из наследства — *legata*, необходимость *institutio* установилась лишь мало — помалу в связи со старанием древнего права связать с наследованием переход долгов: в отличие от легатаров *institutio heredis* должна была дать плательщика этих долгов — *Schuldenzahler*). Если поэтому, завещатель желал, предоставив наследство законному наследнику, только установит известные отдельные выдачи тем или другим лицам, он должен был для этого все же назначить в завещании законного наследника, иначе и отдельные выдачи были бы недействительны.

Но мало того, — не только в старом праве, но еще в эпоху классических юристов *institutio heredis* должна была быть выражена «*solemni more*», то есть известными торжественными словами, ведущими свое начало, вероятно, еще от эпохи *testamentum comitiis calatis*: «*Titius heres mihi esto*» («да будет Тиций моим наследником»). Кроме этой формулы, по свидетельству Гая (II. 116–117), в его эпоху признавалось еще только «*Titium heredem esse jubeo*» («приказываю, чтобы наследником был Тиций»); всякие же другие выражения — например: «*Titium heredem instituo*» («устанавливаю наследником Тиция») или «*heredem facio*» («делаю наследником») — считались недостаточными и вели за собой ничтожность всего завещания. Лишь указ 339 г. и отменил «*solemni sermonum necessitas*» и предоставил завещателям назначать наследников «*quibuscumque verbis*» («отменил: «Необходимость торжественной речи»; предоставил назначить наследников «Любыми словами»», с. 15. С. 6. 23).

Рядом с простой *institutio* уже, по — видимому, исстари допускалась и *substitutio*, то есть назначение второго наследника на случай, если первый наследником почему — либо не станет (например, умрет раньше завещателя): например: «*Titius heres mihi esto. Si Titius heres non erit, Seius heres esto*» («Тиций да будет наследником. Если Тиций не будет наследником, пусть им будет Сей»). Кроме этой обыкновенной субституции (*substitutio vulgaris*), родители могли назначить наследника своему малолетнему или безумному нисходящему даже на тот случай, если он станет наследником (переживет завещателя), но умрет, не достигнув совершеннолетия или выздоровления (*substitutio pupillaris* и *quasi — pupillaris*).

Хотя завещание даже в позднейшем праве сохранило значительные черты формализма, тем не менее должно быть отмечено, что, начиная с эпохи классических юристов, обнаруживается тенденция путем разных благоприятных толкований, насколько возможно, способствовать сохранению силы за завещаниями — так наз. *favor testamentorum*. Так например, если кто — либо был назначен наследником под невозможным условием, не все завещание объявлялось недействительным, а лишь невозможное условие считалось как бы не написанным (*pro non scripto habetur*).

Каких — либо особых предписаний относительно хранения завещаний не существовало. Равным образом, не существовало их первоначально и относительно вскрытия завещаний. Но закон Августа 6 г. по Р.Х., введший 5 %-ную пошлину с наследства (*vicesima hereditatum*), в целях фискального контроля предписал под угрозой штрафа в течение известного срока после смерти завещателя (5 дней) предъявлять завещание магистратам, в присутствии которых и происходила затем торжественная процедура вскрытия завещания. *Tabulae testamenti* предъявлялись лицам, которые были свидетелями, для опознания своих печатей и подписей. По удостоверении ими подлинности печатей, шнур разрезывался, завещание раскрывалось и прочитывалось. (*Pauli sent. 4. 6*). Любопытный протокол такого вскрытия дошел до нас от 474 г. по Р.Х. (*Girard P. Textes. p. 775*).

§ 80. Наследование *ab intestato*

Если умерший не оставил завещания или оставленное завещание не возымело действия (например, назначенный в завещании наследник умер раньше завещателя или не пожелал принять наследство), то наступает наследование по закону. Порядок призвания к законному наследованию подвергался, однако, в римской истории изменениям в связи с общим постепенным перестроением семьи и родства: общей тенденцией этой эволюции является замена старого агнатического принципа принципом когнатическим.

Система наследования *ab intestato* старого гражданского права определялись положением законов XII таблиц: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*» («если умирает без завещания тот, кто не имеет своего наследника, пусть наследство возьмет ближайший агнат. Если нет агната, пусть наследство возьмут члены рода»). Согласно этому положению, призвание к наследованию слагается из следующих трех классов:

а) Прежде всего к наследованию призываются *sui heredes*, то есть лица находившиеся в семье и под непосредственной властью умершего и вследствие его смерти сделавшиеся *personae sui juris*, то есть *filii familias* и *filiae familias*, дети от раньше умерших сыновей или дочерей, жена при браке *cum manu*, усыновленные. Наследство делится при этом *in stirpes* (поколенно): внуки от раньше умершего сына получают ее вместе, сколько бы их ни было, ту часть, которую получил бы их отец, если бы был жив (так называемое *jus repraesentationis*). Наследование *sui heredes*, с точки зрения старого права, есть даже не наследование, а просто вступление в самостоятельное управление тем имуществом, которое еще при жизни *paterfamilias* принадлежало им на правах семейной общей собственности. Этим объясняется и то обстоятельство, что приведенное положение законов XII таблиц говорит о *sui heredes* только косвенно («*sui suus heres nec escit*» — у кого нет своего наследника). Мысль об участии их в семейной собственности еще при жизни отца жива даже в эпоху классических юристов: Гай (II. 157) говорит, что *sui heredes* «*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*» («свои наследники при жизни родителя все же считаются некоторым образом собственниками имущества»). Еще определеннее выражается Павел: «*In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*» («в отношении своих наследников в высшей степени очевидно, что преемственность собственности до того доводит дело, что не видно никакого наследования, будто прежде те были собственниками, кто даже при жизни отца некоторым образом представлялись собственниками... Поэтому кажется, что после смерти отца они не наследство получают, но в большей степени получают свободу распоряжения имуществом», fr. 11. D. 28. 2).

б) Если нет *sui heredes*, то призывается *agnatus proximus* или *agnati proximi*, если есть несколько агнатов, стоящих к умершему в одинаково близкой степени родства. Таким образом, при отсутствии собственной семьи у умершего, призываются его братья и сестры, а также мать, если она состояла с отцом покойного в браке *cum manu*, — то есть лица, находящиеся во 2-й степени агнатического бокового родства с покойным. Если нет родственников 2-й степени, призывается третья степень и т. д. — с тем, однако, ограничением, что женщины далее *soror consanguinea* (далее сестры) уже исключаются от наследования *Voconiana ratione*, то есть по духу *lex Voconia*, о которой было упомянуто выше. Все наследники одинаковой степени делят между собой наследство *in capita* (поголовно): *jus repraesentationis* здесь уже нет, так как дети наследника будут уже принадлежать к дальнейшей степени, которая устраняется ближайшею.

с) Если нет никаких агнатов, то наследство переходит к *gentiles*: первоначально, вероятно, имущество шло в род (*gens*), как таковой, причем от рода зависело распорядиться им, как угодно; позже наследство, по — видимому, разделялось между отдельными *gentiles*. Но уже к концу республики, вместе с окончательным падением патрицианской родовой организации, этот класс наследников исчез (*Gai. III. 17: «totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse»* — «все гентильное право ушло в небытие»).

При этом, как было уже упомянуто, наследование по *jus civile* имеет ту особенность, что призываются к наследованию только те лица, которые оказываются ближайшими к умершему в момент его смерти. Если эти лица не принимают наследства или умирают до его принятия, то наследство не переходит к следующему по порядку, а считается выморочным, а потому в древнейшее время безхозным. Это выражается правилом: «*in legitimis hereditatibus successio non est*» .

Такова была простая и цельная система гражданского наследования, вполне согласная с патриархальным агнатическим укладом всей тогдашней жизни. Но во второй половине республики этот патриархальный уклад был уже расшатан: в систему старых начал стали проникать новые, и все вместе стало представлять довольно сложное сочетание разнородного. Таким сочетанием разнородного представляется и преторская система *bonorum possessio intestati* в ее окончательном виде, то есть в том, в каком она выразилась в *edictum perpetuum* Адриана. Преторский эдикт устанавливает четыре класса лиц, призываемых к получению *bonorum possessio ad intestato*:

а) Класс «*unde liberi*» . Сюда причисляются, во — первых, все гражданские *sui*, а во — вторых — *emancipati* , то есть эманципированные дети покойного, а также *in adoptionem dati* , отданные им в усыновление, если ко времени смерти наследования они уже отпущены усыновителем из своей *patria potestas*. Таким образом, здесь в наследование вводятся уже рядом с агнатами и когнаты, хотя и не все (*in adoptionem dati*, остающиеся в семье усыновителя, не призываются). Деление наследства и здесь происходит *in stirpes*. Призвание эманципированных рядом с детьми, оставшимися под властью, создавало некоторые особые затруднения. Так, во — первых, это призвание могло в значительной степени оказаться несправедливым по отношению к неэманципированным братьям и сестрам призываемого: в то время как они все время работали на отца и добытое их трудом находится в общей наследственной массе, эманципированный брат обыкновенно уже при самой *emancipatio* получал известный выдел, а во всяком случае затем работал на себя. Простое уравнение всех могло бы привести к несправедливому ухудшению положения детей, оставшихся под властью. Ввиду этого претор поставил, что он даст *bonorum possessio* эманципированному лишь под условием, если он предварительно внесет в счет наследственной массы все свое имущество (*collatio bonorum emancipati*). — Второе затруднение возникало в том случае, если при *emancipatio* сына его дети остались под властью *paterfamilias* — деда. Пока их эманципированный отец не призывался к наследованию, они после смерти деда получали часть, которую получил бы их отец: но раз он теперь призывается к наследованию несмотря на *emancipatio*, дети снова устраняются им от наследования. Между тем их труд есть также в общей наследственной массе. Ввиду этого Юлиан при пересмотре преторского эдикта включил туда статью — *nova clausula Juliani* или *edictum de conjungendis cum emancipato liberis* , — в силу которой *filius emancipatus* должен разделить получаемую им долю пополам со своими детьми.

б) Второй класс — «*unde legitimi*» . Если нет упомянутых в первом классе лиц или если никто из них не испросил себе *bonorum possessio* в течение законного срока, то *bonorum possessio* дается *legitimi heredes* , то есть лицам, призываемым к наследованию по гражданскому порядку — именно *sui* и *agnati* (*gentiles*, как сказано, уже отпали). Следовательно, *sui* (но уже без эманципированных) призываются во второй раз: быть может, теперь ввиду отпадения *emancipati* они согласятся вступить в наследство. Если же нет или их вовсе не существует, то *bonorum possessio* дается ближайшим по степени агнатам.

с) В третьем классе — «*unde cognati*» — призываются кровные родственники умершего по порядку степеней вплоть до 6-й степени включительно (из 7-й только *sobrino* и *sobrino nati*, то есть дети троюродных братьев и сестер). Вследствие кровного родства *sui* призываются здесь в третий раз, *emancipati* во второй раз, *in adoptionem dati* даже *durante adoptione*; далее, — все боковые когнаты без всякого ограничения для женщин, причем ближайшая степень устраняет дальнейшую, а родственники одной степени делят наследство *in capita* . В этом классе наследуют также дети, как законные, так и незаконные после матери и мать после детей.

д) Наконец, четвертый класс — «*unde vir aut uxor*» : если нет никого из родственников предыдущих классов, то к наследованию призывается переживший супруг — муж в случае смерти жены, жена в случае смерти мужа.

Таким образом, преторский эдикт, хотя и дает еще в общем предпочтение агнатскому родству, тем не менее впервые призывает к наследованию и когнатов, как таковых. Кроме того, в отличие от *legitima hereditas*, преторский эдикт установил *successio graduum et ordinum* (*edictum successorium*), то есть последовательное наступление следующих степеней и следующих классов. В этих двух чертах и

состоит, главным образом, прогресс преторского наследственного права по сравнению с гражданским.

В период империи дальнейшее усиление когнатического родства заставляет законодательство идти далее по пути, намеченному преторским эдиктом. Целый ряд отдельных законов осуществляет эту тенденцию, усиливая наследственные права тех или других когнатов на счет агнатов. Первый шаг в этом направлении был сделан *senatusconsultum Tertullianum* (при Адриане), в силу которого женщине, имеющей *jus liberorum*, было предоставлено гражданское наследственное право после ее детей. Вследствие этого мать призывается теперь не в классе *unde cognati*, то есть не после всех агнатических родственников, а в классе *unde legitime*: ее исключают от наследования только собственные дети умершего, его отец и братья; с сестрой покойного мать делит наследство пополам. Принципиальное значение *senatusconsultum Tertullianum* состоит в том, что им впервые была признана возможность гражданского наследования на основании простой *cognatio*. — Следующий затем шаг представляет *senatusconsultum Orphitianum* 178 г. при Марке Аврелии и Коммодe, которым было предоставлено такое же наследственное право в классе *legitimi* детям после матери. — Закон Валентиниана, Феодосия и Аркадия расширяет права детей на наследование после родственников с материнской стороны. Самому Юстиниану принадлежит несколько указов в том же духе (уничтожение для наследования матери необходимости *jus liberorum*; уничтожение ограничения женщин *Vosoniana ratiōne* и некоторые другие). В конце концов, благодаря этим многочисленным, но частичным поправкам принцип агнатического родства был значительно отодвинут, но вся система наследования по закону приобрела чрезвычайно сложный и запутанный вид. Упростить эту систему, построив все наследование исключительно на кровном, когнатическом родстве, и составило задачу юстиниановских новелл — новеллы 118 (543 г.), незначительно дополненной затем новеллой 127 (548 г.).

Основным принципом юстиниановской системы является наследование когнатов без различия пола по порядку их близости к умершему и с соблюдением *successio graduum et ordinum*. Порядок призвания определяется следующим образом классами.

1. Первый класс составляют десценденты, то есть нисходящие умершего — сыновья и дочери, внуки от раньше умерших сыновей и дочерей и т. д. Раздел наследства происходит *in stirpes*: дети раньше умершего отца получают все вместе ту часть, которую получил бы их родитель.

2. Если нет десцендентов, то призывается второй класс, состоящий из ближайших по степени асцендентов, то есть восходящих родных покойного (отец, мать, дед, бабушка и т. д.; если есть отец и дед, то призывается только отец), а также полнородных (то есть происходящих от тех же отца и матери) братьев и сестер его и детей от раньше умерших полнородных братьев и сестер (призвание племянников вместе с дядьями и есть нововведение новеллы 127-й). Раздел *in capita*, причем только дети раньше умершего брата получают все вместе часть, следовавшую их отцу, Если наследуют только одни асценденты (без братьев и т. д.), то наследство делится *in lineas*, то есть одна половина идет асцендентам с отцовской стороны, другая — асцендентам с материнской стороны.

3. Третий класс, призываемый при отсутствии первых двух, составляют неполнородные (то есть происходящие от одного отца, но от разных матерей — *consanguinei*, или от одной матери, но от разных отцов — *uterini*) братья и сестры покойного и их дети, причем последние получают также все вместе часть, следовавшую их *parens praedefunctus*.

4. Если и этих нет, то призываются остальные боковые родственники по порядку близости степеней без всякого ограничения — *ad infinitum*, лишь бы только можно было доказать родство. Ближайшая степень, конечно, отстраняет дальнейшую; равно близкие делят между собой *in capita*.

О наследовании пережившего супруга новеллы ничего не говорят; думают, поэтому, что остается в действии правило преторского эдикта, в силу которого переживший супруг призывается к наследованию в последнем классе «*unde vir aut uxor*». При новой Юстиниановской системе это обозначает, что муж после жены или жена после мужа наследуют только в том случае, если нет никаких, даже самых отдаленных, родственников. Впрочем, вне этого общего порядка, Юстиниан установил особенное право наследования для бедной вдовы — *uxor indotata*: если вдова ничего своего не имеет (ни *dos*, ни *parapherna*), то она конкурирует со всеми наследниками, причем получает часть, равную с ними, однако не более 1/4 наследства или не больше 100 фунтов золотом, если она конкурирует с собственными детьми от брака с покойным, то получает следующую ей часть только в *usufructus*.

Мыслимо, наконец, что никого из перечисленных лиц (ни родственников, ни супруга) нет; тогда имущество является выморочным — *bonum vacans*. В старое время оно делалось бесхозяйным; всякий мог овладеть им и путем *usucapio pro herede* приобрести его на праве наследника в собственность. *Lex Julia et Papia Poppaea* устранила эту бесхозяйственность, объявив, что *bona vacantia* принадлежит фиску (Gai. II. 159). Впоследствии в некоторых случаях право на *bona vacantia* было предоставлено другим учреждениям — например, церквям на вымороченное имущество состоявших при них лиц и т. п.

Упорядочение системы наследования по закону, отказ от совершенно устаревшего

агнатического принципа и построение наследования на началах кровного родства без всяких ограничений для женщин составляют бесспорную и крупную заслугу Юстиниановской реформы. Все эти черты придают ей характер системы современной (иногда даже более современной, чем некоторые из действующих). Но в то же время она не свободна и от некоторых недостатков. Самым крупным из них является призвание к наследованию родственников до бесконечности (*ad infinitum*), в чем Юстиниан сделал даже шаг назад по сравнению с преторским эдиктом, который, как известно, ограничивал призвание когнатов только 6-й степенью. Благодаря такому безграничному призванию, наследство сплошь и рядом попадает в руки лиц, которые, кроме официального родства, ни в каких отношениях к покойному не состояли и для которых смерть наследодателя и открытие наследства являются приятным сюрпризом («*lachende Erben*»). В оправдание Юстиниана нужно, однако, сказать, что вопрос об ограничении наследования боковых родственников возник только в недавнее время и что указанный недостаток римской системы разделяется некоторыми даже самыми новейшими кодификациями (например, новым общегерманским гражданским уложением 1896 г.).

§ 81. Необходимое наследование

Признание свободы завещательных распоряжений ставит на очередь вопрос о том, может ли эта свобода быть безграничной. Дело в том, что часто после завещателя остаются лица, которые были особенно близки к нему (например, дети, родители), которые, быть может, принимали участие в создании его благосостояния и которые даже при жизни имели право требовать от него известной поддержки (содержания, *alimentatio*). Полное забвение этих лиц в завещании и предоставление наследства помимо них какому — нибудь лицу совершенно постороннему может казаться несправедливостью. Вследствие этого многие законодательства, допуская свободу завещаний, устанавливают в то же время известные ограничения в интересах таких особенно близких к завещателю лиц. Право этих лиц на известное непременно участие в наследовании и носит название необходимого наследования.

В истории римского права такое необходимое наследование известно уже от самых древних времен и проходит через всю историю, выливаясь в два различных типа.

1. Старейшим типом является необходимое наследование формальное. Общая сущность его состоит в том, что, совершая завещание, лицо, у которого есть *sui heredes*, то есть лица, подчиненные его *patria potestas*, должно или назначить их наследниками или определенно лишить их наследства — *aut instituire aut exheredare*.

Правило это является бесспорным отголоском глубокой старины. Мы говорили выше о том, что в древнейшее время члены *familia* еще при жизни отца считались как бы собственниками общесемейного имущества и потому в случае его смерти не столько получали наследство, сколько приобретали свободу распоряжения имуществом, которое уже раньше принадлежало им. Весьма вероятно, что и в Риме, как у других народов, завещание допускалось сначала (то есть разрешалось народным собранием) лишь при отсутствии собственных детей. Если же дети были, то назначение наследником лица постороннего могло быть оправдано перед *comitia calata* только такою или иною негодностью их (предосудительным поведением и т. д.). В случае наличия уважительных причин устранение их от наследства являлось лишением принадлежащих им прав, для чего необходимо было получить определенную санкцию народного собрания в виде *exhereditio*. Назначение постороннего наследника без такой *exhereditio*, при молчании закона на этот счет (*praeteritio*), было немыслимо: молчанием нельзя лишить прав.

С течением времени, по мере того как подлинная законодательная роль народных собраний в деле завещаний падала и превращалась в простую формальность, описанное реальное значение *exhereditio* стиралось. Но она все же сохранилась, как некоторое формальное требование, обращенное к завещателю. Никого реального контроля над *exhereditio* уже не существует, особенно с того момента, когда появилось *testamentum per aes et libram*, но все же требуется, чтобы *paterfamilias*, назначая наследником постороннее лицо, предварительно и определенно лишил *sui heredes* наследства. Сохранению этого формального требования, вероятно, способствовало соображение психологического характера: поставленный перед необходимостью определенно заявить, что он лишает своих детей наследства, завещатель серьезнее отнесется к вопросу и, быть может, еще раз его передумать.

Как *institutio heredis*, так и *exhereditio* должна быть выражена в определенной повелительной форме: «*Titius, filius meus, exheres esto*» («мой сын Тиций да не будет наследником»). Вероятно, и здесь эта форма является остатком старой и повелительной формы, употреблявшейся в народных собраниях. При этом требовалось, далее, чтобы *filius familias* были исключены все поименно — *nominatim*, прочие же члены семьи — дочери, внуки — могли быть исключены и общей фразой — *inter ceteros* («*Ceteri ceteraque exheredes sunt*» — «остальные да не будут наследниками», *Gai. II. 127–128*). Если это выполнено не было, если имела место *praeteritio*, то завещание недействительно вполне или отчасти. Оно недействительно вполне, если *praeteritio* касается *filius familias*: тогда

завещание отпадает и открывается наследование *ab intestato*. Оно недействительно отчасти, если *praeteritio* касается прочих *sui* (внуков, дочерей): обойденные «*scriptis heredibus in partem accrescunt*», то есть наследуют рядом с назначенными в завещании, причем, если назначены также *sui* (например, сын назначен, дочь обойдена), то *praeteritus* получает *pars virilis* (ту часть, которая ему следовала бы по закону); если же назначены посторонние, то *praeteriti* получают половину наследства.

К *sui heredes* относятся не только те, которые существовали при жизни наследодателя, но и те, которые родятся после совершения завещания и даже после смерти завещателя — *postumi*. Рождение такого *postumus suus* уничтожает завещание наследодателя, так как *postumus* в завещании не упомянут — *testamentum rumpitur agnitione postumi* («завещание рушится родством постума»). Чтобы обеспечить завещание от таких случайностей, впоследствии была выработана (при участии юриста Аквиллия Галла) особая формула для назначения или *exhereditatio postumi* заранее на тот случай, если они появятся (*postumi Aquiliani*).

Преторский эдикт не только воспринял, но даже расширил формальное необходимое наследование, причем он и здесь понятие *sui* заменил понятием *liberi*: эксгередируются должны быть и *emascipati*. При этом для всех *liberi* мужского пола нужна *exhereditatio nominatim*, и только для женщин достаточно *exhereditatio inter ceteros*. Если в завещании не исполнено одно из этих условий, то хотя завещание и не считается недействительным, но претор дает *bonorum possessio contra tabulas testamenti* («владение наследством вопреки завещанию»). *liberi* получают свои законные доли, однако, кроме тех, которые были эксгередированы (в этом отношении завещание сохраняет свою силу). Побочные распоряжения в завещании (назначение опеки, отдельные выдачи в пользу родителей или детей завещателя) остаются действительными.

Наконец Юстиниан, еще более усилил требования к завещаниям этой стороны: установив, что *exhereditatio* может быть, как и *institutio*, совершена в любых выражениях, он предписал, однако, чтобы все нисходящие без различия пола были эксгередированы *nominatim*.

2. Материальное необходимое наследование. Но все эти формальные ограничения не давали реальных гарантий даже тем, в чьих интересах они были установлены: достаточно было соблюсти требование об *exhereditatio*, чтобы можно было лишиться наследства без всяких оснований, по чистому капризу. Между тем, когда такие неосновательные *exhereditationes* стали встречаться особенно часто, в общественном сознании зародилась и окрепла та мысль, о которой сказано выше, — мысль о праве близких лиц на действительное участие в наследовании, о необходимом наследовании материальном.

Первое осуществление свое нашла эта мысль в практике центумвирального суда, ведение которого подлежали дела о наследствах. Разбирая эти дела, суд, быть может, под влиянием греческой практики (с ее *δική μανίας*), стал признавать, что завещание, в котором, хотя и исполнено требование об *exhereditatio*, но без основательных причин близким наследникам ничего не оставлено (не исполнено естественное *officium pietatis*), — такое завещание, очевидно, совершено не совсем в здравом уме («*quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent*» — «будто были не в здравом уме, что осоставили такое завещание», fr. 2. D. 5. 2) и потому должно быть лишено силы. Вследствие этого обойденные в завещании наследники могли предъявлять обычный иск о наследстве — *hereditatis petitio*, а возражение лиц, назначенных в завещании, о праве их *ex testamento* признавалось судом несущественным.

Но это средство было не всегда возможно: *hereditatis petitio* могли предъявлять только те из близких лиц, которые являлись цивильными наследниками; она была недоступна, например, для детей эмансипированных. В виду этого рядом с центумвиральным порядком в период империи возник другой: лица обойденные могли жаловаться магистратам *extra ordinem*, причем жалоба эта носила название *querela inofficiosi testamenti*. Когда впоследствии центумвиральный суд исчез и весь процесс приобрел характер *extraordinaria cognitio*, *querela inofficiosi testamenti* сделалась единственным средством для осуществления материального необходимого наследования, но она сама впитала в себя многие правила, выработавшиеся ранее в центумвиральном суде.

Так установилось в римском праве материальное необходимое наследование, причем ближайшие нормы его были долгое время недостаточно ясными и определенными: многое решалось свободным усмотрением судов. Лишь постепенно это наследование приобрело более определенные юридические очертания.

Теми близкими лицами, которые могли претендовать на непременно получение из наследства, были признаны десценденты и асценденты завещателя, а также его братья и сестры, однако, последние лишь при том условии, если в завещании им была предпочтена *persona turpis* (лицо утерявшее гражданскую честь или ее не имеющее в силу позорных занятий — актер, сводник, проститутка). Право на *querela inofficiosi testamenti* принадлежит, впрочем, не всем этим лицам, а только тем из них, которые были бы *in concreto* наследниками по закону: следовательно, например, если есть десценденты и асценденты одновременно, право на необходимое наследование имеют только первые.

Что должно быть оставлено в завещании этим необходимым наследникам для того, чтобы

нельзя было сделать упрека в невыполнении *officium pietatis* («обязанность благочестия»), — этот вопрос также первоначально зависел от свободной оценки суда. Но затем, по аналогии с *lex Falcidia* (см. ниже, в учении об отказах), установилось требование, чтобы каждому из необходимых наследников была составлена по крайней мере 1/4 его законной доли: Например, при двух сыновьях каждому должна быть оставлена 1/8 всего наследства. Но эта неперемнная доля (*portio debita*) могла быть оставлена в любом виде — в виде назначения наследником на нее, в виде отказа и т. д.

Если это требование не выполнено, если необходимому наследнику ничего не оставлено или оставлено менее, он может требовать уничтожения завещания по отношению к нему, то есть выдачи ему его полной законной доли (в нашем примере каждый может требовать уже не *portio debita* в виде 1/8, а *portio ab intestato* — то есть 1/2 наследства). Но право на предъявление *querela* имеет особый характер: оно погашается смертью необходимого наследника, а также коротким сроком — сначала 2 года, потом 5 лет.

Права необходимые наследников и требование, чтобы им была оставлена по крайней мере *portio debita*, могли быть обойдены наследодателем при жизни — путем дарения посторонним лицам, путем установления для кого — нибудь приданого и т. п. В виду этого по аналогии с *querela inofficiosi testamenti* стали давать затем *querela inofficiosae donationis, inofficiosae dotis* (право необходимого наследника, подать иск направленный на отмену совершенного наследодателем при жизни дарения (или назначения приданого), если это необходимо для дополнения обязательной доли).

Юстиниан внес и сюда несколько изменений. Так, он прежде всего в своей новелле 18 повысил размеры *portio debita* до 1/2 законной доли, если эта последняя составляет менее 1/4 всего наследства, и до 1/3, если — более. Далее, он постановил, что *querela inofficiosi testamenti* должна иметь место только тогда, если необходимым наследникам вовсе ничего не оставлено; напротив, если им оставлено, но только менее *portio debita*, то они могут требовать не полного уничтожения завещания, а только дополнения их неперменной доли — *actio ad supplendam legitimam* или *actio suppletoria*.

3. Реформа Юстиниана — *Novella 115*. Как видим, оба типа необходимого наследования — формальный и материальный — в позднейшем праве действовали рядом, но отдельно друг от друга, что не могло не создавать затруднений на практике. Ввиду этого Юстиниан указом 542 г. — новелла 115 — сделал попытку слить оба вида необходимого наследования воедино. С этой целью он предписал, что десценденты и асценденты завещателя имеют не только право на получение в каком угодно виде *portio debita*, но, кроме того, они должны быть назначены наследниками; завещатель должен оказать им *honor institutionis*, — по крайней мере, в размерах их *portio debita*. Нужно сказать, что этот *honor institutionis* имеет более, чем просто почетное значение: в случае отпадения других назначенных в завещании лиц эти необходимые наследники, как *heredes instituti*, будут иметь так называемое *jus accrescendi* (см. ниже).

Кроме того, *exheredatio* и лишение *portio debita* могут быть сделаны теперь завещателем только при наличности уважительных причин, которые законодатель и перечисляет. Таких причин для десцендентов — 14 (различные преступления или проступки против завещателя, предосудительный образ жизни и т. д.), а для асцендентов — 8 (в общем, — то же самое).

О братьях и сестрах новелла 115 не упоминает, и потому относительно их остается в действии старое право: если им не оставлено *portio debita* и вместо них наследником назначена *persona turpis*, они имеют *querela inofficiosi testamenti*.

Несмотря на то, что формальное необходимое наследование протянулось через всю историю римского права и влилось в новеллу 115, оно, как чисто формальное ограничение завещателя, не привилось в праве новейших народов. Напротив, идея материального необходимого наследования, дающего известные реальные гарантии близким лицам и тем сглаживающего острые углы завещательной свободы, — эта идея была воспринята и нашла себе место в современных законодательствах, хотя и с некоторыми модификациями.

§ 82. Приобретение наследства

В момент смерти наследодателя наследование только открывается для наследников, только предлагается им — *defertur*, вследствие чего этот момент представляет лишь первую стадию в процессе наследственного перехода и носит название *delatio hereditatis*. Но далеко не всегда с этим моментом связан уже и действительной переход наследства к наследникам: наследство должно еще быть приобретено наследником, вследствие чего приобретение наследства — *acquisitio hereditatis* — составляет вторую стадию наследственного перехода, всегда логически, а очень часто и практически, отличную, от первой — *delatio hereditatis*.

В этом отношении римское право от самого начала различало два вида наследников.

а) Первую категорию составляли *domestici heredes* («домашние наследники»), то есть те, которые входили в состав *familia* покойного, его дома. Сюда относятся, прежде всего, *sui heredes*, то есть дети, состоявшие под властью *paterfamilias* и с его смертью делающиеся *personae sui juris*. Они

приобретают наследство *ipso jure* — тотчас же в момент *delatio*, без всякого акта с их стороны; наследство само переходит к ним, даже без их ведома: сын покойного, находящийся где — нибудь во время путешествия вдали от дома, в самый момент смерти своего *paterfamilias*, еще ничего не зная о ней, делается *ipso jure* наследником. В этом сказывается снова отмеченное выше представление о *sui heredes*, как о лицах, бывших еще при жизни *paterfamilias* собственниками семейного имущества. Но более того, *sui heredes* делаются наследниками даже против своей воли: отказаться от наследства по гражданскому праву они не могут, как не могут перестать быть детьми покойного, членами его семьи, участниками семейного сакрального союза. Вследствие этого они не только *sui*, но *sui et necessarij heredes* (свои необходимые наследники).

Кроме *sui*, в таком же положении находится и раб завещателя, который в завещании отпускается на волю и назначается наследником: он также есть *heres domesticus*, ибо принадлежал к дому покойного; он также есть *heres necessarius*, так как делается наследником *ipso jure* без возможности отказа от наследства: такой отказ обозначал бы и отказ от свободы, что недопустимо.

Domestici heredes делаются, таким образом, наследниками помимо своей воли. Но с наследством связана и ответственность по долгам, причем эта ответственность может быть иногда чрезвычайно невыгодной, если долги превышают имущество, если наследство есть *hereditas damnosa* (ущербное наследство). По старому гражданскому праву никакого средства для того, чтобы избавиться от такого наследства, не существовало, но претор ввел здесь следующие льготы. Для лиц, которые относились к категории *sui et necessarij heredes*, он дал так называемое *beneficium abstinendi* — то есть право воздержаться от наследства посредством невмешательства в его дела (*non immiscere*). *Jure civili* они продолжали считаться за *heredes* (ибо претор *jus tollere non potest* — претор не может устранять гражданское право), но претор отказывал в исках против них и предлагал *bonorum possessio* (владение имуществом) следующим за ними лицам, а если никто не желал получать эту *bonorum possessio*, то открывал конкурс в пользу кредиторов. Для раба, назначенного *cum libertate* (с отпущением на свободу), *beneficium abstinendi* не существовало, но взамен претор давал ему *beneficium separandi*, то есть право отделить собственное имущество от наследства, предоставив последнее кредиторам.

б) Все остальные наследники, не принадлежащие *familia* умершего, были *extranei heredes*. Для приобретения наследства ими необходим акт их воли, необходимо принятие наследства — *aditio hereditatis*, вследствие чего они суть *heredes voluntarii* (добровольные наследники). В древнейшее время такое вступление в наследство должно было совершаться в форме особого торжественного акта, называемого *cretio*. Наследник в присутствии свидетелей и, вероятно, в самом доме наследодателя заявлял о принятии наследства известными торжественными словами, например: «*quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*» (поскольку Мэвий назначил меня наследником, я решаюсь на принятие наследства», *Ulp. reg. 22. 28*). Впоследствии *cretio* осталась необходимостью только в том случае, если завещатель прямо предписал ее в своем завещании (*institutio cum cretione*), что обыкновенно бывает связано с субституцией (например, «*Titius heres esto cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tunc Maevius heres esto*». — «пусть Тиций будет наследником и решится на принятие наследства в течение ближайших 100 дней, в течение которых узнает и сможет. Если решишь иначе, будет лишен наследства. Тогда Мэвий будет наследником», *Ulp. reg. 22. 32*). Во всех же остальных случаях достаточно простого фактического вступления в дела наследства — *pro herede gestio*, или же бесформального волеизъявления о принятии. Срока для принятия наследства по *jus civile* не существовало. Сколько бы наследник ни молчал, наследство не переходило далее, а оставалось в неопределенном положении. Только завещатель при назначении наследника *cum cretione* мог предписать совершить эту *cretio* в известный срок (обыкновенно 100 дней), по истечении которого наследником делался *heres substitutus* («добавочный наследник»). Но неопределенность положения могла быть вредна для наследственных кредиторов. В таком случае они могли посредством *interrogatio in jure* (обязывающий вопрос истца, по поводу какого — либо существенного факта, на который ответчик должен был недвусмысленно ответить) потребовать от наследника ответа «*an heres sit*», то есть принимает ли он наследство или нет. Если наследник еще колеблется, он может испросить себе время на размышление, *spatium deliberandi*, по истечении которого он должен или *adire hereditatem*, или *repudiare* (вступить в права наследования или отказаться от него). Если он не даст ни того ни другого ответа, то первоначально его молчание считалось за отказ от наследства, а в праве Юстиниана за принятие. Во всяком случае *aditio hereditatis* есть акт воли, связанный притом с ответственностью за долги; вследствие этого для принятия наследства подвластным необходим *jussus patris*, а для принятия наследства несовершеннолетним необходима *auctoritas tutoris* (приказ отца для подвластного и приказ опекуна для несовершеннолетнего). Как мы уже упоминали, *lex Julia et Papia Poppaea* объявил некоторых лиц (*coelibes* и *orbi*) неспособными принимать наследство — *incapaces*. Эту *incapacitas*, однако, надо отличать от отсутствия *testamentifactio passiva*: назначение наследником лица, не имеющего *testamentifactio passiva*, делает все завещание ничтожным; напротив, *incapax* может быть назначен в завещании, но не может приобрести на основании этого

завещания: часть, назначенная ему, делается *caducum* (выморочные) и переходит к другим лицам. Положения об *incapacitas* были отменены, впрочем, впоследствии и в праве Юстиниана не существуют.

Приобретение *bonorum possessio* обставлено совершенно иначе. *Ipsa jure* оно не наступает никогда; для *bonorum possessio* нет различия между *domestici* и *extranei heredes*: всякий преторский наследник должен испросить себе *bonorum possessio* у претора — *agnatio bonorum possessionis*; следовательно необходим со стороны наследника акт его воли, а потому в соответствующих случаях *jussus patris* и *auctpritas tutoris*. Испрошение *bonorum possessio*, далее, связано всегда с известными сроками: для десцендентов и асцендентов (нисходящих и восходящих родственников) наследователя — 1 год (*annus utilis*), а для прочих наследников — 100 дней. Если наследник пропустит этот срок, не испросив *bonorum possessio*, она переходит к следующему в порядке *successio graduum et ordinum*.

Из сказанного о приобретении наследства ясно, что сплошь и рядом между моментом смерти наследодателя (*delatio hereditatis*) и приобретением наследства наследником (*acquisitio hereditatis*) может пройти некоторое, быть может даже довольно значительное время. Наследство в это промежуточное время «лежит» — *hereditas jacens*. С точки зрения древнего правосознания, оно не имеет хозяина, и потому, как мы уже говорили, завладение наследственными вещами не есть *furtum*. Всякий может овладеть наследством и по истечении года приобретет его в собственность — *usucapio pro herede*. С этой *usucapio* в старом праве связывалось даже приобретение самого качества наследника, то есть на него же возлагалась обязанность выполнения семейных *sacra* и уплата наследственных долгов. Позже, однако, характер *usucapio pro herede* существенно изменился: объектом ее стали считать не всю *hereditas*, как совокупность, а только отдельные наследственные вещи; лицо, завладевшее ими, не делалось теперь наследником, а только приобретало их в отдельности в собственность, хотя по — прежнему было для этого достаточно всегда одного года (хотя бы вещь была недвижимой) без *bona fides* и *justus titulus*. Такие облегченные условия для древнего времени оправдывались, быть может, тем, что возможность *usucapio pro herede* служила побудительным средством для наследника скорее принять наследство; но со введением *bonorum possessio* и этот смысл для *usucapio* отпал. Она кажется уже *improba et lucrativa* («несправедливой и грабительской»), и одно сенатское постановление времени Адриана уничтожило ее силу: по требованию наследника вещи должны быть возвращены (Gai. II. 52–58). Сверх того Марк Аврелий признал всякое расхищение наследства особым преступлением — *crimen expilatae hereditatis*, вследствие чего последние остатки прежней бесхозяйности *hereditas jacens* исчезли.

Тем не менее положение наследства в это промежуточное время страдает юридическою неопределенностью. Оно сохраняет свое единство; может не только уменьшаться, но даже и увеличиваться, например, благодаря сделкам рабов. Вследствие этого перед классическими юристами возникал вопрос о юридической конструкции этого явления: но он вызывал между ними только разногласия. В то время как одни из них усматривали в *hereditas jacens* как бы некоторое предварение личности будущего наследника (Pomponius в fr. 24. D. 46. 2: «*transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*» — «переходит к наследнику, чью роль пока выполняет наследство»), другие видели в ней продолжение личности прежнего хозяина (Ulpianus в fr. 34. D. 41. 1: «*hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet*» — «ведь наследство играет роль не наследника, а умершего»); третьи даже приравнивали *hereditas jacens* к *municipia* — то есть к юридическим лицам (Florentinus в fr. 22. D. 46. 1: *quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas*» — «поскольку вместо лица исполняет наследство, подобно муниципальному образованию и товариществу»). Нужно сказать, впрочем, что разногласие это тянется и до настоящего времени. Во всяком случае, после принятия наследства наследником наступает *retrotractio*: все рассматривается так, как если бы он вступил в наследство в самый момент смерти наследодателя (тот же Флорентин в fr. 54. D. 29. 2: «*heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*» — «наследник сразу по принятии наследства считается унаследовавшим уже тогда, с момента смерти наследодателя»).

За исключением случаев наследования *domestici heredes*, когда приобретение наследства совпадает с его открытием, во всех остальных случаях *delatio hereditatis* дает призываемому наследнику только одно право — принять наследство или отказаться от него. Это право в принципе есть право строго личное. Если лицо, призываемое к наследованию, умрет до принятия наследства, то право на принятие не переходит к его наследникам; наследство предлагается теперь дальнейшим наследникам первого наследодателя. Если, например, наследник, назначенный в завещании, умер, не приняв наследства, наследство пойдет не к его наследникам, а к законным наследникам завещателя.

Из этого правила существуют, однако, некоторые исключения. Прежде всего, по гражданскому праву наследник *ab intestato* еще до принятия наследства мог уступить свое право на открывшееся наследство посредством *in jure cessio hereditatis* — то есть в мнимом споре о *hereditas*. В таком случае тот, кому он уступил свое право, делался наследником вместо него. От этого случая надо отличать уступку или продажу (тоже посредством *in jure cessio*) наследства уже принятого. Таковую

cessio hereditatis может совершить всякий наследник, как *ab intestato*, так и *testamentarius* (как наследник по закону, так и наследник по завещанию); но он все — таки остается *heres* и отвечает по наследственным долгам, если приобретший наследство не взял их на себя специальными актами. С исчезновением *in jure cessio* вообще исчезла и *in jure cessio hereditatis* в обоих видах. Правда, еще в праве Юстиниана возможна продажа всего наследства, но эта продажа нуждается для своего осуществления в отдельных актах относительно каждого наследственного объекта: каждая отдельная вещь должна быть передана, каждое требование цедировано, каждый долг взят на себя приобретателем. Для обеспечения взаимных притязаний стороны имели обыкновение в таких случаях заключать особые *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

С другой стороны, в позднейшем праве появились случаи, когда право на принятие наследства переходит к наследникам — так называемая *transmissio delationis*. Прежде всего, претор установил, что если призываемый наследник без всякой вины со своей стороны не успел принять наследства и умер, то по расследовании дела (*causa cognita*) право на принятие наследства может быть предоставлено и его наследникам в порядке *restitutio in integrum (transmissio ex capite in integrum restitutionis)*. Юстиниан это правило обобщил: если призванный к наследованию вообще умер раньше года с того времени, как он узнал об открывшемся в его пользу наследстве, или до истечения испрошенного им *spatium deliberandi*, то наследники его могут воспользоваться остающимся временем и вступить за него в наследственные права (так называемая *transmissio Justinianeae*).

Наконец, необходимо отметить еще следующее явление, которое может произойти до принятия наследства. Если к наследованию *ab intestato* или *ex testamento* призываются одновременно несколько лиц (например, наследниками назначены А, В и С), то в случае отпадения одного из них (смерть, отказ) его часть прирастает к частям других (умер А; его часть не пойдет ни к его наследникам, — если разумеется, не было *transmissio*, — ни к законным наследникам завещателя, так как *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (невозможен переход имущества по наследству частично по завещанию, а частично по закону), а пропорционально разделится между оставшимися В и С). Это приращение носит техническое название *jus accrescendi*, хотя правильнее было бы говорить о *jus non decrescendi*: все наследники, с точки зрения римского права, призываются к наследованию *in universum jus defuncti*, деление же наследства между ними на части является только результатом их конкуренции (*fr. 80. D. 32: «totam hereditatem... singulis datam esse, partes autem concursu fieri»*).

§ 83. Положение наследника после принятия

Вследствие принятия наследства прекращается переходное состояние, как наследства, так и наследника. Принявший наследство делается *heres*, а если он преторский наследник, то *heredis loco*. Наследник как бы продолжает личность наследодателя: к нему переходят семейные *sacra*, а вместе с тем переходят и все права покойного, за исключением немногих строго личных (так называемые *jura personalissima* — например, право предъявлять *actio injuriarum* и т. д.). Наследство во всех своих составных частях сливается с собственным имуществом наследника в одну безраздельную массу; наследник делается собственником наследственных вещей, кредитором наследственных требований и должником по наследственным долгам. Если между ним и наследодателем существовали раньше какие — либо обязательства, то они погашаются теперь посредством слияния (*confusio*).

Но это слияние наследства в одну безразличную массу в собственным имуществом наследника могло оказаться невыгодным для разных лиц.

Прежде всего, оно могло оказаться невыгодным для кредиторов покойного наследодателя: при жизни последнего они могли получить полное удовлетворение из его имущества; теперь, вследствие его смерти, наследство попадает в руки наследника, быть может, обремененного чрезмерно долгами, вследствие чего кредиторы покойного, смешавшись с многочисленными кредиторами наследника, рискуют по своим требованиям получить лишь незначительный процент. Ввиду этого претор предоставил кредиторам наследства особую льготу — так называемый *beneficium separationis*. Они могут испросить у претора отделения наследственной массы от личного имущества наследника и обращения ее на преимущественное удовлетворение только их требований. Если после их полного удовлетворения еще что — либо останется, то остаток поступит в имущество наследника и таким образом пойдет на удовлетворение его личных кредиторов: но, с другой стороны, если наследства не хватало, то наследственные кредиторы не могли уже участвовать в конкурсе над наследником.

Подобное же невыгодное положение могло возникнуть и для кредиторов наследника, если он примет обремененное долгами наследство. Однако для них претор *beneficium separationis* не дает — на том основании, что вообще должнику не запрещается делать новые долги, чем, конечно, всегда положение прежних кредиторов ухудшается (*fr. 1 pr. 1 и 2 D. 42. 6*).

Слияние масс могло, наконец, оказаться невыгодным и для самого наследника, когда, вопреки всем его расчетам, в наследстве оказалось гораздо больше долгов, чем имущества, и ему придется теперь отвечать за наследственные долги из своего собственного кармана. Принципиально римское

право до конца сохранило начало безусловной ответственности наследника, хотя постепенно значительно его ослабило. Уже претор стал давать *restitutio in integrum* лицам, не достигшим 25 лет (*minores*); император Адриан предоставил возможность испрашивать такую *restitutio* и лицам старше 25-летнего возраста. Но эта *restitutio in integrum* представляла экстраординарное средство, даваемое только в особых случаях *causa cognita* («по выяснении причины») и приводившее к полному уничтожению самого принятия наследства. В виде особой привилегии для солдат императором Гордианом было установлено, что они всегда отвечают только в пределах полученного наследства. Наконец, после этих частичных опытов императора Юстинианом в указе 531 года (с. 22. С. 6. 30) была введена общая льгота — так называемый *beneficium inventarii*. Если наследник в течение 30 дней со времени *delatio* начнет составление описи (*inventarium*) наследства при участии свидетелей и нотариуса и в течение следующих 60 дней доведет ее до конца, то он отвечает за наследственные долги только в размерах описанного наследства — *intra vires hereditatis*.

Для защиты своих наследственных прав наследник имеет различные средства. Во главе этих средств стоит общий иск о наследстве, иск, которым отыскивается все наследство, как *universum jus defuncti* («единое право умершего лица») — *hereditatis petitio*. В старину она осуществлялась посредством *legis actio*, и, как было уже упомянуто, в таком виде процесс о наследстве сохранялся еще долго перед судом центумвиров — даже после того, как вообще *legis actiones* были заменены производством формулярным. Позже *hereditatis petitio* стала осуществляться посредством *formula petitoria* («*Si paret hereditatem L. Titii ex jure Quiritium Ai Ai esse*» — «Исковая формула: «Если окажется, что наследство Луция Тиция по праву квинитов принадлежит Авлу Агерии...»»). Иск этот идет против всякого, кто или оспаривает наследственное право истца, выдавая себя за наследника (*qui pro herede possidet*), или же просто удерживает у себя наследственные вещи, не указывая в свое оправдание никакого титула (*qui pro possessore possidet*). Ответственность по этому иску была точнее определена в *senatusconsultum Juventianum* 129 г. по Р.Х. На основании этого *senatusconsultum bonae fidei possessor* (то есть ответчик, добросовестно веривший в свое право) обязан выдать только то, что у него еще из наследства осталось; напротив, *malae fidei possessor* обязан возвратить наследство таким, каким оно к нему поступило, а также все плоды и доходы от него за время владения.

Преторский наследник, то есть *bonorum possessor*, имел *interdictum quorum bonorum*, который в некоторых отношениях подлежал тем же правилам, что и *hereditatis petitio*. Но так как этот интердикт имел своею целью только получение владения наследственными вещами и не имел места относительно наследственных требований, то в позднейшем праве *bonorum possessor* у стали давать иск, вполне аналогичный *hereditatis petitio* — так называемую *hereditatis petitio possessoria*. С переходом к процессу экстраординарному различие между обоими видами *hereditatis petitio* окончательно стерлось, а *interdictum quorum bonorum* стал средством для скорейшего получения провизорного владения наследством.

Против лиц, которые не оспаривают наследственного права наследника, а только по другим основаниям не желают возвращать наследственных вещей или платить по наследственным требованиям, наследник имеет сингулярные иски — те самые, которые имел бы и сам наследодатель, то есть *rei vindicatio*, *actio empti* и т. д. Если бы наследник вместо *hereditatis petitio* против того, кто оспаривает самое наследственное право, пожелал бы действовать сингулярными исками, чем, конечно, осложнил бы положение ответчика, то последний может отклонить эти иски посредством *exceptio ne praeejudicium hereditati fiat* (возражение ответчика, связанное с тем, что спору об отдельных элементах наследственного имущества должно предшествовать решение вопроса о праве на наследство в целом).

Если наследник не один, а несколько, тогда между ними сначала возникает общность на наследственное имущество — *communio incidens*: все являются *condomini* (совместные собственники) в размере своих наследственных долей. Что касается наследственных требований и долгов, то они — если, разумеется, их содержанием является что — либо делимое (например денежная сумма) — уже в силу правила законов XII таблиц *ipso jure* распадается на соответственные доли: «*nomina sunt ipso jure divisa*» («долги делимы в силу характера самого права»). Напротив, требования и долги неделимые создают солидарные права и солидарную ответственность всех наследников вместе. Но каждый наследник в любой момент может потребовать раздела наследства посредством *actio familiae erciscundae*.

При наследовании нескольких *coheredes* в некоторых случаях имеет место так называемая *collatio bonorum*, то есть обязанность присчитать (*conferre*) к подлежащей разделу наследственной массе некоторые виды своего собственного имущества. Древнейший случай такой *collatio* мы уже видели при наследовании *filius emancipatus* рядом с его братьями, остававшимися под власть наследодателя. Другой случай есть *collatio dotis*: дочь, получившая при выходе замуж приданое, если желает затем участвовать в наследстве после своего отца рядом с другими детьми его, должна внести в раздел свою *dos*. Законодательство императорского времени (в особенности закон императора Льва 472 года) обобщило идею *collatio*, установив, что вообще при наследовании после

восходящих наследующие должны внести в наследственную массу то, что каждый из них получил от наследодателя в виде *dos*, *donatio propter nuptias* или для самостоятельного устройства (например, для занятия какой — нибудь должности); это так называемая *collatio* десцендентов .

Lex Julia et Papia Poppaea, рядом с известными положениями об *incapacitas* и *caducum*, установила также, что в некоторых случаях наследство, уже принятое наследником, может быть отнято у него, как у недостойного — *indignus* . Отнимаемое таким образом наследство — *ereptorium* — передается или другим наследникам или в казну, причем казна функционирует *heredis loco* (место наследника), выполняет все назначенные в завещании отказы, уплачивает наследственные долги и т. д. Случаи такой *indignitas* наследника довольно многочисленные — тем более, что в позднейших императорских указах число их было значительно увеличено. Важнейшими из них являются преступления против наследодателя: умерщвление его, уничтожение составленного им завещания, умышленное воспрепятствование составить завещание, неосновательное предъявление *querela inofficiosi testamenti* и т. д.

§ 84. *Legata* и *fideicommissa*

Кроме назначения наследника, наследователь может сделать и другие распоряжения на случай смерти. Важнейшее место между ними занимают распоряжения о выдаче наследником известных сумм или известных вещей тем или другим определенным лицам — отказы . Отказ не делает это третье лицо наследником в настоящем смысле: оно является не универсальным, а только сингулярным преемником наследодателя и не отвечает вследствие этого за его долги. Зато с другой стороны, отказ действителен только тогда, если наследственные долги покрыты. Вследствие этого отказ является только некоторым ослаблением наследства — «*delibatio hereditatis*» (fr. 116 pr. D. 30).

Первой исторической формой отказов, известной еще старому *jus civile* и возникнувшей, вероятно, одновременно с возникновением *testamentum*, был *legata* ; они санкционированы уже в известном положении законов XII таблиц: «*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*» («как распорядится относительно имущества и опеки над своим хозяйством, так пусть будет правом»). Но в старом гражданском праве легаты неотделимы от завещания: они могли быть установлены только в тестаменте и возложены только на назначенного в нем наследника. Оставить такое завещание, в котором устанавливались бы только легаты, возлагаемые на наследника *ab intestato*, было нельзя; если завещатель хотел этого, то он должен был непременно превратить наследника *ab intestato* в *heres testamentarius*, то есть назначить его же наследником в тестаменте.

По своей форме и по своему действию легаты гражданского права распались на четыре вида (Gai. II. 192 и сл.): а) *Legatum per vindicationem* . Этот легат устанавливался обыкновенно посредством слов: «*do lego*» — например: «*Lucio Titio hominem Stichum do lego*» («отказываю и даю Луцию Тицию раба Стиха»). В такой форме могла быть отказана известная вещь или сервитут (например, «*L. Titio usumfructum do lego*»): лицо, которому отказано — *legatarius* , получало в момент принятия наследства наследником сразу право собственности на отказанную вещь или право на сервитут и могло в случае невыдачи предъявить прямо *rei vindicatio* (или *actio confessoria*), отчего и самый легат получил свое наименование; б) *Legatum per damnationem* , при установлении которого употреблялась формула: «*Heres meus L. Titio centum dare damnas esto* » («пусть будет обязан мой наследник дать сто Луцию Тицию»). Вследствие этого «*damnas esto*» на наследника возлагалось обязательство исполнить то, что отказано, — обязательство, осуществлявшееся в древнейшее время в форме *manus injectio*, а впоследствии посредством *actio ex testamento* (однако, с применением правила «*lis infitiando crescit in duplum*» — «при отрицании иска он вырастает вдвое»); в) *Legatum sinendi modo* — например: «*Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere*»; наследник обязывался только позволить (не мешать) легатарии взять отказанную вещь; вероятно, это лишь некоторая модификация *damnationem*; д) *Legatum per praeseptionem* : «*L. Titius hominem Stichum praeseptio* ». Точный смысл этого легата был спорен уже в среде римских классических юристов: сабиньянцы думали, что *legatum per praeseptionem* возможно только в пользу одного из сонаследников — одному из них отдается какая — либо вещь не в счет его наследственной доли; прокульянцы, напротив, полагали, что этот легат возможен и в пользу третьих лиц, причем эти лица имеют те же права, что при *legatum per vindicationem*. Для более раннего времени во всяком случае вернее мнение сабиньянцев, а по своему характеру *legatum per praeseptionem* представляет, очевидно, лишь разновидность *legatum per vindicationem*.

Как видно уже из этого обозрения, легаты подчинялись такому же формализму, как и завещание вообще. Малейшая ошибка в выборе надлежащей формы легата (например, отказана *per vindicationem* вещь, не принадлежащая завещателю, которую — по мысли завещателя — наследник должен еще купить) вела к полной его ничтожности. В императорское время, однако, этот формализм ослабляется, а затем и вовсе исчезает. *Senatusconsultum Neronianum* (из времени Нерона) установило, что в случае ошибки в форме легат должен иметь силу *legatum per damnationem*, то есть давать легатарии только обязательственное требование против наследника. Наконец, после того как

была отменена необходимость известных стереотипных выражений для *institutio heredis*, она была отменена и для легатов законом императора Констанция (339 год — с. 21. С. 6. 37).

Рядом с легатами в императорское время получила юридическую силу другая форма отказов — *fideicommissa*. Зародышем этой формы явились разнообразные неформальные, словесные или письменные, просьбы со стороны умирающего к наследнику исполнить что — либо или выдать что — либо тому или другому лицу. Все такие просьбы с юридической точки зрения были для наследника сначала не обязательны; исполнение их вверялось только его *fides* (отсюда *fides — comissum*). Но со времен Августа императоры поручают магистратам — сначала консулам, а впоследствии особым *praetores fideicommissarii* — заботиться о том, чтобы такие *fideicommissa* были исполняемы. Вследствие этого для лица, которому что — либо было таким образом отказано — для *fideicommissarius* — возникало право не на обыкновенный гражданский иск, *actio*, а на жалобу в экстраординарном порядке — *fideicommissi persecutio*. Но мало — помалу эта *persecutio* все более и более приближалась к обыкновенному гражданскому иску и с установлением экстраординарного процесса вообще почти перестала отличаться от *actio ex testamento*.

В отличие от легатов, фидеикоммисс мог быть возложен не только на наследника по завещанию, но и на наследника по закону (это и есть главный случай фидеикоммисса); он мог быть далее установлен и ранее и позже завещания в виде дополнения к нему; установленный ранее, он мог быть затем утвержден в последующем завещании (*testamento confirmatum*). Какой — либо формы для фидеикоммиссов первоначально совершенно не требовалось: они могли быть установлены даже простым кивком головы (*nutu*). Обыкновенно же фидеикоммиссы оставались в виде письма на имя наследника — *codicillus*. Ввиду строгой формальности завещаний, при которой завещание легко могло оказаться вовсе недействительным, было также в обычае к завещанию прибавлять так называемую *clausula codicillaris*, то есть просьбу на случай недействительности документа как *testamentum*, рассматривать его как кодицилл, обращенный к наследнику по закону.

Различие между легатами и фидеикоммиссами в течение послеклассического времени постепенно сглаживалось. С одной стороны, упомянутый закон Констанция облегчил формальности для легатов, а с другой стороны, фидеикоммиссы были подвергнуты важнейшим материальным ограничениям, которые существовали для этих последних. Этот процесс слияния обеих исторических форм был закончен Юстинианом. Указом 529 г. (с. 1 с. 6. 43) Юстиниан установил, что как всякий легат, так и всякий фидеикоммисс рождает для лица, в пользу которого они установлены, обязательственное требование против наследника, снабженное законной ипотекой на наследственное имущество. Сверх того, если объектом отказа является вещь, находящаяся в составе наследственной массы, то легатарий или фидеикоммиссарий имеет на нее и *rei vindicatio*. Указ 531 года (с. 2. С. 6.43) подтвердил окончательно безразличие легатов и фидеикоммиссов.

Но, уравниваясь с легатами в силе, фидеикоммиссы подвергаются известным ограничениям в форме. В особенности, когда кодицилл стал часто заменять самое завещание, в позднейшем императорском законодательстве обнаруживается тенденция подчинить его таким же формам, каким подчинено и *testamentum*, в частности, требовать такое же количество свидетелей. Юстиниан, однако, установил для кодициллов облегчение: в то время как для завещания необходимо семь свидетелей, кодицилл может быть совершен письменно или устно при участии пяти свидетелей. Таким образом, в Юстиниановом праве кодициллом называется всякое распоряжение последней воли, совершенное при участии пяти свидетелей и отличающееся от *testamentum* только тем, что не содержит в себе *institutio heredis*. Фидеикоммисс, лишенный этой формы, действителен только тогда, если фидеикоммиссарий, предъявляя иск, присягнет, что он имеет основание требовать, и если наследник не ответит встречной присягой, что он никакого поручения от покойного не получал (так называемый *fideicommissum orale* — с. 32. С. 6. 42).

По существу первоначально наследодатель имел полную свободу относительно отказов: он мог назначить их в таком количестве, что все наследство могло быть исчерпано ими и наследнику могло остаться только «*inane nomen heredis*» («пустое имя наследника»). Но в таком случае наследнику не было никакой выгоды принимать наследство со всеми его хлопотами; естественно, что он часто предпочитал вовсе от него отказаться. Однако, вследствие его отказа отпадали и все легаты (так как самое завещание отпадало). Для того, чтобы содействовать сохранению силы за завещаниями и для противодействия расточительству в период республики издается ряд законов, направленных на ограничение размеров легатов. Первым законом этого рода был *lex Furia testamentaria*, закон неизвестного времени, который запрещал принимать по отказам более 1000 ассов: получение большей суммы каралось обязанностью вернуть вчетверо. Но этот закон не достигал своей цели: можно было исчерпать наследство и отказами ниже 1000 ассов. Некоторое время спустя, другой закон, уже упоминавшийся выше — *lex Voconia* 169 года до Р.Х. — установил, что никому не может быть отказано больше той суммы, которая остается наследнику. Но и этот закон был недостаточен по той же причине. Наконец *lex Falcidia* — закон 40 года до Р.Х. — предписал, что наследнику, назначенному в завещании, должна всегда оставаться свободной по крайней мере 1/4 наследства; эта четвертая часть и называется поэтому *quarta Falcidia*. Ее не нужно смешивать с

portio debita при необходимом наследовании: portio debita гарантирует известную долю наследства (в классическом праве даже четвертую часть) необходимому наследнику от завещания, quarta Falcidia гарантирует наследника по завещанию (даже совершенно постороннего) от отказов. Впоследствии это ограничение было распространено и на фидеикоммиссы: senatusconsultum Pegasianum перенесло quarta Falcidia на наследников по завещанию, а указ императора Антонина Пия — на наследников ab intestato (Gai. II. 224–227, 254; fr. 18. pr. D. 35. 2).

Предметом отказов обыкновенно бывают отдельные имущественные объекты — вещи или требования, но возможен отказ и определенной количественной доли наследства : например, трети, четверти его.

Старейший вид такого отказа представляет так называемый legatus partitionis (например: «Heres meus cum Titio hereditatem partitor» — «мой наследник пусть разделит наследство с Тицием», Ulp. reg. 24. 25). Лицо, в пользу которого оставляется такой отказ, legatarius partitarius, не делалось сонаследником и универсальным преемником, — оно получало только обязательственное право требовать от наследника выдачи ему назначенной части наследства (actio ex testamento). За наследственные долги отвечал только наследник; поэтому он, выдавая отказанную часть наследства легатарии, удерживает пропорциональную долю ее для покрытия наследственных долгов. Выполнение отказа совершается посредством отдельных актов на каждый отдельный имущественный объект: посредством traditio вещей, sessio требований и т. д. В заключение этих отдельных актов наследник и легатарий дают друг другу stipulationes et pro parte : наследник обещает на тот случай, если окажется потом еще какое — нибудь наследственное имущество, выдать соответствующую часть (stipulatio partis), а легатарий, в свою очередь, обещает наследнику принять на себя в соответственной доле уплату наследственных долгов (stipulatio pro parte).

С появлением фидеикоммиссов в их форме стало возможным отказать не только часть наследства, но и все наследство. В последнем случае мы имеем fideicommissum hereditatis или универсальный фидеикоммисс. Обычной формой его было: «L. Titius heres esto. Rogo te, L. Titi, petoque a te, ut cum primum possis hereditatem meam adire, Seio eam reddas restituas» («наследником будет Луций Тиций. Испрашиваю и прошу у тебя, Л. Тиций, чтобы когда сперва ты сможешь принять от меня наследство, ты передал его и возвратил [право на него] Сею», Gai II 250). Цели, ввиду которых завещатель прибегал к такому универсальному фидеикоммиссу, могли быть различны: оставляя, например, после себя в качестве законного наследника какое — нибудь лицо с неустановившимся характером, завещатель предпочитал назначить наследником своего друга — с тем, чтобы он затем при известных условиях выдал наследство первому.

Первоначально универсальный фидеикоммисс так же, как и legatum partitionis, давал фидеикоммиссарию только обязательственное право требовать от наследника (фидуциария) выдачи наследства. Фидуциарий оставался наследником и, следовательно, отвечал по наследственным долгам. Выдача наследства совершалась посредством venditio hereditatis («продажа наследства»). Фидуциарий продавал наследство фидеикоммиссарию pummo uno, то есть за фиктивную цену, и затем передавал каждую вещь и каждое требование из наследства особым соответствующим актом. Взамен этого фидеикоммиссарий обязан был дать фидуциарию stipulatio, что он удовлетворит всех наследственных кредиторов (stipulatio emptae et venditae hereditatis).

Эта сложная процедура была упрощена сенатским постановлением в царствование Нерона, вероятно, в 56 г., — senatusconsultum Trebellianum. Это сенатское постановление узаконило возможность restitutio hereditatis простым заявлением фидуциария; после такого заявления он сохраняет только звание наследника (подобно nudum jus гражданского наследника при bonorum possessio), собственником же (бонитарным) наследственных вещей, кредитором по наследственным требованиям и должником по наследственным долгам делается сразу фидеикоммиссарий: все иски даются ему и против него, как actiones utiles. Вследствие этого фидеикоммиссарий превратился в универсального преемника heredis loco («вместо наследника»), а stipulationes emptae et venditae hereditatis стали излишними.

Но и теперь фидеикоммиссарий зависит от фидуциария в том отношении, что последний может разрушить все право фидеикоммиссария: стоит ему только отказать от принятия наследства, и вместе с отпадением завещания отпадет и фидеикоммисс. Навстречу этой опасности идет другое сенатское постановление из времен Веспасиана (69–79 гг. по Р.Х.) — senatusconsultum Pegasianum. С одной стороны, желая создать для фидуциариев интерес к принятию наследств, это senatusconsultum переносит на все фидеикоммиссы правило о quarta Falcidia. С другой стороны, если бы этот интерес все же оказался недостаточно сильным, то по просьбе фидеикоммиссария фидуциарий может быть принужден к принятию наследства extra ordinem, причем он лишается тогда права на quarta Falcidia. В связи с этим senatusconsultum Pegasianum устанавливает довольно сложные правила о порядке выдачи hereditas фидеикоммиссарию, причем для некоторых случаев (если фидуциарий осуществляет свое право на quarta Falcidia) возвращается к старому, дотребеллиановскому порядку единичных актов со stipulationes emptae et venditae hereditatis или stipulationes partis et pro parte.

Но все эти сложные правила были отменены Юстинианом, который объединил оба эти *senatusconsulta*. Из *senatusconsultum Pegasianum* Юстиниан удержал положение, что фидуциарий имеет право на *quarta Falcidia* и что он может быть принужден к принятию наследства; что же касается порядка *restitutio* и ее последствий, то Юстиниан для всех случаев, даже для фидеикоммисса на часть наследства, предписал применение правил *senatusconsultum Trebellianum*: с момента заявления фидуциария о *restitutio*, фидеикоммиссарий делается *uno actu heredis loco* («вместо наследника») на все наследство или на его часть.

Таким образом, юстиниановское право, кроме непосредственного универсального преемства в виде наследования по закону или по завещанию, знает и посредственное — в виде универсального фидеикоммисса.

С отказом в некоторых отношениях соприкасаются два других вида распоряжений на случай смерти — именно *mortis causa donatio* и *mortis causa capio*.

Donatio mortis causa есть дарение одним лицом другому на тот случай, если даритель умрет раньше одаряемого. Первоначальный случай этого рода есть дарение в минуту опасности. Пока даритель не умер или если одаренный умер раньше дарителя, последний может потребовать подаренное назад; но если даритель умер раньше, то наследники его уже не имеют права на обратное требование. В этом отношении *donatio mortis causa* имеет известное сходство с отказами: она также является отягощением наследства. Поэтому некоторые правила об отказах были перенесены и на *donatio mortis causa* — именно правило о *quarta Falcidia* и положение, что *donatio mortis causa* действительна только тогда, если наследство достаточно для покрытия наследственных долгов. Но, несмотря на это, *donatio mortis causa* существенно отличается от отказов: она, как и всякое дарение, есть не односторонний акт последней воли, а договор, нуждающийся в согласии со стороны одаряемого.

Помимо отказов и *donatio mortis causa*, могут быть другие случаи, когда кто — либо косвенным путем получает что — либо из наследства. Так, например, завещатель назначает кого — либо наследником, но под условием, если он выдаст известную сумму такому — то: «*P. Maevius heres mihi esto, si Titio centum dederit*» («да будет моим наследником Публий Мэвий, если он Тицию даст 100»). Юридическое значение такого распоряжения заключается в том, что назначенный в завещании станет наследником только тогда, если он выполнит условие. Если он это сделает, *Titius* получит указанную сумму, но права требовать выполнения условия *Titius* не имеет — и в этом существенное отличие этого случая от отказов. Случаи подобного косвенного получения из наследства объединяются под общим именем *mortis causa capio*.